

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

---

**50 ANOS**



# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

## 50 ANOS

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

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



Codigo  
Philippino  
1763

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Emerson Garcia**  
Diretor

**Robson Renault Godinho**  
Vice-Diretor

**Sergio Demoro Hamilton**  
Diretor Honorário

**Luiza Torezani**  
Coordenação-Geral

**Agnaldo Alves**  
Controle Administrativo

**Rebeca Aismini**  
Coordenação de Editoração

**Carolina Favre**  
Estagiária

**Cristina Siqueira**  
Coordenação de Revisão  
Coordenação de Produção

**Thaís Abbès**  
Revisão Ortográfica

**Anderson da Rocha**  
**André Lourenço**  
**Tatiana Lacerda**  
Estagiários

**Davi Kaptzki**  
Projeto Gráfico

**Jonas Cruz**  
Design Gráfico  
Foto da capa

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.*

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

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

Tiragem: 3250 exemplares | Circulação Nacional

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

## Redação e Administração

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

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

[www.mprj.mp.br](http://www.mprj.mp.br) | e-mail: [revista@mprj.mp.br](mailto:revista@mprj.mp.br)

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2016 (1 - 62)  
2017 (63, 64, 65)

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

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

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Procurador-Geral de Justiça

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

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

**Leila Machado Costa**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

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

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

**Dimitrius Viveiros Gonçalves**  
Secretário-Geral do Ministério Público

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

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

• • •

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

**Pedro Elias Erthal Sanglard**  
Corregedor-Geral do Ministério Público

**Márcia Álvares Pires Rodrigues**  
Subcorregedora-Geral

**Kátia Aguiar Marques Selles Porto**  
Subcorregedora-Geral

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Pedro Elias Erthal Sanglard**  
Corregedor-Geral

## Membros natos

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

## Membros eleitos

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  
Angela Maria Silveira dos Santos  
Cláudio Henrique da Cruz Viana

• • •

## Conselho Superior do Ministério Público

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Pedro Elias Erthal Sanglard**  
Corregedor-Geral

## Titulares Eleitos

### Pelos Procuradores de Justiça

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

### Pelos Promotores de Justiça

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

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza  
Presidente

• • •

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

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

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

Neste ano em que a Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro comemora o seu cinquentenário, com o intuito de apresentar o que há de mais especial na área do direito, selecionamos artigos de elevada qualidade, seguindo os parâmetros das edições anteriores.

O artigo *Constituição e Democracia*, de autoria do constitucionalista Jorge Miranda, nos remete à ideia de que a democracia pressupõe uma Constituição que garanta os direitos fundamentais e que limite o poder. Essa cuidadosa análise nos insere diretamente na problemática atual acerca da construção da democracia. A competência do Tribunal de Justiça na respectiva Constituição Estadual e a existência, ou não, de limitadores à autonomia de cada Estado é o tema reservado à análise do Promotor de Justiça Emerson Garcia no artigo *Foro por Prerrogativa de Função nas Constituições Estaduais: de Onde Viemos e Onde Chegamos*. O Ministério Público como centro da didática jurídica é debatido no artigo *Desafios e Perspectivas sobre a Instituição do Ministério Público Europeu para o Efetivo Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia*, de Alexandre Araújo de Souza, que demonstra que o primeiro passo para tornar efetivo o combate à criminalidade organizada transfronteiriça no âmbito da União Europeia é a cooperação em matéria penal. O *Contrato de Depósito. Influências do Direito Romano na Atual Sistemática do Direito Brasileiro* e *A Economia dos Contratos e a Aplicabilidade de Normas de Integridade em Contratações de Empresas Estatais* são os enfoques introduzidos nos artigos de autoria dos Promotores de Justiça Leandro Navega e Leonardo Cuña de Souza. Os sistemas de impedimento e suspeição dos juízes e a busca pela eficiência no processo licitatório são assuntos prementes apresentados pelos Professores Marcelo Lessa Bastos, no artigo *O Doido, o Burro e o Juiz Parcial*, e Rita Tourinho, no artigo *A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei nº 599/2013*. O tema da dialeticidade nos é apresentado pelos Professores Dierle Nunes e Antônio Aurélio de Souza Viana em seu artigo: *Ônus da Dialeticidade: Nova "Jurisprudência Defensiva" no STJ?* E, ainda, Rodrigo Mazzei e Maira Ramos Cerqueira, no artigo *Precedentes, CPC/15 e o Processo Penal: Breves Considerações*, apresentam um estudo significativo sobre a inserção de um modelo de precedentes no novo Código de Processo Civil, e Eugênio Rosa de Araújo, no artigo *A Nova Estrutura Conceitual do Direito: a Natureza Normativa dos Princípios Jurídicos*, aborda o movimento do círculo hermenêutico utilizado pelo intérprete para a solução de controvérsias.

Nessa edição, o nobre tributarista Ives Gandra Martins reacende as discussões sobre a *Modernização do Poder Judiciário* no caderno Observatório Jurídico.

Dos Tribunais Superiores, apresentamos seis teses bastante diversificadas e atuais.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é apresentado o caso “Favela Nova Brasília Vs. Brasil”, em que o governo brasileiro terá prazo de um ano, até o dia 11 de maio de 2018, para reabrir as investigações sobre duas chacinas ocorridas em 1994 e 1995 na comunidade Nova Brasília, no Complexo do Alemão, durante operações policiais no Rio de Janeiro.

Por fim, informamos que nossa Revista conta ainda com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior dinâmica, maior acessibilidade, incremento na democratização do saber, sustentabilidade financeira e menor impacto ambiental.

EMERSON GARCIA  
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO  
Vice-Diretor da Revista

# Sumário

## Doutrina

Desafios e Perspectivas sobre a Instituição do Ministério Público Europeu para o Efetivo Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia  
*Alexander Araujo de Souza* ..... 17

Ônus da Dialecticidade: Nova “Jurisprudência Defensiva” no STJ?  
*Dierle Nunes*  
*Antônio Aurélio de Souza Viana* ..... 27

Foro por Prerrogativa de Função nas Constituições Estaduais: de Onde Viemos e Onde Chegamos  
*Emerson Garcia* ..... 33

A Nova Estrutura Conceitual do Direito: a Natureza Normativa dos Princípios Jurídicos  
*Eugênio Rosa de Araujo* ..... 51

Constituição e Democracia  
*Jorge Miranda* ..... 61

O Contrato de Depósito – Influências do Direito Romano na Atual Sistemática do Direito Brasileiro  
*Leandro Navega* ..... 85

O Próximo Passo – a Economia dos Contratos e a Aplicabilidade de Normas de Integridade em Contratações de Empresas Estatais  
*Leonardo Cuña de Souza* ..... 103

O Doido, o Burro e o Juiz Parcial  
*Marcelo Lessa Bastos*  
*Francisco Pereira Pinto Filho*  
*Antônio José Barbosa Neto* ..... 123

A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei Nº 599/2013  
*Rita Tourinho* ..... 147

Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: Breves Considerações  
*Rodrigo Mazzei*  
*Maira Ramos Cerqueira* ..... 165

## Observatório Jurídico

Modernização do Poder Judiciário  
*Ives Gandra* ..... 189

## Peças Processuais

### Parecer

Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. A problemática acerca de recurso de revisão interposto contra decisão proferida por Promotoria de Justiça de Fundações, especificamente no que diz respeito à sua atribuição em analisar anualmente as contas e a evolução patrimonial das fundações.  
*Emerson Garcia* ..... 195

## Peça

Peça Processual. 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Ressarcimento ao erário, compartilhamento de provas e indisponibilidade de bens. Inquérito Civil nº 2011.00047580, instaurado para apurar irregularidades na licitação e posterior execução das obras de reforma e adequação do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014.

*Flávio Bonazza de Assis*

*Vinicius Leal Cavalleiro*

*Liana Barros Cardozo de Sant'ana*

*Alberto Flores Camargo*

*Denise Pieri Peçanha Pitta*

*Claudia Türner Pereira Duarte* ..... **199**

## Jurisprudência

### Supremo Tribunal Federal

#### Jurisprudência Criminal

Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 126.420/Rio Grande do Sul. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* – alegada nulidade do ato decisório que supostamente teria determinado a interceptação telefônica com apoio exclusivo em delação anônima – inoportunidade – existência de farta documentação reveladora de indícios da prática de crimes – instauração prévia de inquérito policial para efeito da válida decretação de quebra de sigilo telefônico – desnecessidade – precedentes do Supremo Tribunal Federal – pretendido trancamento da ação penal por suposta ausência de justa causa – situação de iliquidez quanto aos fatos subjacentes ao processo penal – controvérsia que implica exame aprofundado de fatos e confronto analítico de matéria probatória – inviabilidade na via sumaríssima do processo de *Habeas Corpus* – parecer da douta Procuradoria-Geral da República pelo não provimento do agravo – recurso de agravo improvido.

*Segunda Turma, 06/12/2016.* ..... **275**

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 136.796/São Paulo. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Recorrente condenado por crime de associação para o tráfico. Condenado à pena reclusiva inferior a oito anos. Determinação em sentença de início de cumprimento de pena em regime inicial semiaberto. Pedido de iniciar o cumprimento de pena em regime aberto. Impossibilidade. A progressão de regime ocorre após o réu iniciar o cumprimento da pena. Requisitos para progressão de regime devem ser opostos ao juízo de execução. Supressão de instância. Recurso desprovido.

*Segunda Turma, 22/11/2016.* ..... **297**

#### Jurisprudência Cível

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/Distrito Federal. Violência doméstica – Lei nº 11.340/06 – gêneros masculino e feminino – tratamento diferenciado. O artigo 1º da Lei nº 11.340/2006 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.

*Tribunal Pleno, 09/02/2012.* ..... **305**

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

Recurso Especial nº 1.261.856/Distrito Federal (2011/0140046-4). Cumprimento de sentença – devedor representado por defensor público – adimplemento parcial da obrigação decorridos dezoito dias – aplicação da multa prevista no artigo 475-J do CPC/73 – Tribunal *a quo* que indeferiu a prerrogativa do art. 5º, §5º da Lei nº 1.060/50 ao caso – insurgência do réu. Recurso provido para afastar a incidência da multa prevista no art. 475-J sobre a parcela da dívida depositada no prazo calculado conforme a prerrogativa prevista no artigo 5º, §5º da Lei 1.060/50.

*Quarta Turma, 22/11/2016. ....351*

### Jurisprudência Cível

Agravo Interno na Carta Rogatória nº 11.000/Externo (2016/0186350-6). Agravo interno na carta rogatória. Tese de deficiência na instrução. Documentação suficiente para compreensão da controvérsia. A concessão de *exequatur* à carta rogatória não importa em violação da garantia contra a autoincriminação. Direito de o agravante não produzir prova contra si preservado. Agravo interno desprovido. 1. A carta rogatória para a concessão do *exequatur* não precisa estar acompanhada de todos os documentos existentes na petição inicial e de detalhes do processo em curso, mas de peças suficientes para a compreensão da controvérsia. 2. A intimação de qualquer pessoa para prestar depoimento como testemunha, por si, não traduz violação da garantia de autoincriminação. A simples tramitação da presente carta rogatória não acarreta prejuízo aos direitos do Agravante. Ao contrário, ao prestar seu depoimento e responder em audiência aos quesitos elencados, por óbvio, o agravante não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do princípio do *nemo tenetur se deterege*. Agravo interno desprovido.

*Corte Especial, 16/11/2016. ....361*

Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.149.493/Bahia (2009/0136194-7). Administrativo. Processual civil. Agravo interno no Recurso Especial. Improbidade administrativa. Inteligência do art. 2º da lei nº 8.429/1992. Estagiária da Caixa Econômica Federal. Enquadramento no conceito de agente público. Legitimidade para figurar no polo passivo da subjacente ação civil pública.

*Primeira Turma, 22/11/2016. .... 373*

### Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória ..... 387

Caso Favela Nova Brasília *Versus* Brasil .....389

### Noticiário

Eleição e Posse dos Novos Integrantes do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MPRJ ..... 495

Eduardo da Silva Lima Neto Toma Posse como Diretor-Presidente da CAMPERJ ..... 497

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO ..... 499



Detalhe da imagem da capa

# Doutrina







# Desafios e Perspectivas sobre a Instituição do Ministério Público Europeu para o Efetivo Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia

Alexander Araujo de Souza\*

A ideia de um “acusador europeu” nasceu como consequência da evolução do espaço judiciário na União Europeia. Tal concepção remonta ao *Appel de Genève*, de 1º de outubro de 1996<sup>1</sup>, firmado por magistrados que requeriam uma vigorosa intervenção por parte dos Estados-Membros da União Europeia, em razão da inadequação dos instrumentos europeus para combater a criminalidade organizada transnacional<sup>2</sup>.

Já em 1997, aparece a primeira versão do intitulado *Corpus juris*, redigido por uma comissão de juristas dirigida pela Professora Mireille Delmas-Marty, da Universidade de Sorbonne, destinado à criação de um aparato penal para a tutela dos interesses financeiros da União Europeia, com a previsão da criação de um Ministério Público europeu, então chamado Procuradoria Europeia<sup>3</sup>. O projeto *Corpus juris* foi elaborado a requerimento do Parlamento Europeu e é considerado como o prenúncio de um verdadeiro direito penal europeu<sup>4</sup>. Após discussões realizadas no Instituto Universitário Europeu, na cidade de Florença, com vistas a adaptações e melhoramentos ao Projeto, publicou-se, em 2000, a segunda versão do *Corpus juris*, denominada “versão de Florença”<sup>5</sup>.

\* 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.

<sup>1</sup> Sobre o *Appel de Genève*, veja-se N. PARIS-FICARELLI. *Magistrats en réseaux contre la “criminalité organisée”*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 35.

<sup>2</sup> Neste sentido, F. DE ANGELIS. *La creazione dello spazio giudiziario europeo: necessità dell’istituzione del procuratore europeo*, in: A. LANZI, F. RUGGIERI, L. CAMALDO (a cura di). *Il difensore e il pubblico ministero europeo*. Padova: Cedam, 2002, p. 63.

<sup>3</sup> Veja-se, a respeito, M. DELMAS-MARTY (sous la direction de). *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’UE*, Paris: Economica, 1997. Um outro projeto de harmonização, relativo ao direito penal econômico no âmbito da União Europeia, chamado “Euro-Delikte – Vorschläge zur Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union”, foi elaborado por um grupo de estudiosos coordenado pelo Professor Klaus Tiedemann, da Universidade de Freiburg, e publicado em 2000. Tal projeto, contudo, não prevê a figura do Ministério Público europeu. Sobre este projeto, veja-se K. TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Köln-Berlin-München, Carl Heymanns, 2004, p. 179.; L. FOFFANI. *L’armonizzazione del diritto penale dell’economia nell’Unione europea: il progetto “Eurodelitti”*, in: L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 143.

<sup>4</sup> H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 2001, p. 87. No mesmo sentido, C. PRITTWITZ. *Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113. Band. Berlin-New York: De Gruyter, 2001, p. 774.

<sup>5</sup> Com base nas “*Propositions de Florence*”, M. DELMAS-MARTY redigiu, em 30 de setembro de 1999 a redação final. Para a síntese do estudo, veja-se M. DELMAS-MARTY. *Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus juris*, in: M. DELMAS-MARTY, J. A. E. Vervaele (a cura di). *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, vol. I, Antwerpen-Groningen-Oxford: Intersentia, 2000, p. 7-104.

Em 2001, a temática sobre a instituição do Ministério Público europeu ganhou um novo capítulo com a apresentação, por parte da Comissão Europeia, do “Livro verde sobre a tutela penal dos interesses financeiros comunitários e sobre a criação de uma Procuradoria Europeia”<sup>6</sup>.

Também no projeto de Tratado da Constituição Europeia de 2003 existia a previsão da criação da Procuradoria Europeia, a partir da *Eurojust*, para combater “a criminalidade grave que apresenta dimensão transnacional e os crimes que lesam o interesse da União” (art. III-175, 1). Contudo, no texto do Tratado-Constituição, aprovado pelo Conselho Europeu em Bruxelas, e assinado em Roma, em 29 de outubro de 2004, o âmbito de atribuições da Procuradoria Europeia restou mais limitado que o previsto no projeto. A Conferência Intergovernamental eliminou as expressões “criminalidade grave que apresenta dimensão transnacional” (constante do art. III-175, 1, do projeto) e “crimes graves com repercussão em vários Estados-Membros” (constante do art. III-175, 2, do projeto), remanescendo somente a atribuição para “investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a *Europol*, os autores e cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União”, exercitando “perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a ação pública relativa a tais infrações” (art. III-274, 2, do Tratado). Não obstante, o art. III-274, 4, do Tratado já continha uma disposição que previa a possibilidade de o Conselho Europeu adotar uma decisão “de modo a tornar as atribuições da Procuradoria Europeia extensivas ao combate contra a criminalidade grave com dimensão transfronteiriça”. Convém recordar, porém, que o Conselho europeu de Bruxelas, de 21-22 de junho de 2007, decretou o definitivo abandono da Constituição Europeia e decidiu convocar uma Conferência Intergovernativa para a elaboração do tratado de reforma dos atuais tratados.

A Procuradoria Europeia foi prevista, de maneira expressa, no Tratado de Lisboa de 2007, o qual dispõe que “a fim de combater as infrações lesivas dos interesses financeiros da União, o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com um processo legislativo especial, pode instituir uma Procuradoria Europeia a partir da *Eurojust*” (art. 86, 1). Contemplou-se, ainda, a possibilidade de extensão das atribuições da Procuradoria Europeia “ao combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça” (art. 84, 4). Esta, portanto, a atual base jurídica para a sua instituição.

Em 17 de julho de 2013, a Comissão Europeia apresentou proposta de regulamento sobre a instituição da Procuradoria Europeia (COM 2013/534)<sup>7</sup>, mas, em 07 de fevereiro de 2017, o Conselho constatou a falta de unanimidade em apoio à proposta. Ainda assim, em 03 de abril de 2017, 16 Estados-Membros (Alemanha, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, República Checa e Romênia) notificaram as instituições europeias sobre a intenção de dar início a uma cooperação reforçada com vistas à sua instituição.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52001DC0715>.

<sup>7</sup> Veja-se, a propósito, G. M. GIACOMINI. La proposta di regolamento del Consiglio UE che istituisce la procura europea e la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE sugli illeciti penali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, in: *Diritto penale dell'economia, dell'Unione europea e transnazionale*. Piacenza: La Tribuna, 2015, p. 36.

Mas a efetiva criação da Procuradoria Europeia continua sendo objeto de aceras controvérsias, com entusiastas, de um lado, e críticos, de outro<sup>8</sup>. Por exemplo, a sua instituição foi considerada como prioritária pela presidência espanhola da União Europeia, iniciada em janeiro de 2002<sup>9</sup>. Posteriormente, porém, o governo do Reino Unido declarou em nota que não via como necessária a instituição da Procuradoria Europeia e que seria capaz de bloqueá-la, de acordo com os permissivos constantes do Tratado de Lisboa<sup>10</sup>. Também a doutrina no Reino Unido não se mostra entusiasta à Procuradoria Europeia, cuidando de evidenciar, em regra, apenas os possíveis problemas na sua instituição<sup>11</sup>. Não obstante as polêmicas, a análise que se levará adiante tentará demonstrar que a instituição da Procuradoria Europeia é indispensável não somente à tutela dos interesses financeiros da União, mas também ao eficaz combate à criminalidade organizada transnacional.

Um primeiro e delicado ponto se relaciona à criação da Procuradoria Europeia a partir da estrutura já existente da *Eurojust*. De fato, o Tratado de Lisboa não se pronuncia sobre a sorte da *Eurojust* após a instituição da Procuradoria Europeia. Com efeito, a ausência de definições, no Tratado, das relações entre a Procuradoria Europeia e a *Eurojust* – mas também entre estas e a *Europol* e a Rede Judiciária Europeia – é um dos motivos do retardo na sua instituição<sup>12</sup>. Sem dúvidas, *Eurojust* é um órgão que constitui uma força comum de intervenção no combate à criminalidade organizada

<sup>8</sup> A favor da criação da Procuradoria europeia, veja-se S. Allegrezza. Pubblico Ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo, in: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 220; M. BARGIS. *Studi di diritto processuale penale I*. "Giusto processo" italiano e Corpus juris europeo. Torino: Giappichelli, 2002, p. 177 s.; G. CALESINI. *European police law handbook*. Roma: Laurus Robuffo, 2007, p. 148; F. DE ANGELIS. *La creazione dello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 63 s.; F. DE LEO. Da Eurojust al Pubblico Ministero europeo, in: *Cassazione Penale*. Giuffrè: Milano, 2003, p. 1432 s.; 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 le Ministère Public? Paris: Dalloz, 2008, p. 83 s.; A. LAUDATI. I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea, in: *Diritto penale e processo*, n° 04, anno XII. Milano: Ipsoa, 2006, p. 404; L. LOMBARDO. L'istituzione del procuratore europeo, in: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 690 s.; S. NÜRNBERGER. Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung, in: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n° 05, 2009, p. 494 (disponível on line: [www.zjs-online.com/dat/artikel/2009\\_05\\_225.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_05_225.pdf)); M. PANZAVOLTA. Lo statuto del Pubblico Ministero europeo (ovvero l'ologramma di un accusatore continentale), in: M. G. COPPETTA (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 180; L. SALAZAR. La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia, in: *Cassazione Penale*, Milano: Giuffrè, 2004, p. 3536; B. SCHÜNEMANN. Alternative project for a european criminal law and procedure, in: *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (a cura di)*, *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*. Padova: Cedam, 2008, p. 123; F. SPIEZIA. *Crimine transnazionale e procedura di cooperazione giudiziaria*. Milano: Il Sole 24 Ore, 2006, p. 107; D. THEATO. La protection des intérêts financiers, in: F. RUGGIERI (a cura di). *La giustizia penale nella convenzione*. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea. Milano: Giuffrè-Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 201. Contrário à instituição do Ministério Público europeu, veja-se E. BELL, A European DPP to prosecute Euro-Fraud?, in: *The Criminal Law Review*. London: Sweet & Maxwell, march 2000, p. 165.

<sup>9</sup> Como noticiou o periódico espanhol *El País*, em 02 de janeiro de 2002, p. 14.

<sup>10</sup> O governo do Reino Unido declarou, em nota: "We do not see the need for such a Prosecutor. Under the new Treaty, the UK would be able to prevent a European Public Prosecutor from having any role in the UK" (*Debate on justice and home affairs in the Lisbon Treaty*, disponível on line: <http://www.fco.gov.uk>).

<sup>11</sup> Neste sentido, E. BELL. *A European DPP to prosecute Euro-Fraud?*, cit., p. 165.

<sup>12</sup> M. G. COPPETTA. Verso un processo penale europeo?, in: Coppetta, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 37.

transnacional, capaz de superar as barreiras entre os Estados-Membros<sup>13</sup>. Contudo, podem-se evidenciar algumas limitações<sup>14</sup> da *Eurojust*, as quais podem vir a ser aperfeiçoadas com a instituição da Procuradoria Europeia, de modo a tornar mais efetivo o combate à delinquência organizada.

Uma das dificuldades da *Eurojust* se refere, em primeiro lugar, à sua composição. De fato, as funções de seus membros são bastante diversas, pois escolhidos entre Juizes, membros do Ministério Público e funcionários da Polícia. Há, portanto, diversidades de perfil e de competências entre os representantes de cada Estado. Isto pode tornar dificultosa a efetividade das operações<sup>15</sup> e até mesmo criar situações insustentáveis, como a falta de acesso, por parte de alguns membros, a determinados bancos de dados nacionais<sup>16</sup>. Já sob o aspecto político, os membros da *Eurojust* podem manter um cordão umbilical com os centros políticos de seus países de proveniência, reduzindo a independência da *Eurojust* em nível de composição individual<sup>17</sup>.

Em segundo lugar, um aspecto que parece fundamental é o fato de a *Eurojust* não possuir o poder de exercitar a ação penal no âmbito do espaço judiciário europeu<sup>18</sup>. De fato, para um combate efetivo às organizações criminais transnacionais é indispensável a existência de um órgão como a Procuradoria Europeia, que possua o poder de exercer a ação penal em todo o território da União<sup>19</sup>. Não há dúvidas de que o papel da *Eurojust* é importantíssimo no combate às organizações criminosas. Porém, a ausência de sua total independência, bem como do poder de exercitar a ação penal no espaço judiciário europeu, coloca a *Eurojust* como uma etapa intermediária na instituição da Procuradoria Europeia<sup>20</sup>.

A criação da Procuradoria Europeia, contudo, não deve implicar a eliminação da *Eurojust*. Ao contrário, deverá existir uma convivência fundada em um duplo circuito de atribuições conexas<sup>21</sup>: a) quanto à atuação da *Eurojust*, nos termos do art. 85 do Tratado, ter-se-á atividade de potencialização da cooperação judiciária em relação à criminalidade grave e que interesse a vários Estados-Membros ou que requeira uma

<sup>13</sup> E. ROSI. L'elenco dei reati nella decisione-quadro sul mandato di arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore altro l'ostacolo, in: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'estradizione*. Padova: Cedam, 2004, p. 73. Veja-se ainda sobre o tema M. Panzavolta. *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in: M. G. COPPETTA (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 149.

<sup>14</sup> S. ALLEGREZZA. *Pubblico Ministero europeo e azione penale*, cit., p. 220.

<sup>15</sup> Neste sentido, L. MOREILLON-A. WILLI-JAYET. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, cit., p. 203; A. SUOMINEN. The past, present and the future of Eurojust, in: *Maastricht journal of european comparative law*, volume 15, nº 2, 2008, p. 227.

<sup>16</sup> A. SUOMINEN. *The past, present and the future of Eurojust*, cit., p. 226.

<sup>17</sup> M. PANZAVOLTA. *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, cit., p. 153.

<sup>18</sup> A. SUOMINEN. *The past, present and the future of Eurojust*, cit., p. 226-227.

<sup>19</sup> G. CALESINI. *European police law handbook*. Roma: Laurus Robuffo, 2007, p. 148.

<sup>20</sup> H. LABAYLE refere-se à *Eurojust* como "l'embryon d'un parquet européen" (La réforme de l'espace de liberté, sécurité et justice, in: F. RUGGIERI (a cura di). *La giustizia penale nella convenzione*. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea. Milano: Giuffrè-Bruxelles, Bruylant, 2003 p. 29.

<sup>21</sup> Neste sentido, G. DE AMICIS. *Eurojust*, in: G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di). *Lezioni di diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 535-536; M. G. COPPETTA. *Verso un processo penale europeo?*, cit., p. 37. Os referidos autores, porém, atribuem à *Eurojust* também a coordenação das investigações, o que deveria consubstanciar atribuição da Procuradoria Europeia.

ação a partir de uma base comum; b) quanto à atribuição da Procuradoria Europeia, ter-se-á a coordenação das investigações e o exercício da ação penal (art. 86, parágrafo 4). De fato, com a criação da Procuradoria Europeia, as atribuições reservadas à *Eurojust* relativas à coordenação das investigações preliminares (art. 85, parágrafo 1, a e b) devem ser transferidas totalmente à Procuradoria Europeia.

Sob outro aspecto, apesar de a criação da Procuradoria Europeia não ser obrigatória, segundo o que dispõe o Tratado de Lisboa<sup>22</sup> (pois o Conselho “pode” instituí-la), a necessidade de perseguir de maneira eficaz os autores de crimes que lesem os interesses financeiros da União, de potenciar a cooperação interestatal em matéria penal e de homogeneizar a repressão penal nos diversos Estados-Membros, são exigências que justificam sua instituição.

Deve ser reconhecida à Procuradoria Europeia a competência inicial limitada à tutela dos interesses financeiros da União. Este, porém, deve ser somente o primeiro passo. Após a sua consolidação, as atribuições da Procuradoria Europeia devem ser ampliadas “ao combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça”, deixando aos Procuradores, nos respectivos Estados-Membros, o dever de perseguir os crimes que lesem os interesses estritamente nacionais<sup>23</sup>. Propõe-se, portanto, que a Procuradoria Europeia não se destine ao confinamento, especializando-se apenas na defesa de interesses financeiros. Assim como nas origens do Ministério Público, a defesa dos interesses econômicos deve ser apenas a ocasião inicial para a consolidação e a expansão de suas atribuições para a defesa dos interesses da sociedade<sup>24</sup>.

Uma vez estabelecidas as infrações penais “unionizadas”, de competência da Procuradoria Europeia, esta representará o órgão com o poder de exercitar a ação penal em relação a tais crimes em todo o espaço judiciário europeu, com prioridade sobre os Ministérios Públicos locais<sup>25</sup>. De fato, a necessidade de afrontar os delitos que lesem os interesses financeiros da União, ou mesmo a criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, considerando a particularidade destes delitos – seja em relação à coordenação das complicadas investigações, seja em relação à dificuldade de obtenção de elementos probatórios – justificam a tutela por parte de um órgão interestatal como a Procuradoria Europeia<sup>26</sup>.

Contudo, segundo o Tratado de Lisboa, as ações penais promovidas pela Procuradoria Europeia serão julgadas pelos Juízes ordinários dos Estados-Membros (art. 86, 2). Tais juízes julgarão com base nas normas penais e processuais de direito interno dos Estados-Membros a que pertençam<sup>27</sup>. Assim, haverá uma ação penal “unionizada”,

<sup>22</sup> T. OBOKATA. *Transnational organised crime in international law*, Oxford: Hart, 2010, p. 204.

<sup>23</sup> L. LOMBARDO. *L'istituzione del procuratore europeo*, cit., p. 691.

<sup>24</sup> Neste sentido, M. Panzavolta. *Lo statuto del Pubblico Ministero europeo*, cit., p. 215.

<sup>25</sup> E. BACIGALUPO, M. L. SILVA CASTAÑO. Breves consideraciones sobre el libro verde desde la perspectiva española, in: *Un derecho penal para Europa*. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios. Cuadernos Luís Jiménez de Asúa, nº 18, Madrid: Dykinson, 2004, p. 212.

<sup>26</sup> M. PANZAVOLTA. *Lo statuto del Pubblico Ministero europeo*, cit., p. 180.

<sup>27</sup> U. Guerini. *Il diritto penale dell'Unione europea*, Guerini U. *Il diritto penale dell'Unione europea*. Torino: Giappichelli, 2008, p. XXII-XXIII; M. PANZAVOLTA. Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro, in: M. G. Coppetta (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 130-131.

enquanto a jurisdição restará nacionalizada. Esta solução tem a vantagem de não requerer a pronta ativação de uma complexa estrutura judiciária em nível de União Europeia<sup>28</sup>. Contudo, quando os crimes toquem contemporaneamente a jurisdição de mais de um Estado-Membro, como nos casos de criminalidade transfronteiriça, por exemplo, não se deve permitir à Procuradoria Europeia, quando do exercício da ação penal, escolher ao seu próprio alvedrio o ordenamento jurídico que mais lhe agrada. Esta solução, que constava do *Corpus juris* e também do Livro verde, terminaria por produzir uma possível manipulação das garantias penais e processuais<sup>29</sup>, podendo dar ensejo ao fenômeno do *forum shopping*, um verdadeiro abuso processual<sup>30</sup>, com a possível escolha, por parte da Procuradoria Europeia, da jurisdição em tese mais conveniente para o sucesso da ação penal<sup>31</sup>. Deverá prevalecer, portanto, o princípio do juiz natural pré-constituído por norma anterior à prática do fato<sup>32</sup>.

Ainda no que toca ao exercício da ação penal, outro ponto fundamental é a consagração do princípio da obrigatoriedade. O projeto *Corpus juris* e o Livro Verde adequadamente previram a aplicação de tal princípio, a fim de evitar disparidades de tratamento no interior do espaço judiciário europeu, bem como para tutelar, na maior medida possível, a legalidade comunitária<sup>33</sup>.

Neste contexto, é indispensável ainda à instituição da Procuradoria Europeia a existência de um alto nível de harmonização dos direitos penal e processual penal dos Estados-Membros<sup>34</sup>. De fato, a ausência de harmonização legislativa tornará pouco eficaz a criação da Procuradoria Europeia e acabará por criar problemas, como por exemplo, a ofensa ao princípio da igualdade que deve existir em relação a todos os cidadãos no espaço judiciário europeu<sup>35</sup>.

Deve-se pontuar ainda que, em matéria de coordenação das investigações concernentes às atividades criminosas transnacionais, a Procuradoria Europeia terá a necessidade de valer-se das atividades da *Eurojust*. Esta, portanto, deve ser colocada sob a dependência funcional da Procuradoria Europeia, da qual deve seguir as diretrizes<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> S. ALLEGREZZA. *Pubblico Ministero europeo e azione penale*, cit., p. 232.

<sup>29</sup> M. DONINI. Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico, in: L. Foffani (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 87; F. DE LEO. *Da Eurojust al Pubblico Ministero europeo*, cit., p. 1450.

<sup>30</sup> Caracterizando o *forum shopping* como abuso processual, veja-se E. M. CATALANO. *L'abuso del processo*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 155-156.

<sup>31</sup> M. PANZAVOLTA. *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 129.

<sup>32</sup> F. DE LEO. *Da Eurojust al Pubblico Ministero europeo*, cit., p. 1450.

<sup>33</sup> S. ALLEGREZZA. *Pubblico Ministero europeo e azione penale*, cit., p. 240; L. Lombardo. *L'istituzione del procuratore europeo*, cit., p. 694.

<sup>34</sup> E. BACIGALUPO, M. L. S. CASTAÑO. *Breves consideraciones sobre el libro verde*, cit., p.210. No mesmo sentido, M. Bargis. Il Pubblico Ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo, in: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, luglio-settembre 2004, p.778-779; L. PICOTTI. Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo, in: L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006, p.103; M. PANZAVOLTA. *Lo statuto del Pubblico Ministero europeo*, cit., p.215; L. Lombardo. *L'istituzione del procuratore europeo*, cit., p.694.

<sup>35</sup> S. ALLEGREZZA. *Pubblico Ministero europeo e azione penale*, cit., p.230.

<sup>36</sup> L. LOMBARDO. *L'istituzione del procuratore europeo*, cit., p.700.

Outra preocupação se relaciona à independência da Procuradoria Europeia em relação aos outros órgãos da União, ou mesmo aos governos nacionais. Cuida-se de atributo essencial ao seu eficaz funcionamento, de maneira a colocar os procuradores ao abrigo de influências de fato, inclusive sobre o aspecto político<sup>37</sup>. Quanto à nomeação dos componentes da Procuradoria Europeia, deve-se assegurar que estes não sejam nomeados diretamente pelos governos dos Estados-Membros. Ao contrário, as escolhas devem ser confiadas a órgãos que possam garantir a sua autonomia e independência<sup>38</sup>. Além disso, os procuradores devem ter dedicação exclusiva, não se permitindo sejam acumuladas as funções na Procuradoria Europeia e as suas funções nos Ministérios Públicos nacionais<sup>39</sup>. Não obstante, os vencimentos dos procuradores, como já salientava o Livro Verde, devam ser de incumbência dos Estados-Membros.

Conclusivamente, pode-se afirmar que o Ministério Público europeu prepara-se para se tornar uma realidade no espaço judiciário da União Europeia e a sua instituição representará um decisivo salto de qualidade no que toca à cooperação em matéria penal, a qual deve passar de intergovernamental a realmente supranacional<sup>40</sup>. Assim como no século XIV, a figura do Ministério Público vem associada à tutela dos interesses financeiros, àquela época do Rei, hoje da União<sup>41</sup>. Mas este será o primeiro passo, que tornará possível um efetivo combate à criminalidade organizada transfronteiriça no âmbito da União Europeia.

### Bibliografia

ALLEGREZZA, S. Pubblico Ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo, in: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005.

ARROYO ZAPATERO, L.; Nieto Martín, A. La protección de los intereses financieros de la EU: una nueva vuelta de tuerca, in: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (Coordinadoras). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002.

BACIGALUPO, E.; Silva Castaño, M. L. Breves consideraciones sobre el libro verde desde la perspectiva española, in: *Un derecho penal para Europa*. Corpus Juris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios. *Cuadernos Luís Jiménez de Asúa*, nº 18, Madrid: Dykinson, 2004.

BARGIS, M. Il Pubblico Ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo, in: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, luglio-settembre 2004.

<sup>37</sup> M. Panzavolta. *Lo statuto del Pubblico Ministero europeo*, cit., p.199.

<sup>38</sup> V. Musacchio. *Diritto penale dell'Unione europea*. Questioni controverse e prospettive future. Padova: Cedam, 2005, p.142.

<sup>39</sup> L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín. La protección de los intereses financieros de la UE: una nueva vuelta de tuerca, in: L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez, M. R. D. Díaz-Santos (Coordinadoras). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002, p.168).

<sup>40</sup> L. Salazar. *La lotta alla criminalità nell'Unione*, cit., p.3536.

<sup>41</sup> M. Panzavolta. *Lo statuto del Pubblico Ministero europeo*, cit., p.214.

\_\_\_\_\_. *Studi di diritto processuale penale I. "Giusto processo" italiano e Corpus juris europeo*. Torino: Giappichelli, 2002.

BELL, E., A European DPP to prosecute Euro-Fraud?, in: *The Criminal Law Review*, London, Sweet & Maxwell, March 2000.

CALESINI, G. *European police law handbook*. Roma: Laurus Robuffo, 2007.

CATALANO, E. M. *L'abuso del processo*. Milano: Giuffrè, 2004.

COPPETTA, M. G. Verso un processo penale europeo?, in: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005.

DE AMICIS, G. Eurojust, in: GRASSO, G.; SICURELLA, R. (a cura di). *Lezioni di diritto penale europeo*. Milano: Giuffrè, 2007.

DE ANGELIS, F. La creazione dello spazio giudiziario europeo: necessità dell'istituzione del procuratore europeo, in: LANZI, A.; RUGGIERI, F.; CAMALDO, L. (a cura di). *Il difensore e il pubblico ministero europeo*. Padova: Cedam, 2002.

DE FRANCESCO, G. Le sfide della politica criminale: "integrazione" e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale, in: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006.

DE LEO, F. Da Eurojust al Pubblico Ministero europeo, in: *Cassazione Penale*. Giuffrè: Milano, 2003.

DELMAS-MARTY, M. *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financières de l'UE*. Paris: Economica, 1997.

\_\_\_\_\_. Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus juris, in: Delmas-Marty, M., Vervaele, J. A. E. (a cura di). *La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, vol. I, Antwerpen-Groningen-Oxford: Intersentia, 2000.

DONINI, M. Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico, in: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006.

FOFFANI, L. L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione europea: il progetto "Eurodelitti", in: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006.

GAMBERINI, G. Quel modèle pour un Ministère Public européen?, in: LAZERGES, C. (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: Puf, 2006.

GIACOMINI, G. M. La proposta di regolamento del Consiglio UE che istituisce la procura europea e la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE sugli illeciti penali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, in: *Diritto penale dell'economia, dell'Unione europea e transnazionale*. Piacenza: La Tribuna, 2015.

GUERINI, U. *Il diritto penale dell'Unione europea*. Torino: Giappichelli, 2008.

JEAN, J.-P. 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.



LABAYLE, H. La réforme de l'espace de liberté, sécurité et justice, *in*: RUGGIERI, F. (a cura di). *La giustizia penale nella convenzione*. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea. Milano: Giuffrè-Bruxelles, Bruylant, 2003.

LAUDATI, A. I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all'interno dell'Unione europea, *in*: *Diritto penale e processo*, n° 04, anno XII. Milano: Ipsoa, 2006.

LOMBARDO, L. L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive, *in*: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

MOREILLON, L., WILLI-JAYET, A. *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*. Paris: L.G.D.J – Bruxelles, Bruylant – Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

MUSACCHIO, V. *Diritto penale dell'Unione europea*. Questioni controverse e prospettive future. Padova: Cedam, 2005.

NÜRNBERGER, S. Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft – Eine Einführung, *in*: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, n° 05, 2009 (disponível on line: [www.zjs-online.com/dat/artikel/2009\\_05\\_225.pdf](http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_05_225.pdf)).

OBOOKATA, T. *Transnational organised crime in international law*. Oxford-Portland-Oregon: Hart, 2010.

PANZAVOLTA, M. Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione, *in*: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005.

\_\_\_\_\_. Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro, *in*: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*. Torino: Giappichelli, 2005.

\_\_\_\_\_. Lo statuto del Pubblico Ministero europeo (ovvero l'ologramma di un accusatore continentale), *in*: COPPETTA, M. G. (a cura di). *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005.

PARIS-FICARELLI, N. *Magistrats en réseaux contre la "criminalité organisée"* Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2008.

PICOTTI, L. Sulle sfide del diritto penale nel XXI secolo, *in*: FOFFANI, L. (a cura di). *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*. Milano: Giuffrè, 2006.

PRITTWITZ, C. Nachgeholtte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, *in*: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 2001.

ROSI, E. L'elenco dei reati nella decisione-quadro sul mandato di arresto europeo: l'Unione europea lancia il cuore altro l'ostacolo, *in*: ROZO ACUÑA, E. (a cura di). *Il mandato d'arresto europeo e l'extradizione*. Padova: Cedam, 2004.

SALAZAR, L. La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia, *in*: *Cassazione Penale*. Milano: Giuffrè, 2004.

SATZGER, H. *Die Europäisierung des Strafrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 2001.

SCHÜNEMANN, B. Alternative project for a European criminal law and procedure, in: *International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (a cura di). European cooperation in penal matters: issues and perspectives*. Padova: Cedam, 2008.

SPIEZIA, F. *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*. Milano: Il Sole 24 Ore, 2006.

SUOMINEN, A. The past, present and the future of Eurojust, in: *Maastricht journal of european comparative law*, volume 15, n° 2, 2008.

THEATO, D. La protection des intérêts financiers, in: RUGGIERI, F. (a cura di). *La giustizia penale nella convenzione*. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea. Milano: Giuffrè-Bruxelles, Bruylant, 2003.

TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht*. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. Köln-Berlin-München: Carl Heymanns, 2004.

TUFANO, M. L. Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto EU e diritto penale, in: *Studi sull'integrazione europea*, numero 1, anno III. Bari: Cacucci, 2008.

# Ônus da Dialeiticidade: Nova “Jurisprudência Defensiva” no STJ?

Dierle Nunes\*

Antônio Aurélio de Souza Viana\*\*

Um dos objetivos do Código de Processo Civil de 2015 foi a criação de mecanismos de combate à jurisprudência defensiva, isto é, a colocação, por parte dos tribunais, de filtros formais abusivos para o conhecimento do mérito recursal.<sup>1</sup>

Com as importantes inovações normativas que pretenderam corrigir a dita jurisprudência defensiva (artigo 4º; artigo 218 §4º; artigo 932, parágrafo único, para citar alguns exemplos), os tribunais se adaptam e sofisticam o modo pelo qual passam a inadmitir recursos. Em pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se o uso constante do denominado ônus da dialeticidade, servindo como uma espécie de coringa à inadmissão recursal.<sup>2</sup>

De imediato, há de se pontuar que já vimos defendendo há algum tempo que os ônus argumentativos das partes e dos magistrados tenham se modificado no sistema do CPC-2015, especialmente pela aplicação do disposto no §1º do artigo 489<sup>3</sup>, por força do modelo participativo adotado. No entanto, este ônus impõe uma análise acurada de todos os fundamentos por todos os sujeitos processuais sem que se criem novos rigores formais.

Como se pretende demonstrar, embora estejamos neste modelo (participativo) de processo, no qual se exige responsabilidade e interdependência dos sujeitos processuais, não se pode admitir a deturpação do Código – e, à obriedade, da Constituição – de forma que a jurisprudência defensiva seja repaginada e implique inadmissão de um sem número de impugnações, principalmente se levarmos em conta a necessidade de ampla discussão das questões jurídicas, já que o legislador optou pela criação de precedentes judiciais diferenciados, cujo funcionamento exige seriedade e esforço de todos os sujeitos processuais, de forma que se tematizem os padrões decisórios antes que possam servir de modelo para outros casos.

Entretanto, para enfrentar a questão que se apresenta, precisamos tematizar o ônus argumentativo para, na sequência, evidenciar a criação do nominado ônus da dialeticidade pelo STJ.

\* Doutor em Direito Processual Civil. Professor Adjunto na PUC Minas e na UFMG. Advogado.

\*\* Mestre em Direito Processual Civil. Advogado.

<sup>1</sup> <http://www.conjur.com.br/2015-mar-29/dierle-nunes-interpretacao-processual-deveria-considerar-cpc>

<sup>2</sup> São incontáveis as decisões v.g.: ROMS nº 44.616/PE; AgrEsp nº 876.166/RS; AgrREsp nº 1.003.874 – MG; AgrREsp nº 917.696.

<sup>3</sup> THEODORO JR., et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. São Paulo: GEN Forense, 2015. NUNES, Dierle; HORTA, Dierle. Aplicação de precedentes e *distinguishing no cpc/2015*. CUNHA, Leonardo Carneiro da et al (Org.). Precedentes judiciais no NCP. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

O CPC-2015 ao inaugurar<sup>4</sup> um sistema normativo de precedentes judiciais exige, por certo, a reformulação do modo de atuação dos sujeitos processuais. No mesmo sentido, o conteúdo do artigo 489, em seus parágrafos 1º e 2º, enfatiza a garantia constitucional de a parte obter uma decisão fundamentada, transformando-a, por conseguinte, num dever de fundamentação analítica das decisões judiciais a ser observado por juízes e tribunais.

A opção do legislador foi por um modelo participativo de processo (artigo 6º), que se embasa no contraditório visto como garantia de influência e não surpresa e, nesse sentido, que deva gerar efetivo impacto na construção dos atos decisórios (artigo 10).

Observadas as premissas anteriores, fica muito evidente que todos os sujeitos processuais, indiscriminadamente, devem participar dos processos argumentativos que constituirão a decisão do caso. Desse modo, a doutrina vem reconhecendo que o dever de fundamentação, assim como previsto no artigo 489 §§ 1º e 2º, acaba por indicar uma espécie de espelhamento para a atuação dos demais sujeitos processuais.

Se o juiz é obrigado a observar o dever de fundamentação analítica (artigo 489), as partes devem fazer o mesmo, de tal modo que o advogado do autor, por exemplo, ao exercer a pretensão em juízo não pode se limitar a fazer a mera indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, sendo vedado também o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem que se explicito o motivo concreto de sua incidência no caso.<sup>5</sup>

Constata-se a existência de um ônus argumentativo a ser observado pelos sujeitos processuais. Sabemos que o ônus, no âmbito da teoria do processo, se refere a situações desfavoráveis que podem surgir em decorrência da inércia ou fragilidade na prática de determinado ato. Assim, aquele autor que alega, mas não prova, terá o pedido julgado improcedente por não ter se desincumbido do seu ônus probatório.

A questão do ônus ganha outro colorido quando relacionado ao modo de comportamento que se espera dos sujeitos processuais em virtude da norma da cooperação/comparticipação, mas, sobretudo, é significativamente reformulado diante do uso de precedentes judiciais.

Atribui-se aos sujeitos processuais a responsabilidade pela implementação de processos argumentativos minimamente em boa-fé objetiva. Na seara do direito jurisprudencial, constitui equívoco a mera invocação de precedente ou enunciado de súmula sem que se identifiquem seus fundamentos determinantes e que se demonstre que o caso sob julgamento se ajusta àqueles. A decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que violar esse dever de fundamentação será impugnável. Por sua vez,

<sup>4</sup> O direito jurisprudencial é relevante, no Brasil, ao menos desde o século XIX, no entanto, o CPC/2015 é inovador ao sistematizar seu uso.

<sup>5</sup> Fredie Didier Jr. e Ravi Peixoto falam em "assimetria condicionada" <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191/>.

se a parte ignorar tal ônus pesará sobre seus ombros uma situação desfavorável como, por exemplo, a improcedência liminar do pedido nos termos do artigo 332, daí falar-se em ônus argumentativo.

Perceba-se que o referido ônus é reestruturado. Não apenas porque se inaugura normativamente um modelo participativo de processo, na verdade, porque este ônus é reconfigurado em razão da implementação do uso normativo de precedentes vocacionados à uniformização, estabilidade, integridade e coerência.

Essa mutação se evidencia de modo categórico porque no sistema de precedentes não importa tanto a parte dispositiva da decisão. Uma aplicação legítima se dá a partir da *ratio decidendi* dos casos anteriores que exigem esmero na própria extração do fundamento determinante e, a depender do caso, grande apuro na tentativa de sua distinção ou superação. O desafio se estabelece exatamente porque é um modo de trabalho absolutamente inovador que exige inclusive a mudança do raciocínio jurídico que se volta ao exame detido dos casos. Se nos países da tradição do *common law* esse método casuístico integra naturalmente a formação dos juristas no Brasil, passa ao largo de boa parte das instituições de ensino jurídico.

Explicitada a essência do ônus argumentativo, devemos explicitar as bases da construção da dialeticidade recursal e da criação do aludido ônus de dialeticidade, pois a grande questão que surge: até que ponto se pode admitir que uma das partes sofra uma situação desfavorável pela ausência de argumentação?

Sabe-se que o princípio da dialeticidade "estabelece é a necessidade de o recurso ser discursivo, de maneira que a parte que sofrer algum gravame deverá, no ato de interposição, esclarecer os fundamentos fáticos e jurídicos de sua irresignação e apresentar o pedido de nova decisão, sob efeito de inadmissão do recurso por quebra do requisito da regularidade formal,"<sup>6</sup> induzindo a necessidade de impugnação especificada dos fundamentos decisórios da decisão impugnada.

Deste princípio, pós-entrada em vigor do CPC/2015, o STJ vem empregando o *ônus de dialeticidade de modo que* "entre a motivação utilizada como fundamento do julgamento e as razões do recurso que impugna tal decisão deve haver relação de congruência, de maneira a permitir que o órgão com competência recursal possa examinar a juridicidade da *ratio decidendi*, pena de inobservância do ônus da dialeticidade"<sup>7</sup> a impor o não conhecimento de recursos.

Isto gera um grande ganho técnico para um modelo participativo<sup>8</sup> ao impedir a reprodução mecânica de arazoados por advogados que se limitem a copiar peças antes elaboradas, trocando seu nome e não impugnando os fundamentos da decisão impugnada. Veda-se, por exemplo, a transformação de uma peça de recurso especial em agravo interno pela simples duplicação dos mesmos fundamentos.

<sup>6</sup> NUNES, Dierle. *Direito constitucional ao recurso*. RJ: Lumen Juris, 2006, p. 102.

<sup>7</sup> STJ, 1ª S, AgIntEDcl no PUIL Nº 111, Rel. Min. Campbell Marques, DJe: 08/11/2016.

<sup>8</sup> Que busca responsabilizar todos os sujeitos processuais por suas ações e omissões.

Ocorre que esta linha decisória traz igualmente alguns riscos e preocupações. Didier e Peixoto afirmam, nesse contexto, que:

simplesmente não faria muito sentido que se aumentem os deveres de um sujeito processual, exigindo uma justificação analítica e tão somente se criem novos direitos para os demais. Se as partes devem cooperar entre si (artigo 6º, CPC) e atuar de acordo com a boa-fé (artigo 5º, CPC), um dos deveres que podem ser extraídos de tais normas jurídicas é a de uma justificação analítica em suas postulações<sup>9</sup>.

Concorda-se apenas em parte com a visão dos autores.

De um lado, há de perceber que no Brasil, historicamente, mesmo após o CPC-2015, existe uma perturbadora violação à garantia de fundamentação adequada. Ainda que a parte argumente exaustivamente, indicando provas e farto substrato jurídico, não é raro se deparar com decisões do tipo “indefiro o pedido de tutela antecipada, pois ausentes os requisitos legais” ou mesmo decisões do próprio STJ dizendo *contra legem* (artigo 489, §1º, inc. IV) *que* “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”<sup>10</sup>. O artigo 489, §§ 1º e 2º deve servir para corrigir esse tipo de situação esdrúxula e não ampliar inutilmente o ônus argumentativo dos demais sujeitos processuais sem que reflita nos atos decisórios.

De outro lado, verifica-se que a existência do aludido ônus para a parte não poderia gerar um modo simples, mecânico, de qualquer tribunal dizer que a mesma não teria impugnado adequadamente uma decisão *sem justificar adequadamente tal descumprimento*.

Isso parece ocorrer de forma evidente com a nova tendência de negativa de conhecimento de recursos com base na alegada violação do ônus da dialeticidade ao se analisar um conjunto de 112 decisões do STJ.

Após o início da vigência do CPC/2015, o STJ vem negando seguimento ou provimento aos recursos de agravo interno<sup>11</sup> que não tenham impugnado especificamente os fundamentos da decisão do relator. Naquele tribunal, o ônus da dialeticidade se transforma numa espécie de requisito de admissibilidade do recurso de agravo, não se conhecendo dos recursos dessa natureza que tenham se limitado a reproduzir as razões do Recurso Especial.

No que diz respeito ao manejo do direito jurisprudencial, assim se manifestou o STJ, sobre o ônus da dialeticidade, estabelecendo novas guias argumentativas para as partes:

<sup>9</sup> Cit. Fredie Didier Jr. e Ravi Peixoto falam em “assimetria condicionada”.

<sup>10</sup> STJ, EDcl no MS 21.315/DF, 1ª S, DJe 15/06/2016.

<sup>11</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. Agravo Interno: Análise das modificações legais e de sua recepção no STJ. *Revista de Processo*, no prelo.

Dessa maneira, o cumprimento do ônus da dialeticidade impunha ao agravante que procedesse a uma de quatro alegações, a saber, deveria (a) dizer que a jurisprudência não era dominante ou pacífica, indicando precedentes contemporâneos ou mais recentes que contradissem isso, (b) dizer que a jurisprudência havia sido dominante, mas que houvera uma mudança de orientação, também indicando precedentes contemporâneos ou mais recentes, (c) dizer que a jurisprudência era minoritária nesse sentido, com referência a precedentes contemporâneos ou mais recentes ou, ainda, (d) dizer que os precedentes aludidos no juízo de inadmissibilidade não se aplicavam ao caso concreto, analisando-os e esclarecendo o porquê da inaplicabilidade<sup>12</sup>.

Curioso notar que se exige do recorrente o combate a todos os argumentos lançados na decisão sob pena de violação ao ônus da dialeticidade<sup>13</sup>. No entanto, considera-se *"desnecessário"*, pois, consoante, por sinal, jurisprudência pacificada, que responda todas as alegações das partes e refute um a um todos os argumentos deduzidos, desde que os fundamentos utilizados sejam suficientes para fundamentar a decisão<sup>14</sup>. Parece haver, aqui, a exata inversão dos respectivos enunciados legais. Isso porque, no artigo 489 §1º, inciso IV, consta a exigência de o órgão decisor enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão, o que tem sido dispensado pelo Judiciário. Lado outro, de acordo com o artigo 1.021, §1º, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada. Fala-se, portanto, no dever de o agravante enfrentar os fundamentos da decisão, e não todos os argumentos, o que tem gerado a inadmissibilidade recursal por ofensa à dialeticidade.

Em síntese, em face da limitação de espaço nesta via, eis que desenvolvermos a questão mais detidamente em outra sede, ficam as advertências para a *literatura jurídica* do risco do ônus da dialeticidade se tornar um novo foco para uma "pseudosofisticada" forma de jurisprudência defensiva e para a *advocacia* da impossibilidade de se reproduzirem peças recursais sem indicar os fundamentos da decisão impugnada que se busca atacar com a apresentação e as razões de impugnação, de modo a seguir os comandos indicados na decisão supratranscrita. Toda reprodução mecânica de arrazoados tende a ser penalizada.

<sup>12</sup> REsp 1.043.184 – PR, DJe: 15/03/2017.

<sup>13</sup> "O confronto entre o acórdão impugnado e as razões recursais demonstra que a insurgente não rebateu todos os argumentos utilizados pelo Tribunal de origem a fim de fundamentar sua decisão, notadamente quanto ao fato de que integra a cadeia de fornecedores e, portanto, responsável pela vigilância necessária a fim de se evitar a irregularidade das mercadorias. Sendo assim, como a fundamentação utilizada pelo Tribunal *a quo* para formar seu convencimento é apta, por si só, para manter o *decisum* combatido e não houve contraposição recursal sobre o ponto, aplica-se na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF: [...], porquanto descumprido ônus da dialeticidade". REsp nº 1.607.286/PR, DJe: 12/08/2016.

<sup>14</sup> REsp nº 1.648.771 – DF, DJe: 02/05/2017.





# Foro por Prerrogativa de Função nas Constituições Estaduais: de Onde Viemos e Onde Chegamos

*The Prerogative of Function by the Guarantee of Court in the States Constitutions: Where We Came from and Where We Arrived*

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. O Foro por Prerrogativa de Função: Linha Evolutiva. 3. A Autonomia dos Estados na Federação Brasileira. 4. A Compressão da Liberdade de Conformação das Constituições Estaduais. 5. A Previsão das Causas de Competência do Tribunal de Justiça na Constituição Estadual: a Questão do Foro por Prerrogativa de Função. Epílogo. Referências Bibliográficas.

## Resumo

A relação de simetria que deve existir entre a Constituição da República e as Constituições Estaduais projeta-se, igualmente, na compreensão do potencial expansivo da garantia do foro por prerrogativa de função. Como a competência do Tribunal de Justiça deve ser definida na respectiva Constituição Estadual, têm sido intensos os debates a respeito da existência, ou não, de limitadores à autonomia de cada Estado. É justamente este o objeto de análise do presente estudo, que incursiona nas oscilações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e em todas as Constituições Estaduais, de modo a identificar os padrões normativos adotados em cada ente federado.

## Abstract

*The relationship of symmetry that must exist between the Republic Constitution and the States Constitutions influences in the understanding of the expansive potential of the*

---

\* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

*prerogative of function by the guarantee of court. As the competence of the State Court of Justice must be defined in the respective State Constitution, there have been intense debates on whether or not there are limits the autonomy of each State. It is precisely the object of analysis of the present study, which penetrates in the oscillations of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and in all State Constitutions, in order to identify the standards adopted in each federated entity.*

**Palavras-chave:** Constituição. Estados. Tribunal. Garantia, Igualdade e Autonomia.

**Keywords:** Constitution. States. Court. Guarantee, Equality and Autonomy.

### 1. Aspectos Introdutórios

Na realidade brasileira, o foro por prerrogativa de função é caracterizado pela atribuição, a um tribunal, de competência originária para processar e julgar autoridades que, não fosse o cargo que ocupam, estariam sujeitas à jurisdição de um juiz singular. Historicamente, a sua *ratio essendi* sempre foi a de outorgar a prerrogativa (ou privilégio, a depender do ângulo de análise) a certos agentes, em razão do cargo que ocupam ou da função que desempenham, de serem julgados por órgãos específicos. Com isso, evitar-se-ia a influência que os ocupantes dos altos escalões do poder poderiam exercer sobre os órgãos situados em posição inferior nas estruturas estatais, bem como seria afastada a inversão lógica de que o superior fosse julgado pelo inferior.

A atribuição de competência a um órgão colegiado e de escalão superior ainda amenizaria as pressões exógenas, de modo a assegurar a sua imparcialidade e a contribuir para a realização do ideal de justiça. Não obstante as diversas razões invocadas em sua defesa, é factível que o foro por prerrogativa de função não se coaduna com referenciais mínimos de igualdade, ao possibilitar tratamento diferenciado para os altos escalões do poder. Trata-se, em verdade, de mais uma feição da igualdade liberal, na qual “todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (Paulo Otero, 2007: 255).

Apesar disso, encontra-se enraizado em nossa tradição jurídica desde o surgimento de um Estado de Direito tipicamente brasileiro, tendo sido previsto, em maior ou em menor extensão, em todas as nossas Constituições, a começar pela imperial. O objetivo de nossas breves reflexões não é o de analisar a pletora de argumentos favoráveis e contrários a essa garantia que orna certos cargos de nossa República. Em verdade, o que pretendemos é verificar se há limitações ou mesmo exigências quanto à previsão do foro por prerrogativa de função nas Constituições Estaduais. Outro aspecto digno de nota é o de que nossa análise será direcionada às infrações penais comuns, não aos crimes de responsabilidade, os quais, conforme o agente envolvido, podem assumir feições eminentemente políticas, sujeitando-os a um julgamento de igual natureza.

Para alcançarmos o objetivo almejado, analisamos a linha evolutiva dessa garantia no direito brasileiro e os distintos fatores que influem na expansão ou na retração da liberdade de conformação dos Estados na elaboração de suas respectivas Constituições, com especial ênfase para a interpretação que o Supremo Tribunal Federal tem dispensado a essa temática. A partir das conclusões alcançadas, declinaremos o nosso entendimento a respeito do modo como a matéria foi tratada nas vinte e seis Constituições Estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal e Territórios.

## 2. O Foro por Prerrogativa de Função: Linha Evolutiva

No constitucionalismo brasileiro, nossa primeira Constituição, a de 1824, atribuiu ao Senado competência exclusiva para “[c]onhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura” (art. 47, I). Já o Supremo Tribunal de Justiça era competente para “[c]onhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias” (art. 164, II).

Acresça-se que a Constituição de 1824 (art. 5º) assegurava a liberdade de culto, apenas em ambiente doméstico ou particular, “sem forma alguma exterior de templo”, e considerava, como religião oficial do Estado, a católica, apostólica romana. Nesse período, eram inábeis para ocupar o cargo de Deputado “os que não professarem a religião do Estado” (art. 95, §3º) e o Imperador, antes mesmo de ser aclamado, deveria prestar juramento de manter “a religião católica apostólica romana” (art. 102), juramento extensivo ao herdeiro do trono (art. 106) e a outras autoridades (arts. 127 e 141). Competia ao Imperador, ademais, “nomear os Bispos e prover os benefícios eclesiásticos” (art. 102), o que bem demonstrava a profunda interpenetração entre Igreja e Estado. Arcebispos e Bispos ainda gozavam de foro por prerrogativa de função, sendo julgados perante o Supremo Tribunal de Justiça, o que foi estabelecido pelo art. único da Lei nº 609/1851. Portanto, admitiu-se que a legislação infraconstitucional ampliasse as autoridades alcançadas por essa garantia.

Com a proclamação da República, o Decreto nº 848/1890, que organizou a Justiça Federal, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, “em primeira e unica instancia: a) o Presidente da Republica nos crimes communs; b) os juizes de secção nos crimes de responsabilidade; c) os ministros diplomaticos nos crimes communs e nos de responsabilidade.” A essência dessa regra foi reproduzida nos arts. 57, §2º, e 59, I, *a e b*, da Constituição de 1891.

A Constituição de 1934 ampliou o rol de autoridades a serem julgadas pela assim denominada “Corte Suprema”, que passaram a ser o:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes

de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61; c) os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade (art. 76, I).

A Constituição de 1937 manteve a linha já estabelecida e outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente os seus próprios Ministros e:

os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do §2º do art. 89 e no art. 100 (art. 101, I, a e b).

Além disso, dispôs sobre a “competência privativa do Tribunal de Apelação para o processo e julgamento dos Juízes inferiores, nos crimes comuns e de responsabilidade” (art. 103, e).

Sob a égide da Constituição de 1937, foi editado o Código de Processo Penal de 1940. De acordo com o art. 87 desse diploma legal, “competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação, o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juízes de instância inferior e órgãos do Ministério Público”. Os Tribunais de Apelação, como se sabe, são os atuais Tribunais de Justiça. Acresça-se que, ao analisarmos a Constituição de 1937, constatamos que somente os juízes foram contemplados com o foro por prerrogativa de função no âmbito estadual, o que nos permite alcançar três inferências lógicas: (1ª) a matéria poderia ser disciplinada pela legislação infraconstitucional; (2ª) a legislação foi editada com base no art. 16, XVI, da Constituição de 1937, que outorgara à União competência privativa para legislar sobre direito processual; e (3ª) não era exigida total simetria com o modelo federal, que não contemplava, por exemplo, os “chefes de polícia”, não existindo notícia de que o preceito foi considerado inconstitucional nessa parte.

A Constituição de 1946 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns; b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns; c) os Ministros de Estado, os Juízes dos Tribunais Superiores Federais, os

Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92 (art. 101, I).

Em seu art. 124, IX, outorgou aos Tribunais de Justiça, outrora Tribunais de Apelação, competência privativa para “processar e julgar os Juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.

A Constituição de 1967 ampliou ainda mais o rol de autoridades a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, terminando por alcançar a quase totalidade dos membros do Poder Judiciário, isso com exceção dos Juízes de Direito e dos membros dos Tribunais de Alçada, que continuavam a ser julgados pelos Tribunais de Justiça (art. 136, §3º), *verbis*:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juízes Federais, os Juízes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente (art. 114, I).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 1/1969, também Deputados Federais e Senadores passaram a gozar de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, que tinha competência para processar e julgar originariamente:

a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no item I do artigo 42, os membros dos tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Doravante, outro Tribunal Superior, vale dizer, o Tribunal Federal de Recursos, passava a ter competência originária para julgar infrações penais: de acordo com o art.122, I, b, da Emenda Constitucional nº 1/1969, competia a esse Tribunal processar e julgar “os juízes federais, os juízes do trabalho e os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem

como dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal e os do Ministério Público da União, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”. O Superior Tribunal Militar passou a ser competente para processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, autoridades civis, nos “crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares” (art. 129, §2º). Os Tribunais de Justiça, por sua vez, mantiveram a competência para processar e julgar “os membros do Tribunal de Alçada e os juízes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

A Constituição de 1988 não só preservou a figura do foro por prerrogativa de função como o ampliou consideravelmente.

O Supremo Tribunal Federal deixou de ter competência para apreciar as infrações penais comuns imputadas aos membros dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, mas, a partir da Emenda Constitucional nº 23/1999, passou a julgar, pela prática de infrações penais comuns e de crimes de responsabilidade, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 102, I, b e c).

O recém-criado Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para processar e julgar:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (art. 105, I, a).

Os novos Tribunais Regionais Federais passaram a ser competentes para julgar “os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 108, I, a).

Aos Tribunais de Justiça foi outorgada competência para processar e julgar “os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral” (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Em relação a estes agentes, não obstante a literalidade do art. 29, X, que não circunscreve o foro por prerrogativa de função às causas de natureza criminal, uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional indica que os contornos da garantia são justamente estes. Não há possibilidade, assim, desses agentes serem julgados pelo Tribunal de Justiça em causas de natureza extrapenal.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vide STF, 1ª T., RE nº 289.847/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 28/11/2000, DJ de 02/02/2001.

De um modo geral, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal, “[o] processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritos no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõe de prerrogativa de foro”.<sup>2</sup>

Como dissemos, os chefes de polícia, por força do art. 87 do Código de Processo Penal de 1940, tinham a prerrogativa de serem processados e julgados perante os respectivos Tribunais de Justiça. Com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu que referida norma não fora recepcionada nessa parte, sob o argumento de que caberia à Constituição Estadual, por força do art. 125, §1º, definir as causas de competência originária do Tribunal de Justiça, “com as únicas limitações que decorram explícita ou implicitamente da própria Constituição Federal”.<sup>3</sup> Como, no caso concreto, a Constituição gaúcha não outorgara a garantia ao chefe de polícia, foi reconhecida a competência do juízo de primeira instância. Nesse acórdão, é nítida a adesão à tese de que as Constituições Estaduais poderiam ampliar o rol de autoridades contempladas com a garantia do foro, que deixara de ser disciplinado pela legislação infraconstitucional da União.

Doravante, passaremos a analisar como tem sido compreendida a autonomia dos Estados no âmbito da federação brasileira e, por via reflexa, a liberdade de conformação do poder constituinte derivado decorrente.

### 3. A Autonomia dos Estados na Federação Brasileira

A concepção de federação, como se sabe, exige a necessária coexistência dos referenciais de integração e autonomia: integração entre os distintos entes federados para que seja viável a sua união e conseqüente formação de um único Estado; autonomia para que possuam individualidade própria e não sejam meras repartições administrativas do ente de maior proporção.

Nada mais natural, portanto, que haja um regramento comum, uma espécie de fio condutor que trace os balizamentos da integração entre os entes federados. A amplitude desse fio condutor, por sua vez, varia de acordo com o processo de formação da federação e as conveniências do poder político. Maior amplitude do regramento comum significa maior integração e menor autonomia dos entes federados. Prestigia-se a uniformidade em detrimento da diversidade. A autonomia, como ressaltado por Amaro Cavalcanti,<sup>4</sup> deve ser tão ampla quanto seja compatível com a preservação dos interesses nacionais, exigindo-se, neste último caso, a subordinação dos Estados à União.

Além da divisão de competências legislativas contempladas na própria ordem constitucional, o que reservou aos Estados o exercício daquelas que não lhes fossem vedadas, conforme previsto no §1º do art. 25 da Constituição de 1988, dispôs o *caput* desse preceito que “[o]s Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. A literalidade do

<sup>2</sup> Pleno, AP nº 396/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/10/2010, DJ de 28/04/2011.

<sup>3</sup> 1ª Turma, HC nº 70.474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/1993, DJ de 24/09/1993.

<sup>4</sup> *Regime Federativo e a República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 172.

preceito não deixa maiores dúvidas em relação ao seu potencial expansivo. Afinal, toda e qualquer norma constitucional, a partir de um processo de generalização crescente, permitirá que dela seja extraído um princípio, o que bem demonstra o grau de retração passível de alcançar a autonomia dos Estados.

Não é por outra razão que Rui Barbosa<sup>5</sup>, no limiar da República, analisando preceito similar da Constituição de 1891, o art. 63, observava que os Estados deveriam respeitar os “princípios constitucionais”, mas não estavam obrigados a seguir a Constituição Federal à risca, “a modelarem-se completamente por ella, sem divergir em alguns pontos, comtanto que não sejam fundamentaes”. Segundo ele, esses princípios seriam aqueles afetos às liberdades individuais, à democracia, à representação política, à forma republicana, ao regime federativo e à divisão dos poderes. Nesse particular, a fórmula adotada pela *Grundgesetz* alemã de 1949, em seu art. 29, 1, é muito mais consentânea com a ideia de federação, pois somente vincula o poder constituinte dos *Länder* aos princípios republicano, democrático e social do Estado de Direito, no sentido em que são tratados na Lei Fundamental. Com isso, garante-se a integração dos entes federados sem comprometer a sua autonomia.

A Constituição Estadual, na medida em que adstrita às prescrições de uma norma de hierarquia superior, a Constituição da República, sofre múltiplas compressões. Esse quadro é especialmente acentuado no modelo brasileiro, em que, além de a divisão de competências legislativas privilegiar a União, deve ser preservada a esfera jurídica de um terceiro ente federado, de menor proporção, o Município.

A federação brasileira, diversamente da norte-americana, fruto da união de Estados soberanos (federação perfeita ou centrífuga), teve sua origem num Estado unitário, resultando na limitação de poderes do centro em prol da periferia, que passou a dispor de autonomia política (federação imperfeita ou centrípeta). Esse processo, por si, justifica a tradicional concentração de poderes em prol da União, fenômeno que vem se acentuando nas últimas décadas. A concentração de poderes está igualmente associada à transição de um “federalismo dual”, marcado por uma rígida divisão de competências, para um “federalismo corporativo”, também presente no modelo alemão, em que a legislação infraconstitucional da União contribui para traçar os balizamentos da produção normativa estadual, inclusive da respectiva Constituição. São as normas gerais a que se refere o art. 24, §2º, da Constituição da República. Enquanto, no modelo norte-americano, as competências da União são alargadas, como observou Bryce<sup>6</sup>, por força da interpretação extensiva, pela justiça, dos poderes que a Constituição outorgou ao governo nacional, na realidade brasileira esse alargamento foi construído pelos sucessivos textos constitucionais, alcançando, na atualidade, um arquetipo de “Estado Federal de feições unitárias”.

<sup>5</sup> Comentários à Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. V, Dos Estados, Do Município, Dos Cidadãos Brasileiros, Declaração de direitos (princípio), São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 10-11.

<sup>6</sup> *La République Américaine, Tome I. Le Gouvernement National*, trad. de Daniel Müller, Paris: M. Giard & É. Brière, 1900, p. 494.



A natureza federativa dos Municípios (art. 1º da CR/1988), a que se soma o expresso reconhecimento de sua autonomia (art. 18, §1º, da CR/1988) e a outorga de competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CR/1988), também evidencia mais um limitador ao poder constituinte estadual. A sistemática atual demonstra um nítido rompimento com o modelo instituído pela Emenda Constitucional nº 1/1969, que não incluía os Municípios entre os entes federativos (art. 1º) e, apesar de reconhecer a sua autonomia, os sujeitava às normas de organização traçadas pelo Estado-membro.

#### 4. A Compressão da Liberdade de Conformação das Constituições Estaduais

Diversamente da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/1969, que enunciavam um rol (1) de princípios justificadores da intervenção federal, denominados de “princípios constitucionais sensíveis” por Pontes de Miranda,<sup>7</sup> e (2) de princípios que norteiam a elaboração das Constituições estaduais, os “princípios estabelecidos” a que se refere José Afonso da Silva,<sup>8</sup> a Constituição de 1988, em relação aos últimos, somente fez menção à necessidade de serem “observados os princípios desta Constituição” (art. 25, *caput*), o que terminou por conferir larga margem valorativa ao intérprete, com especial realce para o Supremo Tribunal Federal.

Esses princípios, em rigor lógico, podem ser expressos, sendo objeto de referência específica no próprio texto constitucional (v.g.: princípio da dignidade da pessoa humana) ou implícitos, resultando da abstração de outras normas constitucionais, quer tenham a natureza de regras, quer de princípios (v.g.: as normas que dispõem sobre a irretroatividade da lei penal menos favorável e protegem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada dão origem ao princípio da segurança jurídica). Esses limitadores à autonomia política dos Estados sempre terão caráter mandatório, o que decorre da obrigatoriedade de sua observância. Quanto à essência, podem assumir contornos impositivos, em contraposição aos permissivos, ou vedatórios: no primeiro caso, impõem a prática dos atos do modo como indicam; no segundo, vedam a prática dos atos que especificam.

É importante frisar que a referência a *princípios* é mais que sintomática em relação aos limites do balizamento. Os princípios, lembrando a lição de Alexy<sup>9</sup>, são mandados de otimização (*optimierungsgebote*), estabelecendo uma diretriz para que algo seja feito de modo a alcançar da melhor maneira possível os objetivos a que se destinam. Como não estabelecem de forma detalhada a estatuição e a consequência jurídica, apresentam sensível distinção estrutural em relação às regras, sem olvidar as especificidades do modo de resolução de conflitos entre eles. Apesar de os princípios terem uma funcionalidade bem definida à luz da dogmática contemporânea, observa-se a franca expansão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que

<sup>7</sup> Comentários à Constituição de 1967, Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 251-252.

<sup>8</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 613.

<sup>9</sup> *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1994, p. 75.

os Estados devem permanecer adstritos não só aos princípios extraídos do paradigma federal como, principalmente, às próprias regras constitucionais. Esse aspecto torna-se bem perceptível em relação ao processo legislativo.

A Emenda Constitucional nº 1/1969 dispunha, em seu art. 13, III, que “os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados entre outros princípios estabelecidos nessa Constituição, os seguintes: (...) III – o processo legislativo”. Apesar da menção genérica aos “princípios” no *caput*, a especificação, no inciso III, do “processo legislativo”, amparou a conclusão, sob a égide da referida ordem constitucional, de que os Estados deveriam observar *ipsis litteris* o modelo federal, naquilo, obviamente, que fosse compatível com um legislativo unicameral. Não é demais lembrar que o *caput* do art. 200 desse texto constitucional dispunha que “as disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”. Com o advento da Constituição de 1988, a observância do “processo legislativo” não foi inserida de maneira expressa nem no rol dos princípios sensíveis nem no dos estabelecidos.

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, ao apreciar a medida cautelar pleiteada na ADI nº 56/PB, decidiu pela não aplicação compulsória aos Estados das situações de iniciativa privativa inseridas no art. 61 da Constituição de 1988, isso em razão da “inexistência, atualmente, das numerosas regras de simetria compulsória da Carta de 1967 (EC nº 1/69)”.<sup>10</sup> Pouco depois, calcando-se no princípio da separação dos poderes, entendeu que as regras sobre iniciativa reservada não podem ser fraudadas ou obstruídas pela Constituição Estadual,<sup>11</sup> o que obsta, por exemplo, a definição, em diploma normativo dessa natureza, da forma de aplicação dos recursos públicos, matéria a ser inserida na lei orçamentária, de iniciativa do Executivo,<sup>12</sup> o mesmo ocorrendo em relação às normas que incursionem no regime jurídico dos servidores públicos.<sup>13</sup> Idêntico entendimento prevaleceu ao reconhecer que emendas parlamentares não podem estender o alcance de projeto de lei de iniciativa privativa do Executivo, gerando aumento de despesa, já que os Estados devem observar o disposto nos art. 61 e 63, I, da Constituição de 1988.<sup>14</sup>

A absoluta simetria entre o processo legislativo federal e o estadual tem sido objeto de grande zelo pelo Supremo Tribunal Federal: a) na ADI nº 1.160/AM, entendeu que a aposentadoria dos servidores públicos é matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo;<sup>15</sup> b) na ADI nº 486/DF, decidiu pela impossibilidade de “condicionar a reforma da Constituição Estadual à aprovação da respectiva proposta por 4/5 (quatro quintos) da totalidade dos membros integrantes da Assembleia Legislativa. Exigência que virtualmente esteriliza o exercício da função reformadora pelo poder legislativo

<sup>10</sup> Rel. Min. Célio Borja, j. em 07/06/1989, DJ de 04/08/1989.

<sup>11</sup> ADI nº 1.434/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10/11/1990, RTJ 172/789.

<sup>12</sup> ADI nº 820/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15/3/2007, Inf nº 459.

<sup>13</sup> ADI nº 89-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 04/02/1993, DJ de 20/08/1993.

<sup>14</sup> ADI nº 2170/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/08/2005, DJ de 09/09/2005; e mérito da ADI nº 56/PB Rel. Min. Néelson Jobim, j. em 03/10/2002, DJ de 29/11/2002.

<sup>15</sup> Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/03/1995, DJ de 19/05/1995.

local”;<sup>16</sup> c) na ADI nº 1.546/SP, decidiu que a Constituição Estadual não pode excepcionar os projetos de iniciativa exclusiva da impossibilidade de reapresentação, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de projeto de lei rejeitado, já que a Constituição da República, em seu art. 67, somente excepciona a proposta formulada pela maioria absoluta dos membros da Casa Legislativa;<sup>17</sup> e d) na ADI nº 2.872/PI, considerou inconstitucional a exigência de lei complementar, pela Constituição Estadual, para a disciplina do regime jurídico dos servidores públicos, já que o paradigma federal somente exige lei ordinária.<sup>18</sup>

Ainda sob o prisma do processo legislativo, o Tribunal também admitiu a previsão, nas Constituições Estaduais, da figura da medida provisória, desde que observadas, em todas as suas nuances, a integralidade do paradigma federal.<sup>19</sup> Afinal, diversamente da Emenda Constitucional nº 1/1969, que vedou, no parágrafo único do seu art. 200, a edição de decretos-leis pelos Estados, a Constituição de 1988 nada disse em relação às medidas provisórias. Portanto, para que esse ato normativo seja editado, é preciso que (1) esteja previsto na Constituição Estadual; (2) seja reservado a situações de relevância e urgência; (3) respeite os limites formais (*rectius*: não pode ingressar em seara afeta às leis complementares ou prevista em projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa e pendente de sanção ou veto – art. 62, III e IV) e materiais previstos na Constituição da República e que se coadunem com a competência legislativa estadual; (4) seja submetido à apreciação da Assembleia legislativa; e (5) sejam observados os prazos de vigência (*rectius*: em matéria tributária, só produzirá efeitos no exercício seguinte se for convertido em lei até o último dia daquele em que foi editado – art. 62, §2º), eficácia e tramitação legislativa previstos na Constituição da República.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 5/1995, o §2º do art. 25 foi alterado e passou a dispor que “cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”. Uma das interpretações possíveis desse preceito é a de que os Estados, e não apenas a União, também deveriam editar lei disciplinando a matéria; logo, se a ordem constitucional vedou a edição de medidas provisórias, pelos Estados, em uma temática específica, é evidente que admitiu a possibilidade de serem editadas em outras matérias.

Ao definir a faixa adequada de uniformidade que deve nortear a federação brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a redução do núcleo de liberdade do constituinte derivado decorrente estadual. O Tribunal já decidiu que (a) as Constituições estaduais não podem invadir a competência legislativa federal,<sup>20</sup> o que impede, inclusive, seja estendido ao Governador do Estado a imunidade processual instituída pelos parágrafos 3º e 4º do art. 86 da Constituição em favor do Presidente

<sup>16</sup> Rel. Min. Celso de Mello, j. em 03/04/1997, DJ de 10/11/2006.

<sup>17</sup> Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03/12/1998, DJ de 06/04/2001.

<sup>18</sup> Rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. em 01/08/2011, DJ de 05/09/2011.

<sup>19</sup> STF, Pleno, ADI nº 425, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 04/09/2002, DJ de 19/12/2003; e ADI nº 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 16/08/2006, DJ de 16/03/2007.

<sup>20</sup> ADI nº 83/MG, Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. em 24/04/1991, RTJ 136/965.

da República;<sup>21</sup> (b) o fato de a Lei Orgânica do Município estar adstrita aos “princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado” (art. 29, *caput*, da CR/1988) não permite que esta última venha a abrandar ou agravar os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios estabelecidos na Constituição da República;<sup>22</sup> c) o processo de criação de Municípios pressupõe a edição de lei estadual, sendo a matéria estranha à Constituição Estadual;<sup>23</sup> d) os mecanismos de separação de poderes instituídos pelo paradigma federal devem ser prestigiados pela Constituição estadual, evitando a ingerência de um Poder sobre o outro;<sup>24</sup> e e) a normatização constitucional federal relativa aos servidores públicos é de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais.<sup>25</sup>

### 5. A Previsão das Causas de Competência do Tribunal de Justiça na Constituição Estadual: a Questão do Foro por Prerrogativa de Função

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi alterada a sistemática historicamente adotada no direito brasileiro para a fixação da competência originária dos Tribunais de Justiça. Até então, nos textos constitucionais que trataram dessa temática, ora era vista como afeta a lei estadual (CR/1946, art. 124, XIII e CR/1967, art. 136, §5º), ora a resolução do Tribunal de Justiça (EC nº 1/1969, art. 144, §5º). Em qualquer caso, deveria ser observada a divisão de competências estabelecida na Constituição da República. Com a nova ordem constitucional, a competência dos Tribunais de Justiça, por força do seu art. 125, §1º, deveria ser definida pelas respectivas Constituições Estaduais, o que ensejou não poucos debates, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação à possibilidade de estenderem a prerrogativa de foro a outras autoridades.

Antes de analisarmos a tendência das Constituições Estaduais e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa temática, é oportuno fixar algumas premissas que deveriam nortear a sua compreensão.

O primeiro aspecto a ser lembrado é o de que a Constituição da República é essencialmente analítica. Em textos dessa natureza, as omissões, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, tendem a assumir as características de verdadeiro “silêncio eloquente”<sup>26</sup>. Em outras palavras, ainda que

<sup>21</sup> ADI nº 978/PB, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19/10/1995, RTJ 162/463.

<sup>22</sup> ADI nº 2.112/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/05/2002, RTJ 181/934.

<sup>23</sup> ADI nº 222/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24/05/1990, RTJ 135/470.

<sup>24</sup> ADI nº 676/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01/07/1996, RTJ 162/849.

<sup>25</sup> ADI nº 176/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21/08/1992, RTJ 143/17.

<sup>26</sup> A temática do “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: na interpretação bíblica (*vide* Jürgen Ebach. *Beredtes Schweigen*. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014); na arte (*vide* Stefan Greif. *Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dichter – Deutschland: Fink, 1999*); na técnica literária (*vide* Uwe Ruberg. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978); e Stefan Krammer. *“redest nicht von Schweigen...” zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Königshansen & Neumann, 2003, principalmente p. 31 e ss.); no Direito (Stefhan Madaus. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz – Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, principalmente p. 248 e s.*) etc.

a existência de “lacunas constitucionais” seja matéria mais que controversa, isso em razão das características de uma Constituição, que somente traça as linhas gerais da organização política e dos direitos fundamentais, o “silêncio eloquente” indica que a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão<sup>27</sup>.

Apesar de a Constituição da República descer a maiores níveis de detalhamento das instituições federais e somente estabelecer as linhas gerais das instituições estaduais, distritais e municipais, a disciplina do foro por prerrogativa de função foi mais que detalhada. Especificamente em relação às autoridades não federais, foi prevista a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, e os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios (art. 105, I, a). Além disso, aos Tribunais de Justiça foi outorgada competência para processar e julgar os juizes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III), bem como os Prefeitos Municipais (art. 29, X). Como se percebe, a Constituição da República chegou a atribuir a garantia do foro até mesmo a autoridades municipais.

O segundo aspecto a ser considerado é o de que a liberdade de conformação do denominado “poder constituinte derivado decorrente”, afeto aos Estados, tem sido historicamente comprimida pelo Supremo Tribunal Federal, o que já foi cabalmente demonstrado. O Tribunal, além de exigir que os Estados permaneçam adstritos aos princípios constitucionais, tem exigido que o mesmo seja feito em relação a inúmeras regras (v.g.: aquelas que disciplinam o processo legislativo), o que amplia sobremaneira o universo das normas de repetição obrigatória. Na síntese de Raul Machado Horta,<sup>28</sup> que permanece atual mesmo após as décadas transcorridas desde a sua prolação, “as normas de reprodução refletem a expansividade do modelo federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária da constituinte estadual”. No modelo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete último da Constituição, teve papel decisivo na expansão dessas normas. Na medida em que a extensão do foro por prerrogativa de função a outras autoridades caminha em norte contrário à cláusula geral de igualdade consagrada no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 (“Todos são iguais perante a lei...”), aqui temos outro fator a desaconselhar a adoção desse permissivo.

Apesar da constatação anterior, as normas de reprodução obrigatória, além de atuarem como fatores de limitação, também operacionalizam o princípio da simetria, de modo que as Constituições Estaduais (art. 25, *caput*) e as Leis Orgânicas Municipais (art. 29, *caput*) apresentem similitude com o paradigma federal. Ressalte-se,

<sup>27</sup> Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: *Conflito entre Normas Constitucionais*, Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 257-260.

<sup>28</sup> *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, 1964, p. 192.

no entanto, que somente a primeira delas pode incursionar no âmbito da competência jurisdicional, mais especificamente naquela afeta aos Tribunais de Justiça, já que, no modelo brasileiro, os entes federativos municipais não contam com um Poder Judiciário ou mesmo com instituições autônomas essenciais à função jurisdicional, que são o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Como a Constituição da República outorgou competência originária ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, nas infrações penais comuns, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, é evidente que renderá homenagem à simetria da Constituição Estadual que preveja a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, nas referidas infrações, os Deputados Estaduais, os Secretários Estaduais e os Comandantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, máxime porque estas últimas corporações, por força do art. 144, §6º, da Constituição de 1988, são “forças auxiliares e reserva do Exército”. Em relação a outras autoridades estaduais em que não seja detectada essa relação de simetria com o paradigma federal, a extensão da garantia, regra geral, mostrar-se-á irregular. Apesar dessa constatação, a situação de dois cargos exige considerações de ordem suplementar. Trata-se do Vice-Governador do Estado e do Procurador-Geral do Estado.

Apesar de a Constituição da República ter outorgado ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente e o Vice-Presidente da República (art. 102, I, b), foi atribuída competência originária ao Superior Tribunal de Justiça para julgar tão somente o Governador (art. 105, I, a), o que, em princípio, configuraria verdadeiro silêncio eloquente em relação ao Vice-Governador. Com isso, a Constituição Estadual não poderia atribuir competência originária ao Tribunal de Justiça em relação a essa autoridade. O complicador dessa conclusão é que ela subverteria a organicidade do sistema, já que todos os Secretários, que integram a Administração Superior Estadual, poderiam ser julgados perante o Tribunal de Justiça, enquanto o substituto eventual da autoridade máxima seria julgado em primeira. Como a coerência é um postulado de racionalidade da interpretação constitucional, esse entendimento não pode ser acolhido. Portanto, afastando-se a tese do “silêncio eloquente”, tem-se a possibilidade de a Constituição Estadual estender a garantia ao Vice-Governador<sup>29</sup>.

No que diz respeito ao Procurador-Geral do Estado, a simetria possível é com o Advogado-Geral da União, que é processado e julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal. Tal ocorre, no entanto, não em razão das características intrínsecas desse cargo, mas, sim, pelo fato de a legislação infraconstitucional ter considerado o Advogado-Geral da União Ministro de Estado (Lei nº 9.649/1998, art. 13, §1º).<sup>30</sup> Portanto, somente na hipótese de o Procurador-Geral do Estado ser considerado Secretário de Estado é que seria possível atribuir-lhe a garantia.

<sup>29</sup> Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria: *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 492 e s.

<sup>30</sup> STF, Pleno, Petição nº 1.199 AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 5/05/1999, DJ de 25/06/1999.

E em relação às autoridades municipais, mais especificamente aos Vereadores, aos Secretários Municipais e aos Comandantes das Guardas Municipais? Seria possível que a Constituição Estadual viesse a lhes assegurar o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça? A nosso ver, a resposta deve ser negativa. E isso por três razões básicas. A uma, a única autoridade contemplada com o foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça, pela Constituição da República (art. 29, X), foi o Prefeito Municipal, o que evidencia a presença de um silêncio eloquente em relação às demais. A duas, a Constituição Estadual, sob pena de afronta à autonomia municipal, não pode sujeitar autoridades do Município a uma regra específica de competência que não encontre embasamento direto na Constituição da República. A três, especificamente em relação aos Vereadores, a previsão do foro não refletiria uma simetria necessária em relação aos parlamentares federais e estaduais, cujas garantias são muito mais amplas (arts. 27, §1º; 29, VIII e 53 da Constituição).

Em consultas realizadas nos dias 17 e 18 de abril de 2017, nos sítios mantidos pelas Assembleias Legislativas na rede mundial de computadores, constatamos a atribuição da garantia do foro por prerrogativa de função aos agentes abaixo elencados, sendo certo que alguns desses comandos já tinham sido submetidos ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Apesar da atenção dispensada pelo responsável pela pesquisa, penitenciamo-nos, desde logo, por eventuais equívocos, que podem estar associados ao volume de informações processadas e, principalmente, à não atualização de alguns dos sítios consultados.

- 1) Vice-Governador do Estado – contemplado em todas as Constituições, com exceção dos Estados de Alagoas, Maranhão, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;
- 2) Secretários de Estado – contemplados em todas as Constituições, com exceção dos Estados do Ceará e de Mato Grosso – note-se que as Constituições dos Estados do Maranhão e de Roraima fazem menção aos ocupantes de “cargos equivalentes”;<sup>31</sup>
- 3) Deputados Estaduais – contemplados em todas as Constituições;
- 4) Procurador-Geral do Estado – contemplado nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Sergipe;
- 5) Procuradores do Estado em geral (ou advogados-gerais do Estado) – contemplados nas Constituições dos Estados de Alagoas, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí e Rio de Janeiro;
- 6) Defensor Público Geral – contemplado nas Constituições dos Estados do Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraíba, Piauí, Rondônia e São Paulo.

<sup>31</sup> O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a referência a cargos equivalentes ao de Secretário de Estado, prevista no art. 77, X, a, da Constituição do Estado de Roraima, por ter o efeito de transferir à legislação infraconstitucional a definição da competência do Tribunal de Justiça (Pleno, HC nº 103.803/RR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 1º/07/2014, DJ de 06/10/2014).

- 7) Defensores Públicos em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro e Rondônia;
- 8) Auditores do Tribunal de Contas – contemplados na Constituição do Estado do Rio Grande do Norte;
- 9) Membros do Ministério Público de Contas – contemplados na Constituição de Roraima;
- 10) Comandante-Geral da Polícia Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, São Paulo e Tocantins;
- 11) Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar – contemplado nas Constituições dos Estados do Amazonas, Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e Tocantins;
- 12) Membros do Conselho de Justiça Militar – contemplados na Constituição do Estado da Bahia;
- 13) Auditor Militar, inclusive inativo – contemplado na Constituição do Estado da Bahia;
- 14) Procuradores da Assembleia Legislativa – contemplados nas Constituições dos Estados de Goiás, Maranhão e Rio de Janeiro;
- 15) Auditor-Geral do Estado – contemplado na Constituição do Estado do Maranhão;
- 16) Diretores Presidentes das entidades da Administração Estadual Indireta – contemplados na Constituição do Estado de Roraima;
- 17) Diretor-Geral da Polícia Civil (ou Chefe, ou Chefe-Geral, ou Delegado-Geral) – contemplado nas Constituições dos Estados do Mato Grosso, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí e São Paulo;
- 18) Delegados de Polícia em geral – contemplados nas Constituições dos Estados do Maranhão e do Rio de Janeiro;
- 19) Vice-Prefeito – contemplado nas Constituições dos Estados do Piauí e Rio de Janeiro;
- 20) Vereadores – contemplados nas Constituições dos Estados do Piauí, Rio de Janeiro e Roraima.

A partir dessas observações iniciais, é conveniente analisar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, prevaleceu o entendimento de que foro por prerrogativa de função não seria matéria afeta ao direito processual, de competência legislativa privativa da União, não mais subsistindo o art. 87 do Código de Processo Penal.<sup>32</sup> A Constituição Estadual, portanto, poderia ampliar as hipóteses de foro por prerrogativa de função, estendendo-o, por exemplo, aos Procuradores do Estado.<sup>33</sup> Em um segundo momento, o Tribunal entendeu que extensão dessa natureza não se harmonizava com a ordem constitucional, tendo suspenso a eficácia de preceito de Constituição Estadual que conferira:

<sup>32</sup> 1ª Turma, HC nº 70474/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17/8/1993, DJ de 24/9/1993.

<sup>33</sup> Pleno, ADI nº 541-MC/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/10/1991, DJ de 14/2/1992; e 2ª Turma, HC nº 77985/PB, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 13/10/1998, DJ de 12/11/1999.



competência originária ao Tribunal de Justiça para processar e julgar os Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa, os Defensores Públicos e os Delegados de Polícia, por crimes comuns e de responsabilidade, visto que não gozam da mesma prerrogativa os servidores públicos que desempenham funções similares na esfera federal.<sup>34</sup>

Por fim, ao julgar a ADI nº 2587/GO, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da extensão tão somente em relação aos Delegados de Polícia, em razão do risco de comprometimento do controle externo realizado pelo Ministério Público, mantendo a garantia em relação aos Defensores Públicos Estaduais e aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa.<sup>35</sup> Também foi reconhecida a possibilidade de a garantia ser outorgada aos Vereadores.<sup>36</sup>

Deve-se ressaltar que disposições dessa natureza não prevalecerão em relação às regras de competência previstas na Constituição da República, que somente podem ser excepcionadas por ela própria. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 45. Em consequência, tais agentes, quando obtiverem a prerrogativa a partir da Constituição Estadual, continuarão a ser julgados pelo Tribunal do Júri sempre que acusados da prática de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d).<sup>37</sup>

Como se percebe, tanto as Constituições Estaduais como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar das oscilações de entendimento, têm dispensado interpretação sobremodo generosa ao potencial expansivo da concessão do foro por prerrogativa de função às autoridades estaduais e municipais. Esse entendimento, como dissemos, parece-nos inadequado.

## Epílogo

A temática do foro por prerrogativa de função no âmbito das Constituições Estaduais há de ser compreendida nos planos jurídico e pragmático.

No plano jurídico, evidencia que esses diplomas normativos devem apresentar uma relação de simetria com o paradigma federal, somente podendo outorgar a garantia às autoridades estaduais que apresentem correlação com as que tenham sido contempladas com garantia similar naquele plano. Não podem, ademais, estendê-lo às autoridades municipais, que não o Prefeito Municipal, sob pena de mácula à autonomia dos Municípios.

<sup>34</sup> Pleno, ADI 2587-MC/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15/5/2002, DJ de 6/9/2002. No mesmo sentido: Pleno, ADI nº 2553-MC/MA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/2/2002, DJ de 22/10/2004.

<sup>35</sup> Pleno, ADI nº 2587/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Britto, j. em 1/12/2004, DJ de 6/11/2006.

<sup>36</sup> STF, 2ª Turma, RE 454.935/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 3/6/2008, DJe de 26/6/2008, DJ de 27/6/2008; e 2ª Turma, RHC nº 108.496/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 18/2/2014, DJe de 7/3/2014, DJ de 10/03/2014.

<sup>37</sup> Vide STF, 2ª T., RHC nº 80.477/PI, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 31/10/2000, DJ de 04/05/2001.

No plano pragmático, não podemos ignorar as peculiaridades brasileiras, em que cerca de 5.500 Municípios se esparramam pelo País, o que seria suficiente para inviabilizar o funcionamento dos Tribunais de Justiça se todas as autoridades municipais, que apresentem similitude com as federais contempladas com a garantia, pudessem vir a recebê-la.

### Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1994.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*: colligidos e ordenados por Homero Pires. Dos Estados, Do Município, Dos Cidadãos Brasileiros, Declaração de direitos (princípio). vol. V. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.
- BRYCE, James. *La République Américaine, Tome I. Le Gouvernement National*, trad. de Daniel Müler. Paris: M. Giard & É. Brière, 1900.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e a República Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.
- EBACH, Jürgen. *Beredtes Schweigen*. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014.
- GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.
- GREIF, Stefan. *Die Malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dickter* – Deutschland: Fink, 1999.
- HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, 1964.
- KRAMMER, Stefan. *“Redest nicht von Schweigen...” - zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen Werk Thomas Bernards*. Würzburg: Köngshansen & Neumann, 2003.
- MADAUS, Stefan. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz* – Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- RUBERG, Uwe. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

# A Nova Estrutura Conceitual do Direito: a Natureza Normativa dos Princípios Jurídicos

Eugênio Rosa de Araujo\*

## Sumário

1. Introdução. 2. O Caso Difícil (*Hard Case*). 3. Conclusão.

## Resumo

Através da análise de um caso concreto, pretende-se demonstrar, no presente trabalho, o movimento do círculo hermenêutico utilizado pelo intérprete para a solução da controvérsia, manejando os conceitos das regras, normas e princípios, com a ponderação e sopesamento no caso de haver conflitos entre si. O caso apresentado foi denominado *hard case* e consiste numa causa em que o Estado move ação de regresso contra policial que causou danos a terceiros ao conduzir veículo oficial na contramão de direção em situação de urgência. Procurou-se demonstrar uma visão prática e conceitual da aplicação dos princípios e regras, evidenciando sua metodologia de aplicação e de obtenção da norma para o referido caso.

## Abstract

*Through the analysis of a concrete case, it is intended to demonstrate, in the present work, the movement of the hermeneutic circle used by the interpreter to solve the controversy, managing the concepts of rules, norms and principles, with the weighing and weighing in the case Of conflicts between them. The case was called a hard case and consists of a case in which the State moves a return action against a police officer who caused damages to third parties when driving an official vehicle against the direction of emergency. It was tried to demonstrate a practical and conceptual vision of the application of the principles and rules, evidencing its methodology of application and of obtaining the norm for the referred case.*

**Palavras-Chave:** Princípios. Regras. Normas. Círculo hermenêutico. Metodologia. Aplicação. Análise caso concreto. *Hard case*.

**Keywords:** *Principles. Rules. Standards. Hermeneutic circle. Methodology. Application. Analysis of the concrete case. Hard case.*

---

\* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

## 1. Introdução

O tema do presente trabalho se insere no quadro do pós-positivismo<sup>1</sup>, movimento surgido no pós-guerra e que vem se tornando doutrina já estabelecida em todos os ordenamentos constitucionais, daí porque todo operador do direito deve dominar seu relevante conteúdo, e é o que se propõe com este trabalho, por meio da análise de um caso concreto pinçado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A ciência jurídica tem estabelecido que texto e norma não se confundem. Há o texto da norma e a norma do texto. Explica-se: a norma é o resultado ou o produto da interpretação do texto por parte do intérprete, produzindo a norma para o caso concreto.

Já se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência a normatividade dos princípios e sua distinção das regras, baseado nas lições de Ronald Dworkin<sup>2</sup> e Robert Alexy<sup>3</sup>; no entanto, para que o intérprete distinga uma da outra, faz-se necessário um exercício de pré-compreensão do texto que se lhe apresenta.

<sup>1</sup> Vicente de Paulo Barretto (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: 2006, p. 653. Verbete “pós-positivismo”: “e) *O papel dos princípios na resolução dos casos difíceis*. Uma das principais façanhas do pós-positivismo consiste em reabilitar a centralidade dos princípios nos domínios da interpretação judicial, elevados agora à condição de protagonistas e não mais confinados a um papel de meros coadjuvantes ou figurantes como na etapa positivista tradicional. Com efeito, já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo – de baixa ou nenhuma normatividade – assumido no ciclo positivista, desde o século XIX até a primeira metade do século XX. A proposta pós-positivista coloca em primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidos em normas-primárias de todo o sistema jurídico. Distanciando-se do cânone positivista da separação entre direito e moral (*tese da separabilidade*), o pós-positivismo enceta uma rearticulação entre direito e moral por mais do manejo dos princípios. Para Alexy, os princípios constituem mandados de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, enquanto Dworkin os considera fonte da justificação moral e política do Direito vigente em uma determinada comunidade.”

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 e 42-43. “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91. O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

O intérprete, num primeiro momento, identifica o texto como norma ou como regra, passando a interpretá-la como princípio ou como regra, delas extraindo uma norma, uma interpretação.

Tal procedimento tem-se denominado de círculo hermenêutico<sup>4</sup>, uma vez que o intérprete faz uma primeira aproximação, para identificar se o texto é princípio ou regra, voltando posteriormente para, conforme os autores citados, usar a metodologia de princípio (otimização) ou de regra (definição).

No caso de conflito de princípios, deve ser manejado o método da ponderação, sopesando o princípio, no caso concreto, que mais se adapta à interpretação do texto, ao passo que no conflito de regras, os métodos usualmente utilizados são o da hierarquia, cronologia e especialidade, nada obstante possa também haver a necessidade de ponderação de regras, como se verá no caso concreto.

## 2. O Caso Difícil (*Hard Case*)

Estado está movendo ação de regresso contra policial que causou danos a terceiros ao conduzir veículo oficial na contramão de direção em situação de urgência.

O aresto em tela é o Agr no Resp 1454429, da lavra do Min. Herman Benjamin, assim ementado, *verbis*:

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-Georg. Trad. Flávio Paulo Meurer. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 402. “Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” GADAMER, Hans-Georg. Trad. Enio Paulo Giachini. *Verdade e Método II*. Complementos e Índice. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p.72: “5. Sobre o círculo da compreensão (1959). A regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferido, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo.”

A jurisprudência tem seguido essa doutrina: Informativo STF 673, 1 a 3/8/2002: “Prefeito itinerante” e segurança jurídica – 9: “Nestes termos, enfatizou que, em verdade, a norma jurídica não consubstanciaria o pressuposto, mas o resultado do processo interpretativo, isto é, a norma seria a sua interpretação. Nesse diapasão, não existiria norma jurídica, senão aquela interpretada, de sorte que interpretar ato normativo seria colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Introduziu o conceito de pós-compreensão, que seria o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreenderia “supervenientemente” certa norma. Para o relator, todo esse esforço hermenêutico resultaria na pós-compreensão, a qual seria a pré-compreensão do futuro, ou seja, o elemento dialético correspondente da ideia de pré-compreensão. Essa concepção permitiria atestar que toda lei interpretada – não apenas as denominadas leis temporárias – caracterizaria dispositivo com duração temporal limitada, de modo que a atividade hermenêutica nada mais seria que procedimento historicamente situado. Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transformar-se-ia necessariamente em outro texto, o que originaria a ideia desse contínuo interpretar: a pré-compreensão levaria à pós-compreensão. Discorreu, pois, que a interpretação constitucional aberta dispensaria o conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma, porquanto se estaria sempre em mutação constitucional. Ficaria, então, evidente que o Tribunal não poderia fingir que sempre pensara de certa forma ao modificar seu entendimento. Expressou que, diante disto, haveria a necessidade de, nesses casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduzisse mudança de valoração. RE 637485/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.8.2012. (RE-637485)”.

AgRg no REsp 1454429 /PR

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0115543-8

Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN

SEGUNDA TURMA

Julgamento: 07/04/2015, DJe 22/05/2015

PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR. CONDUÇÃO DE VIATURA NA CONTRAMÃO. ACIDENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DEVIDO. SÚMULA 7/ STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de reparação de danos proposta pelo Estado do Paraná contra o ora recorrente, objetivando a condenação no pagamento de R\$ 12.912,22 (doze mil, novecentos e doze reais e vinte e dois centavos).

2. Alega o Estado do Paraná que o réu, ora recorrente, Policial Militar, ao conduzir viatura policial pela contramão enquanto atendia a uma ocorrência, colidiu com um veículo Fiat/Uno que se encontrava à sua frente, e que o impacto acarretou danos à viatura policial. Dispôs que o encarregado pelo Inquérito Técnico instaurado pelo Comando da Polícia concluiu pela culpabilidade do réu no sinistro e que, na Solução de Inquérito Técnico, foi imputado ao recorrente o pagamento de R\$ 12.912,22 (doze mil, novecentos e doze reais e vinte e dois centavos).

3. *O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido, por entender, em síntese, que "o requerido agiu em estrito cumprimento do dever legal, razão pela qual resta descaracterizado o caráter ilícito da conduta e, assim, o dever de reparar as perdas e danos" (fl. 355).*

4. *O Tribunal a quo deu provimento à Apelação do Estado do Paraná, ora recorrido, e assim consignou na sua decisão: "Veja-se que o texto legal, não permite que os veículos dos entes públicos que estejam se dirigindo para atendimento de urgência, transitem na contramão de direção da via." "Porém, devem obedecer as demais normas do Código de Trânsito Brasileiro, conforme expressamente dispõe a alínea "d", acima destacada, entre as quais, não transitar na contramão de direção." "Portanto, não há que se falar em estrito cumprimento do dever legal quando a conduta do agente público foge aos parâmetros legalmente estabelecidos. Nestes casos, sua conduta é imprudente e deve, por essa razão, ser responsabilizado pelos danos que venha a provocar". (grifos nossos)*

O tribunal considerou que não houve malferimento de lei federal, aliado ao fato de que, em sede de Recurso Especial, não há análise de provas e estabilizou a decisão que condenou o policial a pagar pelos danos causados na condução do veículo oficial em situação de emergência.

Aqui será necessária a ponderação<sup>5</sup> de princípios e de regras em face do inusitado da situação e, para tanto, nos valeremos do método de ponderação adotado pelo Ministro Roberto Barroso em decisão monocrática prolatada recentemente, *verbis*:

Rcl 22328 MC / RJ – RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 20/11/2015.

Em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de *ponderação, que, como se sabe, é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional*. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade. (grifo nosso)

Assim, na primeira etapa, cabe ao intérprete proceder à identificação dos enunciados normativos em tensão. Na segunda etapa cabe-lhe a identificação dos fatos relevantes e a apreciação da repercussão da incidência dos enunciados normativos sobre os fatos selecionados. Por fim, chega-se à terceira etapa, que é a fase decisória da ponderação.

No caso em comento, nos parece que andou mal o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que o policial militar atuava em estrito cumprimento do dever legal, em situação de urgência, no desempenho de serviço público indispensável e *uti universi*, com benefício para toda comunidade e em fiel observância ao texto constitucional, à legislação militar de trânsito e ao decreto disciplinador de suas atribuições<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.300-302. “Na primeira delas lhe cabe identificar todos os enunciados aparentemente em conflito e agrupá-los em função das soluções que indiquem para o caso”. “Na segunda etapa do processo ponderativo, cabe ao intérprete examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os enunciados identificados na fase anterior. A relevância atribuída aos fatos, algumas vezes instintivamente, funda-se em geral em elementos jurídicos ou na experiência cultural da sociedade, ou ainda em uma mistura desses dois fenômenos, e deve ser justificada. Os fatos repercutem de duas maneiras principais sobre os grupos de enunciados identificados na etapa anterior: (i) eles podem atribuir maior ou menor peso a alguns desses grupos; e/ou (ii) eles podem esclarecer o grau de restrição que cada solução (norma) possível impõe aos diferentes enunciados envolvidos. Terceira e última etapa é o momento de decidir tendo em conta os grupos de enunciados, os fatos relevantes e sua repercussão sobre a hipótese e as diferentes normas que podem ser construídas para a solução do conflito”.

<sup>6</sup> Aqui utilizamos a legislação federal militar por comodidade na explanação do processo de ponderação, posto que o raciocínio para a legislação estadual – no caso o Paraná – seria o mesmo.

Primeiramente, o policial tem o dever de observar o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>, bem como o da disciplina, insculpidos nos arts. 1º e 142 da Carta Magna<sup>8</sup>.

Some-se a isso, pelo Estatuto dos Militares<sup>9</sup>, Lei nº 6.880/80, nos arts. 14, 28, 31 e 32, bem como o art. 8º do Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto nº 4346/2002<sup>10</sup>, fica expressamente estipulado como dever do militar dar a própria vida, se for necessário, no desempenho de seus misteres e, ainda, guardar a Constituição, as leis e decretos a que estiver submetido, de forma que ao militar não é dado descumprir a Constituição ou as leis, sem embargo de eventualmente ter de usar de certa discricionariedade na observância da legislação, como é o caso.

É que o Código Nacional de Trânsito, em seu art. 29, dispõe que os veículos policiais têm livre circulação em situações de emergência, prioridade e liberdade de trânsito, devendo manter as sirenes acionadas e trafegar de forma cuidadosa<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 60: "Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."

<sup>8</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

<sup>9</sup> Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80: Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. §1º. A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. §2º. Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. §3º. A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: I – amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; II – exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo; III – respeitar a dignidade da pessoa humana; IV – cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; VII – empregar todas as suas energias em benefício do serviço; Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I – a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; III – a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; IV – a disciplina e o respeito à hierarquia; V – o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e Art. 32. Todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los.

<sup>10</sup> Regulamento Disciplinar do Exército. Decreto nº 4.346/2002. Art. 8º. A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

<sup>11</sup> Código Nacional de Trânsito. Lei nº 9.503/97. Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: VII – os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os



Ora, não se pode imaginar um veículo do corpo de bombeiros indo em direção a um incêndio (urgência) estar impedido de trafegar na contramão de direção de uma rua, ou mesmo avenida, do mesmo modo que um policial não pode ficar impedido de trafegar na contramão de direção, devagar, com alarmes sonoro e luminoso intermitentes, para atender situação de urgência, posto que tal interpretação tangencia o absurdo e pode se constituir em grave erro na análise de prova, o que redundaria em erro de direito, apto a ser combatido pela via do Recurso Especial.

Não se olvide que, nas grandes cidades, por vezes, para se entrar em uma rua, sem que seja pela contramão de direção, pode ser necessário percorrer um pequeno trecho que demande mais de uma hora de circulação, o que chega a ser fato público e notório (art. 374, inciso I do CPC/2015).

### 3. Conclusão

Do que foi exposto, quanto à distinção entre princípios e regras<sup>12</sup>, podemos concluir com o Professor e Ministro do TST Mauricio Godinho Delgado que:

Agregando ponderações ao debate acerca da nova concepção de princípios e de seu papel no Direito, parece-nos adequado sustentar que os princípios, enquanto comandos jurídicos instigadores, além das tradicionais funções interpretativa e supletória, têm, na verdade, uma função normativa concorrente. Trata-se de papel normativo concorrente, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral e a ele contraposto.

A função normativa do Poder Judiciário explicitada pelo eminente doutrinador e julgador está conforme o novo papel do Judiciário na medida em que ao decidir o caso concreto, interpretar o texto, dele retira norma – produto da interpretação – norma

---

de polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente, observadas as seguintes disposições: a) quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita da via e parando, se necessário; b) os pedestres, ao ouvir o alarme sonoro, deverão aguardar no passeio, só atravessando a via quando o veículo já tiver passado pelo local; c) o uso de dispositivos de alarme sonoro e de iluminação vermelha intermitente só poderá ocorrer quando da efetiva prestação de serviço de urgência; d) a prioridade de passagem na via e no cruzamento deverá se dar com velocidade reduzida e com os devidos cuidados de segurança, obedecidas as demais normas deste Código;

<sup>12</sup> “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. “Os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

de decisão, posto que ao magistrado, incumbe o dever-poder de formular a norma para o caso concreto. Não se trata de função legislativa, mas de função normativa inerente ao poder de julgar, conforme preleciona Eros Grau<sup>13</sup>.

Após a análise do caso em testilha, verifica-se que houve uma ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da disciplina da atuação militar, na vertente de que houve uma concorrência entre eles, desaguando na atuação destemida do policial no cumprimento do seu dever.

Por outro lado, tais princípios iluminaram as regras do Código Nacional de Trânsito, na vertente de que a interpretação do art. 29 do referido diploma não pode estar em desarmonia com os princípios constitucionais já mencionados, mas também com os textos infraconstitucionais que disciplinam a atividade policial.

Segue-se que, no caso, e esta é a crítica que se faz ao julgado, o policial tinha a discricção de, no momento de urgência, identificar a necessidade, ou não, de ingressar, com os aparatos de segurança acionados, na contramão de direção, atuando em seu estrito dever funcional, retirando qualquer ilicitude da sua conduta (art. 23, III CP e Art. 188, II CCB/2002).

A aplicação do Código Nacional de Trânsito como regra, no caso, na base do “tudo ou nada”, gerou, s.m.j., uma análise incompatível com a Constituição Federal e em desarmonia gramatical, sistemática e teleológica do ordenamento jurídico pátrio.

Com estas considerações, se trouxe uma visão prática e conceitual da aplicação dos princípios e regras, demonstrando sua metodologia de aplicação e de obtenção da norma para o caso concreto.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

<sup>13</sup> “Ainda que não seja o juiz, meramente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade. A discricionariedade – não será demasiada esta repetição – é exercitada em campo onde se formulam juzos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública sua formulação. Prossegue: “O que se tem erroneamente denominado de discricionariedade é poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas que o juiz exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos – repito-o, ainda – encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, o que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido pelo texto”. “Por isso mesmo é que, não atuando no mesmo plano lógico, de modo que possa opor a legalidade à discricionariedade – e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem a pratica –, a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade.” Arremata: “Ainda quando o juiz cogite dos princípios, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro –, ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico porque nele, quando se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir, pondera-se o direito, todo ele, (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – linguísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete autêntico estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica”.p.209-210.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), *in: A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando Direitos a Sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. Complementos e Índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=+1454429+e+herman&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=+1454429+e+herman&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO).



# Constituição e Democracia

Jorge Miranda\*

## Sumário

A) Constituição: 1. O Constitucionalismo Moderno. 2. Da Constituição Liberal às Constituições Atuais. 3. A Pluralidade de Constituições Materiais. B) Democracia: 4. Democracia e Soberania do Povo. 5. O Princípio Representativo. 6. O Princípio Representativo e os Partidos Políticos. 7. O Princípio da Responsabilidade Política. 8. O Princípio da Separação de Poderes. 9. Algumas Compreensões Político-Constitucionais. C) Democracia e Estado de Direito: 10. Democracia Representativa e Estado de Direito. 11. O Estado Democrático de Direito. 12. O Princípio da Maioria. 13. Democracia e Justiça Constitucional. 14. Os Valores da Democracia.

## A) Constituição

### 1. O Constitucionalismo Moderno

I – As “Leis Fundamentais” das monarquias anteriores aos séculos XVIII e XIX não regulavam senão muito esparsamente a atividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas; vindas de longe, assentavam no costume e não estavam ou poucas estavam documentadas por escrito; apareciam como uma ordem suscetível de ser moldada à medida da evolução das sociedades. Não admira, por isso, que se revelassem inadaptadas ou insuportáveis ao iluminismo, ou que este as desejasse reconverter, e que as queixas acerca do seu desconhecimento e do seu desprezo – formuladas na Declaração de 1789 ou no preâmbulo da Constituição portuguesa de 1822 – servissem apenas para sossegar espíritos inquietos perante as revoluções liberais e para criticar os excessos do absolutismo.

Diferentemente, o constitucionalismo moderno – produto da rutura histórica ocorrida no século XVIII nas ideias e nos factos, ou apenas nas ideias – tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; declara uma vontade autónoma de refundação da ordem jurídica; e declarando-a, pretende abarcar todo o âmbito do Estado, através de normas adequadas aos fins assumidos por governantes e governados em cada época histórica.

Como sintetiza Georges Burdeau, a Constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime<sup>1</sup>.

\* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

<sup>1</sup> *Traité de Science Politique*, IV, 2ª ed., Paris, 1969, págs. 23 e 24.

II – O constitucionalismo moderno adota uma atitude voluntarista perante o Direito em geral e perante a Constituição em especial.

Vontade, porém, implica poder. Vontade de fazer ou refazer a Constituição implica poder constituinte. A Constituição, como ato de vontade, é também ato de poder. E, tomada ou não como um novo contrato social, torna-se incidível da coletividade.

Todavia, a Constituição moderna aspira a ser também produto da razão e serviço da razão. Coeva, no seu início, do jus-racionalismo e do iluminismo, a Constituição vai procurar, mais do que a institucionalização, a racionalização das relações políticas. Esta marca vai atravessar todos ou quase todos os regimes políticos e tipos constitucionais – liberais, do Estado social de Direito, marxistas-leninistas, fascistas – até aos nossos dias. Só os critérios variam consoante as ideologias e as estruturas do país de que se trate.

Decretada em certo momento, voltada para o futuro, esta Constituição teria sempre de revestir a forma de lei, de lei constitucional. E regista-se, com não menor evidência, como coincidem o triunfo da lei como fonte de Direito e o aparecimento da Constituição – e Constituição escrita. Lei significa emanação do Direito por obra da autoridade, lei constitucional emanação do Direito por obra da autoridade constituinte.

Eis então como elementos caracterizadores do constitucionalismo, independentemente das conceções de sucessivos e, por vezes, contrastantes regimes políticos:

- a) A Constituição como *fundação* ou *refundação do ordenamento estatal*;
- b) A Constituição como *sistematização racionalizadora* das normas estatutárias do poder e da comunidade;
- c) A Constituição como *lei*, como conjunto de normas de fonte legal, e não consuetudinária ou jurisprudencial (mesmo se, depois, acompanhadas de normas destas origens).

III – A estes elementos importa acrescentar a supremacia que a Constituição obtém em face de todos os atos e de todas as normas que surjam nesse ordenamento. Disso tem-se logo consciência aquando das Revoluções americana e francesa, por meio de contraposição entre *poder constituinte* e *poderes constituídos*. Vale a pena recordar Hamilton e Sieyès.

Escreve Hamilton: “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria como que sustentar que o procurador é maior que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem. O corpo legislativo não é o juiz constitucional das suas atribuições. Torna-se mais razoável admitir os tribunais como elementos colocados entre o povo e o corpo legislativo, a fim de manterem este dentro dos limites do seu poder. Portanto, a verificar-se uma inconciliável divergência entre a Constituição e uma lei deliberada pelo órgão legislativo, entre uma lei superior e uma lei inferior, tem de prevalecer a Constituição”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *The Federalist Papers*, 1787, trad. *O Federalista*, Brasília, 1984, p. 574-575.

Por seu lado, Sieyès referindo-se às leis *constitucionais*, diz que elas são *fundamentais*, não porque possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam com base nelas não as podem afetar. “A Constituição não é obra do poder constituído, mas sim do poder constituinte. Nenhum poder delegado pode alterar as condições da sua delegação”<sup>3</sup>.

Levadas às últimas consequências, estas afirmações equivaleriam a considerar a Constituição não apenas como *fundação* mas também como *fundamentação* do poder público e de toda a ordem jurídica. Porque é a Constituição que estabelece os poderes do Estado e que regula a formação das normas jurídicas estatais, todos os atos e normas do Estado têm de estar em relação positiva com as normas constitucionais, para participarem também eles da sua legitimidade; têm de ser conformes com estas normas para serem válidos.

No entanto, a ideia de Constituição como fonte originária, em termos lógico-jurídicos, do ordenamento estatal, como fundamento de validade das demais normas jurídicas e como repositório de normas diretamente invocáveis pelos cidadãos, não surgiu logo ou da mesma maneira em ambas as margens do Atlântico. Uma coisa é a verificação *a posteriori* que a doutrina possa fazer, outra coisa o processo histórico de formação dos imperativos normativos e dos correspondentes instrumentos conceituais.

Nos Estados Unidos, até porque a Constituição de 1787 foi o ato constitutivo da União, muito cedo se apercebeu que ela era também, por isso mesmo, a norma *fundamentadora* de todo o sistema jurídico. Daí o passo acabado de citar de Hamilton (assim como, de certo modo, o art. vi, nº 2, qualificando-a de “Direito supremo do País”); e daí o corolário retirado, a partir de 1803, pelo Supremo Tribunal de uma faculdade de apreciação da constitucionalidade das leis.

Já na Europa e na América Latina (onde as vicissitudes políticas e constitucionais viriam a ser muito menos lineares e mais complexas que nos Estados Unidos) o caminho para o reconhecimento de um verdadeiro e pleno primado da Constituição foi mais longo, por três razões principais: porque, tendo em conta o absolutismo precedente, toda a preocupação se reportava à reestruturação do poder político (em especial, do poder do Rei); porque prevalecia o entendimento da lei (ordinária) como expressão ou da razão ou da vontade geral; e porque não se quis ou não se pôde instituir senão no século XX formas de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade.

## 2. Da Constituição Liberal às Constituições Atuais

I – O constitucionalismo moderno desponta, como se sabe, estreitamente ligado a certa ideia de Direito – a ideia de Direito liberal, de liberdade política e de limitação do poder.

O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos

<sup>3</sup> *Qu'est-ce que le tiers Etat?*, 1789, na edição crítica de Roberto Zappeni, Genebra, 1974, p. 180-181.

usufruem de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o art. 16º da Declaração de 1789, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem *direitos* contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza Montesquieu, o poder trave o poder. Daí a necessidade duma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súbditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apelidadas de *poderes do Estado*, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos etc.

A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.

Mas o constitucionalismo liberal tem ainda de buscar uma legitimidade que se contraponha à antiga legitimidade monárquica; e ela só pode ser democrática, mesmo quando na prática e nas próprias leis constitucionais daí se não deduzam todos os corolários. A Constituição é então a auto-organização de um povo (de uma nação, na aceção revolucionária da palavra), o ato pelo qual um povo se obriga e obriga os seus representantes, o ato mais elevado de exercício da soberania (nacional ou popular, consoante o entendimento que se perfilhe).

II – No século XX o fenómeno constitucional iria sofrer duas vicissitudes decisivas: generalizar-se-ia, universalizar-se-ia; e, simultaneamente, perderia a sua referência (ou referência necessária) a um conteúdo liberal.

Por um lado, todos os regimes adotam uma Constituição (no sentido moderno), desde aqueles que, de uma maneira ou de outra, mantêm Constituições vindas de época anterior e os que consagram evolutivamente exigências sociais (o Estado social de Direito) até aos que pretendem instaurar-se de novo (o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante, o de fundamentalismo islâmico). E, do mesmo modo, todos os Estados que vão acedendo à comunidade internacional se dotam de Constituições como verdadeiros símbolos de soberania.

Deixa de se considerar como padrões fundamentais da vida coletiva as liberdades individuais e a separação de poderes para, ou acrescentar-lhes direitos económicos, sociais e culturais (o Estado social de Direito), ou para acolher diferentes sentidos da pessoa humana e do povo e diferentes tarefas do poder político (o Estado



marxista-leninista, o fascista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico). Mas, por toda a parte, persiste ou triunfa o desígnio de uma estruturação racionalizada e exaustiva do estatuto do Estado, a vontade de fazer da Constituição uma representação de como devem ser o poder e a comunidade política.

III – O contraste de projetos e de conteúdos, sobretudo ideológicos, das Constituições permite, e recomenda mesmo, algumas classificações.

Uma das mais representativas é a alvitrada por Karl Loewenstein e toma por critério “a análise ontológica da concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder” e por ponto de apoio a tese de que uma Constituição é o que os detentores do poder dela fazem na prática – o que, por seu turno, depende, em larga medida, do meio social e político em que a Constituição deve ser aplicada.

Seguindo este critério, há Constituições *normativas*, *nominais* e *semânticas*. As primeiras são aquelas cujas normas dominam o processo político, aquelas em que o processo do poder se adapta às normas constitucionais e se lhes submete. As segundas são aquelas que não conseguem adaptar as suas normas à dinâmica do processo político, pelo que ficam sem realidade existencial. As terceiras são aquelas cuja realidade ontológica não é senão a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de facto desse poder. Ao passo que as Constituições normativas limitam efetivamente o poder político e as Constituições nominais, embora o não limitem, ainda têm essa finalidade, as Constituições semânticas apenas servem para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores de facto na comunidade<sup>4</sup>.

Poderá, não sem razão, observar-se que a taxonomia constitucional de Loewenstein é elaborada em face de uma Constituição ideal, e não da imbricação dialética Constituição-realidade constitucional, pelo que acaba por ser uma classificação axiológica ligada à concordância entre Constituição normativa e democracia constitucional ocidental. Mas, não sem menos razão, poderá igualmente observar-se que ela vem pôr em relevo as diferentes funções da Constituição por referência àquilo que foi o modelo inicial da Constituição moderna – a Constituição limitativa e garantista liberal; assim como vem, por outro lado, ajudar a captar os diversos graus de efetividade de normas e institutos pertencentes a determinada Constituição.

Independentemente dos juízos de valor a formular sobre a realidade política e independentemente das funções que se reconheça exercerem, duma maneira ou doutra, todas as Constituições, é irrecusável que Constituições existem que se revelam *fundamento* (em concreto) da autoridade dos governantes e que outras se revelam, sobretudo, *instrumento* de que eles se munem para a sua ação; Constituições que consignam direitos e liberdades *fundamentais* perante ou contra o poder e Constituições que os funcionalizam aos objetivos do poder; Constituições que valem ou se impõem por si só e Constituições meramente *simbólicas*, na expressão de Marcelo Neves<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Reflections on the Value of Constitutions in our Revolutionary Age, in: *Constitutions and Constitutional Tender after World War II*, obra coletiva, II, Nova Iorque, 1951, p. 191 e ss.

<sup>5</sup> *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, 1994, maxime p. 83 e ss.

### 3. A Pluralidade de Constituições Materiais

I – De tudo quanto acaba de se aduzir resulta que o conteúdo da Constituição se relativiza e acusa variações consoante os regimes políticos. E a cada regime – ou seja, a cada conceção básica acerca da comunidade e do poder, dos fins que este prossegue e dos meios de que se serve – vai corresponder um determinado entendimento da Constituição em sentido material.

Consequentemente, a Constituição de qualquer Estado distingue-se da Constituição de outro Estado em razão do regime político que adota; assim como a mudança de regime político que nele ocorra determina uma mudança de Constituição – do desígnio que se lhe atribui, dos termos como enquadra a vida coletiva, dos direitos que garante ou deixa de garantir, da correspondente ordem económico-social.

II – Não é, de resto, só a respeito do regime político que esta pluralidade, simultânea ou sucessiva, de Constituições se apresenta. É também, desde logo, no tocante à forma de Estado e, depois, no tocante à forma de governo, ao sistema de governo e à forma institucional:

- forma de Estado ou modo de o Estado dispor o seu poder em face de outros poderes de igual natureza (com coordenação ou com subordinação) e quanto ao povo e ao território;
- forma de governo ou forma de a comunidade política organizar o seu poder e estabelecer a diferenciação entre governantes e governados;
- regime político ou resposta aos problemas de legitimidade, de liberdade, de participação e de unidade ou divisão de poderes;
- sistema de governo ou sistema de órgãos da função política e estatuto dos governantes;
- forma institucional ou expressão institucional e simbólica da representação ou da chefia do Estado.

São, obviamente, diversas, por exemplo, a Constituição de um Estado unitário e a de um Estado federal; a Constituição de um governo representativo e a de um governo jacobino; a de um regime liberal democrático e a de um regime autoritário ou totalitário; a de um sistema parlamentar e a de um sistema presidencial, a de uma monarquia e a de uma república.

Assim como, evidentemente, é diversa a Constituição de um Estado como Estado soberano da Constituição desse mesmo Estado enquanto reduzido a Estado membro de uma federação ou de união real; e vice-versa.

Eis escolhas básicas que se decidem em cada momento histórico.

III – À Constituição em sentido material, estatuto jurídico ou ordenação racionalizante e sistemática do Estado, pode corresponder historicamente um só conteúdo (como acontecia, na ótica do regime político, na era liberal) ou pode corresponder uma pluralidade de conteúdos (como vem sucedendo depois). E esse conteúdo em cada Estado e em cada tempo plasma-se em princípios jurídicos

específicos, explícita ou implicitamente – os princípios que, abrangendo também a forma de Estado, a forma de governo, o sistema de governo e a forma institucional, no seu conjunto dão corpo a uma *Constituição material*.

Uma Constituição não se reduz, por certo, a esses princípios, a esses princípios fundamentais. Ela surge, aparentemente, como um somatório de preceitos. Porém, são esses princípios e outros com eles conexos que lhe conferem unidade, identidade e durabilidade, de acordo com um postulado elementar de coerência. Voltaremos a este tema adiante.

IV – *Constituição material* é, pois, o acervo de princípios fundamentais estruturantes e caracterizantes de cada Constituição em sentido material positivo; aquilo que lhe confere substância e identidade; a manifestação direta e imediata de uma ideia de Direito que prevalece em certo tempo e lugar (seja pelo consentimento, seja pela adesão passiva); a resultante primária do exercício do poder constituinte material; e, em democracia, a expressão máxima da vontade popular livremente formada.

Sem se fechar no seu instante inicial ou numa conformação estrita, a Constituição material vem a ser aquilo que permanece enquanto mudam os preceitos ou as regras através de sucessivas revisões ou por outras formas ou vicissitudes. Em dialética constante com as situações e os factos da vida política, económica, social e cultural – com aquilo a que se vai chamando *realidade constitucional* – a necessidade da sua permanência torna-se requisito de segurança jurídica.

Os preceitos ou as regras mudam; os princípios – mesmo se não imunes à evolução e a variações de sentido dentro do seu âmbito imanente – não podem ser afetados. Passar de uns princípios a outros (dos princípios respeitantes à forma de Estado, ou ao regime, ou à forma de governo, ou ao sistema de governo, ou à forma institucional) significaria passar de uma Constituição a outra.

Por isso, tem sido frequente as próprias Constituições, logo no início dos seus textos ou, quando existem, em cláusulas pétreas de limites materiais de revisão, sintetizarem os princípios que dão o seu cerne material. É o que se verifica na atual Constituição portuguesa nos seus arts. 1º e 2º e no art. 288º ou na Constituição brasileira, no art. 1º e no art. 60, §4º.

## **B) Democracia**

### **4. Democracia e Soberania do Povo**

I – Por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.

Não é simples titularidade do poder no povo ou reconhecimento ao povo da origem ou da base da soberania. Não basta declarar que o poder em abstrato pertence

ao povo, ou que já lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o poder constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, ficando os poderes constituídos para os governantes.

Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e esse exercício deve ser atual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma. Mais: democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes<sup>6</sup>.

II – Numa análise puramente normativa, sem dúvida o poder, a soberania não pode ser senão um poder do Estado, tal como (mas por maioria de razão) o povo e o território só são povo e território dentro do Estado. O poder não se identifica com o Estado, mas somente o Estado tem poder ou soberania (soberania pessoal e soberania territorial).

A doutrina clássica alemã da soberania do Estado continua válida, desde que assim entendida: a soberania é do Estado como entidade jurídica global e complexa, e não dos órgãos do Estado, nem dos titulares dos órgãos, nem do povo, porque ligá-la aos órgãos – meros centros institucionalizados de formação da vontade – ou aos governantes ou aos governados – indivíduos atomisticamente considerados – significaria fracioná-la em visão unilateral.

Se se conceber o Estado como sujeito de direito, como pessoa coletiva de Direito interno e de Direito internacional, melhor se apreenderá ainda esta inserção da soberania na sua estrutura.

Olhando ao Direito interno, a soberania surge como um feixe de faculdades ou direitos que o Estado exerce relativamente a todos os indivíduos e a todas as pessoas coletivas de Direito público e privado existentes dentro do seu ordenamento jurídico. A definição das condições dessas pessoas, a atribuição da capacidade de direitos, a imposição de deveres e de sujeições, eis então algumas das manifestações do poder político.

O povo não é, porém, objeto da soberania. Configurado o Estado como pessoa coletiva, o povo ou coletividade de cidadãos tem de ser, antes, o substrato de tal pessoa jurídica. Apenas cada indivíduo ou cada uma das instituições em que os indivíduos se incorporam podem ser objeto de direitos compreendidos na soberania ou, mais rigorosamente, sujeitos de relações jurídicas com o Estado.

Algo de análogo se passa na ordem externa. Soberania aqui equivale ou à própria subjetividade ou personalidade de Direito internacional do Estado ou à capacidade plena de gozo e de exercícios dos direitos conferidos pelas normas internacionais. Um Estado diz-se soberano, como se sabe, quando pode manter relações jurídico-internacionais ou, em sentido mais restrito, quando tem a totalidade daqueles direitos e, assim, participa em igualdade com os demais Estados na comunidade internacional.

<sup>6</sup> Sobre toda esta matéria, v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VII, Coimbra, 2007, p. 59 e ss., e Autores citados.

III – O que acaba de ser recordado não esgota o exame do poder no Estado, porquanto logo se vê que é imprescindível definir as posições relativas dos governantes e do povo perante ele.

O ponto de clivagem fundamental de todas as formas de governo está nisto. Ou os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha ou nos seus atos de governantes. Ou os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a atividade que conduzem.

No primeiro caso, estamos diante de autocracia (com diferentes concretizações históricas, a que correspondem também diversas formas de governo). No segundo caso, diante da democracia.

Poderá talvez atalhar-se que esta distinção não deixa de ser excessivamente formal. A objeção, porém, não procede, pois para qualificar qualquer regime político não basta ler as proclamações constitucionais, importa confrontá-las com as consequências que o Direito, decretado e vivido, extrai das mesmas; e, se se recorrer a uma investigação interdisciplinar para se procurar o suporte real do poder (Chefe do Estado, Parlamento, Executivo, órgãos formais ou partidos, governantes ou classes dominantes etc.), haverá sempre aí que concluir pela coincidência ou não do efetivo exercício do poder com o título jurídico da sua atribuição ou não ao povo.

IV – Para designar o princípio democrático, a Revolução Francesa cunhou as locuções “soberania do povo” e “soberania nacional”, as quais persistem ainda em numerosas Constituições, na linguagem doutrinal e no contraditório político.

Trata-se de uma réplica ou de uma importação do conceito de soberania do príncipe ostentado pelas monarquias absolutas. À ideia de que os reis eram soberanos nos seus Estados, de que não deviam obediência a ninguém, de que eram até superiores a todas as leis, substituiu-se a ideia de que o povo era o único soberano, de que toda a autoridade dele dimanava e que a lei devia ser a expressão da sua vontade. Ao direito divino dos reis sucederia o direito divino dos povos.

Com efeito, se a certa altura, no moderno Estado europeu, se pôde afirmar que os reis eram soberanos foi apenas porque eram os órgãos únicos ou supremos de Estados, que já não dependiam do Papa ou do Sacro Império, nem se compadeciam com autoridades feudais. É sabido que, aproveitando a identificação entre poder central e poder real, os teóricos do absolutismo dos séculos XVI a XVIII quiseram ir mais além e afirmar uma soberania sem limites jurídicos. Mas isso mais não era que um desvio, de que nem sempre se aperceberam os políticos e juristas quando supuseram transferir a soberania dos governantes para o povo.

Por isso, não pode entender-se, apesar da apontada transposição, que a soberania do povo deva ser ilimitada, sob pena de se abrir a porta à democracia absoluta. Pois esta, nas suas principais concretizações conhecidas (jacobina, cesarista

e soviética), encontra-se nos antípodas dos princípios enformadores da democracia representativa, por ser tão negadora como a monarquia absoluta das liberdades individuais e institucionais e tão contrária como ela aos processos jurídicos de limitação do poder político que o constitucionalismo se esforçou por instituir.

Por outro lado, tomar a soberania do povo no sentido de supremacia do povo no Estado tem de ser entendido em termos hábeis. Se tal supremacia significa a necessidade de os governantes serem da confiança política do povo que os elege, e se significa mesmo que ao povo incumbe (ou deve incumbir) o poder de tomar certas decisões através de eleição ou referendo, nenhuma objeção há a fazer. Se soberania ou supremacia do povo significa, porém, superintendência sobre os governantes e continua subordinação destes às injunções dos eleitores, então ela é desmentida pelas instituições e pela prática da democracia representativa que, rejeitando o mandato imperativo e procurando assegurar um mínimo de estabilidade governativa, impede os cidadãos de determinar (salvo em caso de referendo) atos em concreto dos governantes.

## 5. O Princípio Representativo

I – Não há representação política, quando (para empregar uma expressão de Carl Schmitt)<sup>7</sup> se verifica identidade – seja em monarquia (pura), seja em democracia direta – entre os titulares do poder e os governantes, quando os governados tendem a ser, simultaneamente, governantes ou quando a divisão entre governantes e governados se põe ao nível da distinção dos destinatários de normas jurídicas e não ao nível de uma distinção funcional.

Pelo contrário, representação postula inidentidade e, depois, relação. Ela redonda num fenómeno de relação e de comunicação: para que os governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação.

Para se analisar o seu conceito há que distinguir entre representação do Estado e representação do povo; entre representação de grupos existentes por si e representação de toda a coletividade; entre representação gerada por um ato de vontade e representação decorrente de um facto jurídico ou *ope legis*. Só é representação política em sentido restrito e próprio a representação do povo, e do povo todo, fundada num ato de vontade (a eleição) e destinada a institucionalizar, com variável amplitude, a sua participação no poder.

II – Em primeiro lugar, na representação política não se cuida da representação do Estado:

a) Nem como expressão ou símbolo da unidade do Estado – pois nesse sentido todo o governante representa o Estado e haveria tanto mais representação quanto menor fosse a participação do povo e maior a concentração de poderes num único governante;

<sup>7</sup> *Verfassungslehre*, 1927, trad. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 19234 (reimpressão, México, 1966), p. 236 e ss.

b) Nem como essência dos seus órgãos – pois o órgão não representa o Estado, é um elemento do Estado, e os atos que pratica são-lhe diretamente imputados sem distinção de esferas jurídicas;

c) Nem como função ou competência cometida pelo Direito positivo a certos órgãos em relações jurídicas em que o Estado intervenha (como o *jus raepresentationis omnimodae* conferido pelo Direito internacional comum) aos Reis e aos Presidentes da República.

Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder através de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes.

III – Em segundo lugar, representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos (com relevância ou não de outros interesses que realmente existam na sociedade, muitas vezes em conflito). As pessoas nela investidas representam toda a coletividade e não apenas quem as tenha designado (é o princípio explicitado, em Portugal, no art. 152º, nº 2, da Constituição).

Mais ainda: não é só cada parlamentar que representa todo o povo, nem são todos os parlamentares que representam cada cidadão; são *todos* os parlamentares que representam todo o *povo* (e daí o art. 147º, ainda da Constituição portuguesa, ao definir a Assembleia da República como a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses). Se assim não fosse, eles não poderiam deliberar sobre os assuntos do Estado.

Compreende-se, deste jeito, que tenha de se excluir do seu âmbito a representação estamental ou de “estados”, vestígio da desagregação medieval da sociedade política; que a doutrina da soberania popular ou fracionada de Rousseau não se compadeça com o sistema representativo; que seja proibido o mandato imperativo; e que a mera representação de interesses, à imagem de uma noção orgânica ou corporativa de povo, só possa aproveitar-se para a constituição de órgãos consultivos, e não para a de órgãos deliberativos do Estado.

Ora, não serão contraditórios com esta ideia de unidade a divisão do território eleitoral em círculos ou distritos, as eleições parciais a meio da legislatura em sistemas de círculos uninominais (previstos em alguns países) e os sistemas de representação proporcional? Não: os círculos ou distritos eleitorais, para lá de expedientes de ordem técnica, servem para personalizar as escolhas dos eleitores e neles existe (ou deve existir, por imperativo da igualdade) uma proporção entre o número de eleitores inscritos e o número de representantes a eleger; as eleições parciais destinam-se a completar a composição efetiva dos Parlamentos em caso de vagas; e a representação proporcional, se espelha a divisão de posições partidárias, assume, do mesmo passo, um papel integrador dentro do contraditório político.

IV – Em terceiro lugar, não há representação política sem eleição, ato jurídico ou feixe de atos jurídicos. Contudo, a inversa não é verdadeira: *v. g.*, além das monarquias

eletivas, a eleição de juizes de Tribunais Constitucionais ou de titulares de outros órgãos independentes pelo Parlamento [arts. 163º, alíneas *h*) e *i*), e 222º, nº 1, da Constituição portuguesa].

O elemento volitivo patente na eleição habilita então a falar num mandato, na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhes poderem definir o objeto).

Um mandato, porém, de Direito público, inassimilável ao mandato de Direito privado. Pois a representação política é uma espécie de representação necessária imposta por lei, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. Nem há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgão com competências constitucionalmente prescritas (se bem que uma Constituição democrática seja, direta ou indiretamente, obra do povo e, assim, os poderes dos representantes provenham do povo).

Como escreve Giovanni Sartori, é verdade que na representação política não há *contemplatio domini*, mas há uma *contemplatio electionis* que faz as suas vezes. É verdade que o mandato de deputado não é revogável à vontade pelos seus representados, mas a sua irrevogabilidade não é inamovibilidade e deve considerar-se que, para efeito prático, eleições periódicas correspondem (na expressão de Carré de Malberg) a uma “faculdade intermitente de revogação”. É verdade que não há modo de obrigar o representante a ajustar-se ao cargo recebido, mas seria mais exato dizer que a diferença vale *pro tempore* e que a ausência de obrigação direta e formal consegue tão somente impedir a instauração de uma submissão indireta e substancial<sup>8</sup>.

Diferente da representação política é a *representação institucional*, em que a investidura nos cargos políticos se faria mediante índices reveladores da capacidade de captar a vontade e os interesses da coletividade; por inerência, por cooptação ou por sucessão hereditária (assim, o art. 11º da Constituição imperial brasileira de 1824, o art. 12º da Carta Constitucional portuguesa de 1826 ao declararem o Imperador e o Rei “representante da Nação”).

Mas a representação institucional, se pode ser adequado meio de expressão de determinadas instituições (*v. g.*, a família, as confissões religiosas, certas instituições culturais, as Forças Armadas) e se pode bem articular-se com a *representação de interesses*, nunca cobre toda a riqueza da vida política, nem sequer a das instituições sociais; e revela-se completamente inidónea para a formação de tendências e aspirações gerais e para a tomada de qualquer decisão obrigatória para toda a coletividade. Um Estado corporativo – como pretendeu ser, sem nunca conseguir – o da Constituição portuguesa de 1933 – seria antagónico de um Estado democrático representativo.

<sup>8</sup> *Parties and Party systems*, Cambridge, 1976, p. 84.



## 6. O Princípio Representativo e os Partidos Políticos

I – O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos.

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos parlamentares e que os sujeitos da ação parlamentar acabam por ser não os parlamentares, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com os diretórios, as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados e aos senadores o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Paramentos, os deputados e senadores ficassem privados de uma e outra coisa?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitindo democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos, na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados e senadores em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados e como aos senadores como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de partidos e parlamentares. E esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados e senadores eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares ou bancadas que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado ou o senador isolado ou desinserido de uma estrutura coletiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou “as bases” se sobrepusessem aos parlamentares e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda

de mandato do deputado ou senador que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares ou as bancadas implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados e senadores – dos deputados e senadores que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, pelo menos nas questões políticas principais (subsistência do Governo, orçamento, leis e tratados mais importantes) conforme a maioria se pronunciou; e a objeção de consciência só se justifica no limite.

Dai também a mais que duvidosa validade jurídica do voto de deputados e senadores seguindo o seu partido e fazendo, ao mesmo tempo, declarações de voto, oral ou escrita, a justificar a posição diferente que prefeririam ter assumido.

## 7. O Princípio da Responsabilidade Política

I – A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes.

Na democracia direta não existe este mecanismo. Por outro lado, a diferença entre a eleição em sistema representativo e a eleição à sua margem está em que, nesta, os eleitos são independentes dos eleitores, e até lhes podem ser considerados ou ficar superiores (como sucedia nas antigas monarquias eletivas e sucede com o Papa em relação ao colégio dos cardeais).

II – Trata-se, antes de mais, de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República, os senadores e os deputados representam todo o povo; logo, respondem perante todo o povo, e não apenas perante quem neles votou ou perante quem os elegeu, nos diferentes círculos ou distritos.

Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política, a responsabilidade *inter-orgânica* ou *responsabilidade-fiscalização*, que é aquela que se verifica do Governo perante o Parlamento ou perante o Presidente da República, conforme os diferentes sistemas políticos, e que tem como consequência, se efetivada, a demissão ou a cessação de funções.

Responsabilidade difusa, aliás, porque realizada:

- a) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais (em especial, de expressão e de manifestação), o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48º, nº 2, da Constituição portuguesa);
- b) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes;

c) Através de eleições para outros órgãos (*v. g.*, de municípios) com significado político relevante.

E, como sublinha Antonio d'Atena, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa atividade por eles desenvolvida ao longo do tempo<sup>9</sup>.

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de Weimar, da Áustria e da Venezuela deve ter-se por excepcional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas estranhas ao princípio representativo (como no art. 65º da atual Constituição cubana).

III – A responsabilidade política dos titulares de cargos políticos, especialmente dos titulares de cargos políticos executivos, pode assumir contornos de responsabilidade objetiva, na medida em que eles devem igualmente ser considerados solidariamente responsáveis por ações ou omissões graves dos seus subordinados imediatos que afetem o interesse público.

Então, por um princípio de ética, pode vir a impor-se a sua demissão, a sua destituição ou a sua renúncia, consoante os casos.

IV – Mas a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias.

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e, portanto, a Oposição não é de cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partidos políticos.

V – Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

## 8. O Princípio da Separação de Poderes

I – O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram

<sup>9</sup> Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali, *in: Perspectivas constitucionais*, obra coletiva, I, Coimbra, 1996, p. 443.

consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos eletivos.

Justifica-se recordar as implicações básicas do princípio:

- a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica;
- b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público;
- c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição;
- d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade;
- e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos;
- f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos;
- g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local;
- h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas).

Por outro lado, está aí uma dimensão *positiva* e uma dimensão *negativa*, de controlo e limitação de poder, no fundo em correspondência com a *faculté de statuer* e a *faculté d'empêcher* de Montesquieu<sup>10</sup>. Donde, a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida.

II – Ainda na perspetiva da separação de poderes, cabe considerar a relação entre partidos políticos e referendo<sup>11</sup>.

O referendo apenas faz sentido – tomado como instituto de propulsão, de correção ou de legitimação de decisões parlamentares – quando nele os cidadãos se sintam plenamente livres de opções e constrangimentos partidários, quando votem só motivados pela sua maneira individual de pensar, integrados ou não em movimentos cívicos de intervenção. Se o resultado referendário tivesse de redundar em mera reprodução das maiorias parlamentares, perderia autenticidade ou sentido.

Em contrapartida, pela mesma razão, o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo. Senão, a não ser assim, um Governo derrotado em votação popular teria de pedir a demissão ou o Parlamento teria de ser dissolvido.

<sup>10</sup> Recorde-se sempre e releia-se sempre o capítulo VI do livro XI de *De l'esprit des lois*, 1748.

<sup>11</sup> Sobre o referendo em geral, v. *Manual ...*, VII, *cit.*, p. 26 e ss.

O Direito português assegura a grupos de cidadãos a participação nas campanhas referendárias, com os adequados direitos de propaganda. Os partidos não ficam excluídos, mas deveriam aceitar autocontenção e, em nenhum caso, deveriam instrumentalizar esses grupos.

III – Negado em tese e, sobretudo, na prática pelo regime da Constituição de 1933, o princípio da separação de poderes ressurgiu na Constituição de 1976 com toda a nitidez e com as particularidades decorrentes quer da evolução dos tempos quer das exigências da realidade portuguesa. Não se fala, ao contrário do que sucedia nas Constituições liberais, em “Poderes do Estado”. Fala-se em “separação e interdependência dos órgãos de soberania” [arts. 111º, nº 1, e 288º, alínea j)] ou em “separação e interdependência de poderes” (no art.2º, após 1997).

Já no Brasil continua a distinguir-se o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Todavia, também não numa postura como a do século XIX.

### 9. Algumas Compreensões Político-Constitucionais

Importa referir – só referir – algumas das visões explicativas (e também prescritivas) do cerne da democracia moderna à luz das respetivas compreensões filosóficas e teóricas: as de Kelsen, Rudolph Laun, Joseph Schumpeter, Friedrich A. Hayek, Alf Ross, Robert A. Dahl, Karl Popper, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas e Gustavo Zagrebelsky<sup>12</sup>.

Para Kelsen, a ideia de liberdade é o núcleo da democracia. A igualdade entra também, mas de maneira negativa, formal e secundária: cada um deve ser o mais livre possível, logo todos devem-no ser igualmente; cada um deve participar na formação da vontade geral, logo todos devem participar de forma igual. E existe uma relação entre a posição metafísico-absolutista do mundo e a autocracia e entre a posição crítico-relativista e a democracia<sup>13</sup>.

Laun define a democracia como o Estado cuja Constituição positiva não repousa sobre direitos suprapositivos que possuam determinadas pessoas ou determinados grupos de pessoas à competência da soberania ou a uma parte da competência da soberania. A democracia é um Estado livre de direitos dogmáticos de domínio<sup>14</sup>.

Segundo Schumpeter, o método democrático é o sistema institucional conducente a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de estatuir sobre essas decisões na sequência de uma luta concorrencial tendo por objeto os votos do povo<sup>15</sup>.

Para Hayek, a democracia é um meio mais do que um fim – um meio de mudança pacífica de poder e de salvaguarda da liberdade individual. E a sua vantagem

<sup>12</sup> Ver outros Autores indicados in: *Manual ...*, VII, *cit.*, págs. 92 e 93, nota.

<sup>13</sup> *Von Wesen und Wert der Demokratie*, trad. *La Démocratie – sa nature, sa valeur*, p. 104 e 111.

<sup>14</sup> *La démocratie – essai sociologique, juridique et de politique morale*, Paris, 1933, p. 133.

<sup>15</sup> *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, trad. *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, Paris, 1972, maxime p. 354 e ss.

principal não radica no método de selecionar os governantes, mas em que, com a participação ativa de uma grande parte da população na formação da opinião, se amplia o número de pessoas com capacidade para serem eleitas<sup>16</sup>.

Para Alf Ross, o tipo ideal de democracia corresponde à forma de governo em que as funções políticas são exercidas pelo povo com um máximo de intensidade, efetividade e latitude, de acordo com os métodos parlamentares<sup>17</sup>.

Robert A. Dahl liga a democracia às ideias de igualdade, autodeterminação, racionalidade e maximização das vantagens para os elementos de comunidade política. A democracia atual, de larga escala, surge como poliarquia ou conjunto de instituições indissociáveis da extensão da cidadania e da capacidade de os cidadãos se oporem aos titulares dos cargos políticos e de os afastarem pelo voto<sup>18</sup>.

Por sua vez, Karl Popper contrapõe àquilo a que chama a teoria clássica da democracia uma teoria realista. Ela há-de ser o sistema em que os governantes podem ser afastados do poder sem violência, pacificamente, através do voto da maioria<sup>19</sup>.

Bobbio sustenta que a democracia é a forma de governo em que vigoram regras gerais (as chamadas regras de jogo) que permitem aos cidadãos (como jogadores) resolver, sem recorrer à violência, os conflitos que nascem inevitavelmente numa sociedade em que se formam grupos cujos valores e interesses são contrastantes<sup>20</sup>.

Habermas entende que a democracia há-de ser discursiva e deliberativa. Ela é sinónimo de auto-organização política da sociedade no seu conjunto, implicando, pois, a institucionalização de procedimentos e condições apropriadas de comunicação e o jogo combinado das deliberações institucionalizadas e das opiniões públicas<sup>21</sup>.

Por fim (entre os Autores indicados), é uma democracia crítica a que Gustavo Zagrebelsky preconiza, assente num espírito de possibilidade e na abertura ao tempo, mediante procedimentos em que o povo não se feche sobre si mesmo; uma democracia em que a decisão popular nada tenha de preconstituído, nem seja irrevisível ou irreversível<sup>22</sup>.

## C) Democracia e Estado de Direito

### 10. Democracia Representativa e Estado de Direito

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência. Postula-o pela exigência de garantia dos direitos

<sup>16</sup> *The Constitution of Liberty*, 1959, trad. *La Constitución de la Libertad*, 3ª ed., Madrid, 1978, p. 144 e ss.

<sup>17</sup> *Why Democracy?*, 1952, trad. *Por que Democracia?*, Madrid, 1989, p. 96.

<sup>18</sup> *Democracy and its critics*, New Haven e London, 1989, p. 96.

<sup>19</sup> Alguns problemas práticos da democracia, in: *Balanço do século*, obra coletiva, Lisboa, 1990, p. 79-80.

<sup>20</sup> Democracia e Paz, in: *Balanço do século*, cit., p. 28.

<sup>21</sup> *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaat*, 1992, trad. *Droit et Démocratie*, Paris, 1997, p. 320, 321 e 323.

<sup>22</sup> *Il "Crucifisso" e la Democrazia*, 2001, trad. *A Crucificação e a Democracia*, Coimbra, 2004, p. 112 e ss.

fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas.

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objetivo e o elemento subjetivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há um enlace de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

Como salienta Jürgen Habermas, princípio democrático e princípio do Estado de Direito são princípios co-origenários. Um não é possível sem o outro, sem que, por isso, se imponham restrições ao outro. E pode-se exprimir esta intuição de “co-origenariedade”, dizendo que a autonomia privada e a autonomia pública se postulam uma à outra. São conceitos interdependentes e de implicação material. Para fazer um uso *apropriado* da sua autonomia pública, garantida por direito político, é preciso que os cidadãos sejam suficientemente independentes, graças a uma autonomia privada igualmente assegurada a todos. No mesmo sentido, os membros da sociedade não desfrutarão igualmente de uma igual autonomia privada – as liberdades de ação subjetiva não terão para eles o “mesmo valor” – senão na medida em que, como cidadãos, façam um uso apropriado da sua autonomia pública<sup>23</sup>.

Ou, segundo Castanheira Neves, com o “Estado de Direito Democrático” vê-se o Estado democrático a culminar no Estado de Direito, tal como o princípio democrático a realizar-se plenamente no princípio do direito – “só o direito é útil ao povo”<sup>24</sup>.

## 11. O Estado Democrático de Direito

É, justamente, aqui que a Constituição aparece como fundamento e não como instrumento de poder. É justamente aqui que se fala em Estado de Direito democrático

<sup>23</sup> Le paradoxe de l'État de droit démocratique, trad., in: *Les Temps Modernes*, set.-out. de 2000, p. 78; e, em português, *Teoria Política*, Lisboa, 2015, p. 133.

<sup>24</sup> Da “jurisdição” no actual Estado de Direito, in: *AB UNO AD OMNES*, obra coletiva, Coimbra, 1998, p. 226-227.

(art. 1º da Constituição portuguesa) ou em Estado democrático de Direito (art. 1º da Constituição brasileira). As fórmulas não são iguais, a ideia é a mesma.

Os princípios do Estado de Direito democrático ou do Estado democrático de Direito encontram-se, depois, explícita ou implicitamente, consagrados em diversos lugares: princípios da proporcionalidade, da proteção da confiança, da aplicação imediata das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, da tutela da justiça, da responsabilidade civil das entidades públicas por danos aos particulares.

Portugal está integrado na União Europeia, a qual elabora normas jurídicas que vigoram na ordem interna. Mas a Constituição precisa que os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático, em caso algum podem deixar de ser respeitados pelos tratados da União Europeia e pelas normas dimanadas das suas instituições (art. 8º, nº 4).

## 12. O Princípio da Maioria

I – Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*<sup>25</sup>.

Contrapostos aos sistemas eleitorais maioritários, nem por isso os sistemas proporcionais deixam de observar o princípio: *primo*, porque apenas as candidaturas que atinjam determinado montante ou cifra (em razão do número de parlamentares a eleger por círculo ou distrito eleitoral) obtêm mandatos; *secundo*, porque são as que obtêm *mais votos* que obtêm mais mandatos.

Observe-se, no entanto, que as técnicas maioritárias não são privativas da democracia, nem se esgotam na seara da política. O Direito romano conheceu-as, o Direito canónico deu-lhes expressão e na Idade Média elas tiveram particularíssimas aplicações no âmbito das ordens religiosas e dos municípios. Assim como hoje se encontram nas associações, nas sociedades e em quaisquer entidades coletivas, com mais ou menos adaptações.

II – Por que motivo deve a maioria ser o critério da democracia? Por que devem governar os candidatos que recebem mais votos? Por que deve a lei ter o sentido querido pela maioria?

Está longe de ser pacífica a resposta.

Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência. Ou quem, pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade, seja (porventura) outro.

De harmonia com a ideia de igualdade (que remonta a Aristóteles e que Rousseau levaria às últimas consequências), é porque todos os cidadãos têm os

<sup>25</sup> V. também *Manual ...*, VII, p. 85 e ss.



mesmos direitos e devem ter o mesmo grau de participação na vida coletiva que deve prevalecer a maioria; a vontade do maior número entre iguais converte-se em vontade geral; e esta fica sendo a vontade do Estado.

De harmonia com a ideia de liberdade (especialmente enfatizada por Kelsen), a maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política; qualquer decisão imposta deve ser reduzida ao mínimo; tendo de haver uma ordem social, esta não pode estar em contradição senão com a vontade do menor número possível de indivíduos.

Aderimos à necessidade de um fundamento axiológico. Sem este não se explicam nem o consentimento, nem a própria obrigatoriedade da decisão decorrente do voto.

E entendemos que ele se encontra na conexão de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa, de que ninguém conta mais do que os outros, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma, na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

III – A maioria não é fonte de verdade ou de justiça; é apenas forma de exercício de poder, ou meio de ação.

Não há, nem deixa de haver verdade nesta ou naquela opção política; há só (ou tem de se pressupor que haja) referência ao bem comum. Naturalmente, quando se suscitarem problemas de verdade, sejam quais forem – religiosos, morais, filosóficos, científicos ou técnicos – não cabe decisão de maioria.

Por outro lado, a decisão de maioria implica publicidade, não pode ter por objeto questões do foro privado. Tudo está, na prática, em saber deslindá-las.

IV – Tão pouco se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o conteúdo essencial da própria democracia representativa – mais especificamente, o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de alternâncias e de alternativas.

Democracia representativa não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.

V – As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respectivas estruturas constitucionais.

Sobre os direitos dos membros destas minorias à proteção contra quaisquer discriminações e à preservação da sua identidade não pode ainda incidir a decisão de maioria.

VI – A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder (do Estado aos municípios e a entidades infra e supramunicipais), por referência ou não a um princípio de subsidiariedade; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais

– que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais a crescer aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento não-de ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respetivos membros (*quorum*).

### 13. Democracia e Justiça Constitucional

I – Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.

À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramajoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema<sup>26</sup>.

II – Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicat os atos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente da República. Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem declarar a invalidade de atos com a força de lei. E por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tomam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares

<sup>26</sup> Sob o problema, v. *Manual ...*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, p. 142 e ss., e Autores citados.

do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos).

Num Tribunal Constitucional como o português ou em órgão homólogo (como o Supremo Tribunal Federal no Brasil) podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas, essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenômeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito. Donde, mais uma vez, Estado de Direito democrático ou Estado democrático de Direito.

#### **14. Os Valores da Democracia**

I – Qualquer forma de governo e qualquer regime político fundam-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem. Qualquer forma de governo e qualquer regime político liga-se a uma certa Constituição material no sentido atrás indicado.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (importa frisar de novo) a liberdade e a igualdade, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789, e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria.

II – É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

# O Contrato de Depósito – Influências do Direito Romano na Atual Sistemática do Direito Brasileiro

Leandro Navega\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Contrato de Depósito no Direito Romano. 2.1. O Contrato como Fonte das Obrigações no Direito Romano. 2.2. Origem do Depósito no Direito Romano. 2.3. O Conceito de Depósito no Direito Romano e Suas Principais Características. 2.4. Natureza do Contrato de Depósito. 2.5. Obrigações do Depositário. 2.5.1. Manter a Coisa sob a Sua Guarda. 2.5.2. Restituir a Coisa no Momento em que For Solicitado pelo Depositante. 2.5.3. Responder pela Perda ou Avaria da Coisa. 2.6. Situação do Depositante. 2.7. Tutela do Depositante e Depositário. 3. Depósitos Especiais. 3.1. Depósito Necessário (*Depositum Miserabile*). 3.2. Depósito Irregular. 3.3. Sequestro. Referências.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das origens romanistas do contrato de depósito e sua influência na atual normatização do Código Civil brasileiro. Serão analisados os principais elementos do Direito Romano na seara contratual, notadamente suas divisões e fundamentos históricos na teoria geral dos contratos, bem como no negócio jurídico escolhido para o aprofundamento, o depósito.

Antes de enfrentar tema de tal relevância do Direito Romano privado, faz-se mister examinar de maneira pormenorizada a importância do estudo do Direito Romano para a formação de um civilista e sua categorização como um dos pilares do direito privado.

O estudo vai analisar, portanto, as principais características do contrato de depósito no Direito Romano e suas influências no atual Código Civil Brasileiro. Ainda, serão examinados os principais dispositivos da legislação brasileira atinentes ao depósito, oportunidade em que se vai verificar as regras que guardam resquícios romanísticos no sistema jurídico.

É fato inequívoco que o Direito Romano da época clássica nunca se aprofundou na elaboração teórica de nenhum instituto, mas, ao contrário, foi essencialmente construído com alicerce na análise de casos em espécie, sobretudo através de pareceres de juristas e de decisões dos pretores. Não existia um ordenamento jurídico geral e abstrato anterior aos fatos, o que não retira a sua importância na influência das legislações de direito privado de vários ordenamentos, notadamente em face da

---

\* Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Membro do MPRJ. Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes.

sua capacidade de sistematização do direito. Apesar da grande evolução tecnológica da civilização no último século, o Direito Romano continua sendo a fonte material do Direito Moderno<sup>1</sup> de maior relevância.

O Direito Romano confere sentido ao futuro. A sua análise é imprescindível para qualquer civilista que tenha o propósito de conhecer o sistema de direito privado. "Sem a raiz de Roma e sem o enraizamento do Direito Romano não há possibilidade de um direito decifrável e compreensível no nosso caminho para a justiça, na luta pela sobrevivência da pessoa em cada homem"<sup>2</sup>.

O primeiro Código Civil Brasileiro foi elaborado por Clóvis Beviláqua em 1916, com vigência a partir do ano seguinte. O Novo Código Civil de 2002 trouxe profundas inovações no ordenamento brasileiro, com institutos modernos, cujo objetivo é adequar o direito privado aos anseios da sociedade. A inclusão desses novos mecanismos em uma legislação moderna não suprimiu as influências romanísticas, que permanecem claras na legislação brasileira.

Não existem dúvidas a respeito da grande influência do Direito Romano e do Direito Português no processo legislativo brasileiro. Santos Justo<sup>3</sup> aduz que a legislação brasileira se aproxima mais do Direito Romano do que o próprio ordenamento jurídico português. Salienta o renomado autor a existência de maior influência da tradição romanista portuguesa do que da sua própria legislação<sup>4</sup>.

O presente trabalho visa demonstrar as marcas do Direito Romano na normatização do contrato de depósito no Novo Código Civil, ratificando a ideia da importância do seu estudo para conhecer os fundamentos basilares da formação do *Código*.

## 2. Contrato de Depósito no Direito Romano

### 2.1. O Contrato como Fonte das Obrigações no Direito Romano

Antes de iniciar a análise minuciosa do contrato de depósito, é necessário examinar de maneira resumida conceitos e classificações prévias que permitam situar o negócio jurídico no contexto do estudo do direito privado romano.

<sup>1</sup> COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Codificação e Interpretação para além das visões reducionistas do direito: uma reflexão a partir do devir histórico da experiência jurídica romana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, ano XII, nº 73, 2011, p. 200.

<sup>2</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Por uma nova docência universitária do Direito. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Edição Especial. XI CONGRESSO INTERNACIONAL E XIV CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ROMANO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra, 2010, p. 19.

<sup>3</sup> JUSTO, Antônio Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, São Paulo: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 20, p. 3-14, 2001.

<sup>4</sup> Um dos exemplos conferidos pela doutrina refere-se ao tratamento dispensado pelos ordenamentos aos efeitos do contrato de venda e compra. No Código Civil brasileiro, o contrato de venda e compra não transfere, mas tão somente obriga a transferir a propriedade, ou seja, produz efeitos obrigacionais. Já no Direito Português, a constituição ou transferência de direitos reais dá-se por mero efeito do contrato, isto é, a compra e venda produz efeitos reais. Nesse aspecto verifica-se forte influência do Código Civil francês nos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1966, afastando-se claramente da tradição jurídica romana que exige a *traditio* na transmissão de bens, ainda que, por vezes, simbólica nos bens imóveis.

Segundo Moreira Alves, existem três classificações diferentes de obrigações no Direito Romano, sendo duas atribuídas a Gaio e uma às *Institutas*<sup>5</sup> de Justiniano. Com o fito de demonstrar que em todas as classificações os contratos eram tidos como fontes, vale a pena colacionar os textos, conforme tradução realizada<sup>6</sup>:

Gaio (*Institutas*, III, 88):

*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum suma diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto* (Agora, passemos às obrigações, cuja principal classificação é em duas espécies: toda obrigação ou nasce de contrato ou de delito.)

Gaio (*Libro secundo aureorum*) (D, XLIV, 7, 1, pr.):

*Obligationum aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex uariis causarum figuris* (As obrigações ou nascem de contrato ou delito ou, por certo direito próprio, de várias figuras de causas), e Justiniano (*Institutas*, III, 13,2).

*Sequens diuisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* (A divisão as classifica em quatro espécies: ou nascem de um contrato ou como de um contrato ou de um delito ou como de um delito).

Ao analisar as três classificações, verifica-se que o contrato figura como fonte em todas elas. As duas primeiras são atribuídas a Gaio, sendo a principal diferença entre a primeira (*Institutas*) e a segunda (*Libro secundo aureorum*) o fato de na última crescer-se uma nova fonte, um terceiro elemento genérico, continuando como ponto comum o delito e o contrato. Na verdade, desde a primeira classificação de Gaio existia grande dificuldade em explicar algumas obrigações que não fossem decorrentes de acordos de vontade ou do próprio delito.

Já na terceira classificação, a mais usada atualmente pelos autores romanistas, não existia a distinção entre *obligatio* (obrigação tutelada pelo *ius civile*) e *actione teneri* (obrigação tutelada pelo *ius honorarium*), uma vez que elas se fundiram na denominação genérica de *obligationes*. As fontes das obrigações passam a ser o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. A classificação é mais completa que a segunda fornecida por Gaio, principalmente em face de uma delimitação mais específica no tocante àquele terceiro elemento genérico proposto na segunda classificação. Ao especializar a divisão em quase-contrato e quase-delito em situações diferentes deixou de reunir em uma mesma fonte fatos jurídicos heterogêneos<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Mantemos (aqui) a designação "*Institutas*", por ser a utilizada pelo A. Segundo Sebastião Cruz, ela constitui, no entanto, "um galicismo" e, por isso, o termo latino "*institutiones*" deve ser traduzido por "*instituições*". CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I. Fontes, 4.ª ed. Coimbra: 1984. p. 364.

<sup>6</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14.ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 397/398.

<sup>7</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 399.

O Direito Romano ignorava os conceitos abstratos, inclusive os hoje atribuídos aos contratos, limitando-se a apresentar tipos determinados de contratos, que, em conformidade com o *ius civile*, podiam criar *obligationes*<sup>8</sup>.

## 2.2. Origem do Depósito no Direito Romano

O contrato de depósito teria sido criado no Direito Romano no momento em que a *fiducia cum amico* se tornou completamente inadequada para tutelar as necessidades do tráfico jurídico<sup>9</sup>. Questão bastante discutida pela doutrina é a forma da tutela desse negócio jurídico antes da previsão do depósito. Santos Justo defende que “a *fiducia cum amico* foi muito provavelmente, a figura jurídica a que os Romanos recorriam antes de a *iusprudentia* ter criado o *depositum*”<sup>10</sup>. Moreira Alves concorda com o renomado autor português e noticia que “usava-se, nos tempos primitivos, da figura da *fiducia cum amico*”<sup>11</sup>.

A utilização da *fiducia cum amico* com essa finalidade não é fato incontroverso na doutrina. Vieira Cura, ao analisar o tema, discorda do posicionamento dos autores retrocitados e afirma a existência de uma tutela penal do depósito, desde a Lei de XII Tábuas. Esse fato, na opinião do renomado autor, não pode deixar de ser considerado como forma de reconhecimento desse contrato, em uma época, saliente-se, que provavelmente não tinha surgido a *fiducia*.<sup>12</sup>

Em razão disso, reputa o Vieira Cura, acertadamente, ser mais bem fundada a tese do desenvolvimento ou aplicação paralela desses institutos, o que rejeita a possível filiação do depósito na *fiducia cum amico*<sup>13</sup>.

A doutrina dominante<sup>14</sup> sustenta que o contrato de depósito foi devidamente reconhecido por meio de uma *actio* penal, preconizada na Lei das XII Tábuas e reavivada por *Paulus* em PS II, 12, 11<sup>15</sup>. Moreira Alves também aduz que a Lei das XII Tábuas tratava do depositário infiel, conferindo contra ele uma *actio in duplum*, ou seja, uma ação que visava a condenação no dobro do valor da coisa dada em depósito<sup>16</sup>. O depósito era visto somente na perspectiva do furto, apesar da grande divergência existente sobre a natureza penal da ação acima citada<sup>17</sup>.

A jurisprudência, no início do principado, foi determinante para a inserção do depósito entre os *contractus* típicos, passando a ser tutelado por ações *in ius ex fide bona*, quais sejam: a *actio depositi directa*, concedida em favor do depositante, gerando

<sup>8</sup> JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 24.

<sup>9</sup> *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 32.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>11</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 491.

<sup>12</sup> CURA, António Alberto Vieira, “*Fiducia cum creditore*” – Aspectos gerais. Suplemento do BFDUC, Coimbra, v. XXXIV, p. 41, 1990.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 41/42.

<sup>14</sup> Nesse sentido: JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 33.

<sup>15</sup> “*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur*” – “Por causa de depósito, pela Lei das XII Tábuas é dada uma acção pelo duplo”. (*Ibidem*, p. 33.)

<sup>16</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 490/491.

<sup>17</sup> *Ibidem, loc. cit.*



para o depositário a infâmia, e a *actio depositi contraria*, beneficiando o depositário<sup>18</sup>. O fato de ser uma *actio bonae fidei* possibilita ao juiz uma análise mais abrangente do que a anterior *actio in factum* de direito estrito<sup>19</sup>.

### 2.3. O Conceito de Depósito no Direito Romano e Suas Principais Características

O depósito pode ser definido como um contrato real, bilateral imperfeito, gratuito e de boa-fé, no qual uma pessoa, chamada de depositante, entrega a outra, conhecida como depositário, uma *res* móvel para que a guarde e a restitua em prazo determinado ou quando o depositante o reclame<sup>20</sup>.

De acordo com a classificação romana, nos contratos reais exige-se para o seu aperfeiçoamento o acordo de vontade das partes contratantes e a realização de um acto material, a *datio* ou a *traditio* de uma coisa<sup>21</sup>. Diferem dessas espécies os contratos consensuais, caracterizados por bastar o acordo de vontades, manifestado de qualquer modo, sem forma determinada, para a sua validade, e dos contratos verbais e literais, nos quais se exige forma determinada para celebração do negócio<sup>22</sup>.

A natureza real do contrato de depósito é extraída da análise das *Institutiones* de Justiniano, l. 3, 14, 3<sup>23</sup>. Santos Justo aduz que na época clássica, nomeadamente nas *Institutiones* de Gaius, o depósito é omitido da categoria de contratos reais. O renomado autor atribui tal fato à não transferência da propriedade, como ocorre no *mutum* e na *indebiti solutio*. Acrescenta, ainda, que a sua consagração como contrato real, já no Direito Justinianeu, deve-se à descaracterização clássica de *datio* e à abrangência do significado conferido à *traditio*<sup>24</sup>.

A legislação brasileira, seguindo as influências do Direito Romano, confere ao contrato de depósito a natureza real. Esse negócio jurídico somente se perfaz com a efetiva *traditio* da coisa, conforme se extrai da exegese do artigo 627 do Código Civil Brasileiro.

A inexistência da tradição da coisa móvel, segundo a doutrina brasileira<sup>25</sup>, transforma a avença em verdadeira promessa de contratar, aplicando-se nesse caso

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 491/492.

<sup>19</sup> Santos Justo afirma que antes da fórmula *in ius concepta* é possível verificar uma fórmula *in factum* para tutelar os direitos do depositante. Cuida-se de uma ação de direito estrito. Assim sendo, a análise do juiz é restritiva, ou seja, “se provar condena, se não absolve” (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 35). Não se admitia nessas ações uma análise abrangente, como era permitida nas ações de boa-fé. O autor apresenta dois textos para demonstrar o tratamento anteriormente conferido. O primeiro de Ulpiano – *D. 16,3,1,1* – e o segundo de Gaius – 4,47. Em ambos é possível verificar que o magistrado estaria limitado pela natureza da ação, qual seja, de direito estrito. Essa natureza possibilitava que o julgador somente podia analisar se a *res* não havia sido restituída ao depositante por *dolus malus* do depositário. Não era permitida uma análise completa da atuação do depositário.

<sup>20</sup> JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 41.

<sup>21</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 481 e JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 33/34.

<sup>22</sup> JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 48.

<sup>23</sup> “*Praeter ea est is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepti resituenda tenetur*”. – “Ademais, também aquele em que se deposita alguma coisa fica obrigado por um contrato real e pela ação de depósito, sendo obrigado a devolver a mesma coisa que recebeu.” (*Ibidem*, p. 23.)

<sup>24</sup> *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 25.

<sup>25</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. III, p. 214.

os regimentos atinentes aos contratos preliminares preconizados nos artigos 462 e seguintes do Código Civil<sup>26</sup>; admite-se, inclusive, a tutela específica preconizada no artigo 464 do citado diploma legal<sup>27</sup>.

No Direito Romano uma das características essenciais do contrato de depósito é a sua gratuidade, conforme previsto claramente nas *Institutiones*, l. 3,26,13<sup>28</sup>. O pagamento desconfigurava por completo esse negócio jurídico, persistindo o contrato de locação. O pagamento é a principal diferença entre o *depositum* e a *locatio-conductio*.

Santos Justo, apesar de reconhecer a característica da gratuidade no depósito, visualiza a existência de alguns textos com referências, em algumas situações, de um *pretium depositu*<sup>29</sup>, conforme se verifica em D. 47,8,2,23-24<sup>30</sup>. Moreira Alves, na esteira do posicionamento do autor português, afirma que a gratuidade era elemento essencial no direito clássico, no entanto, admite que no Direito Justiniano existem textos aduzindo que o depositário deveria pagar uma quantia módica<sup>31</sup>.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a presunção de gratuidade do negócio jurídico, conforme previsto no artigo 628 do Código civilista. O citado dispositivo aduz que a presunção de gratuidade é elidida quando preconizada de forma diferente pelos contraentes, na hipótese de o contrato resultar de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão, diferindo nesse aspecto do tratamento conferido no Direito Romano. A gratuidade, apesar de continuar como regra no sistema, admite previsão em sentido contrário, perdendo a essencialidade caracterizada no sistema romano. A previsão da gratuidade como regra, por si só, demonstra um resquício de influência romanista nesse aspecto na legislação brasileira.

A maioria da doutrina brasileira critica o uso da presunção da gratuidade, verdadeiro resquício do Direito Romano previsto no artigo 628 do Novo Código Civil, pois ela não encontra

<sup>26</sup> O renomado jurista Serpa Lopes, ao interpretar o Código Civil de 1916, que nesse particular teve o regimento mantido pela nova codificação, reconhece a unanimidade doutrinária acerca da natureza real do contrato de depósito, entretanto, afirma a possibilidade do aperfeiçoamento apenas pelo consenso. Sustenta que nesse caso o depositante poderia exigir do depositário o recebimento da coisa em depósito (LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 4).

<sup>27</sup> As doutrinas brasileira e portuguesa vêm divergindo bastante acerca da possibilidade da tutela específica dos contratos preliminares gratuitos. O ponto nodal da divergência refere-se à compatibilidade da natureza da obrigação com a execução específica. O artigo 830º do Código Civil Português e o artigo 464 do Código Civil Brasileiro impedem a tutela específica dos chamados contratos-promessas quando a natureza das obrigações assumidas for incompatível com a execução específica. Em que pese os posicionamentos contrários, como, por exemplo, os de Ana Prata e Caio Mário da Silva Pereira, a melhor doutrina, em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, manifesta-se em prol da admissibilidade da tutela específica.

<sup>28</sup> “[...] *quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium. His casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.*” – “Naqueles casos em que por ter aceitado o encargo sem remuneração se contrai o mandato ou depósito, nos mesmos, intervindo remuneração, se entende que se contraiu uma locação-condução.” (JUSTO, Antonio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antonio Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 24.)

<sup>29</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>30</sup> “[...] *si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est et si cesset actio furti ob rem depositam [...]*” – “Se em relação à coisa depositada prometi também responder por culpa ou se recebi um preço do depósito, não como remuneração (*merces*), deve-se dizer com mais utilidade que, ainda que deixe de ter lugar a acção de furto pela coisa depositada [...]” (*Ibidem*, p. 25.)

<sup>31</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 492.

consonância com os fatos modernos da vida diária, porque a maioria das modalidades dos depósitos hoje existentes é remunerada, como por exemplo, guarda de automóveis em garagens, de vestuários em teatros, aluguel de cofres e valores, entre outros<sup>32</sup>.

O depósito é um contrato bilateral imperfeito<sup>33</sup>, porque as obrigações do depositante não surgem no momento da celebração do contrato, mas sim posteriormente. No Direito Romano a inserção do depósito entre os contratos bilaterais imperfeitos é ponto pacífico na doutrina. Na atualidade, a questão não se apresenta tão pacífica entre os autores brasileiros. Alguns doutrinadores<sup>34</sup> sustentam que o contrato é, em regra, unilateral, porque somente o depositário assume obrigações. E, caso no decorrer do contrato venham a nascer obrigações para o depositante – pagamento de despesas com a conservação da coisa –, ele passará a ser bilateral imperfeito. O posicionamento doutrinário em comento parte de uma premissa equivocada. A possibilidade do surgimento das obrigações, por si só, já denota que o contrato é bilateral imperfeito<sup>35</sup>.

A natureza *bonae fidei* do contrato de depósito no Direito Romano está pacificada na doutrina. Essa classificação utiliza como critério a ação que tutela o contrato. O contrato pode ser de boa-fé, aquele tutelado por ação de boa-fé, e de direito estrito (*stricti iuris*), no qual é assegurada a ação de direito estrito. A diferença entre as duas ações é que na primeira o juiz tem o campo de apreciação mais alargado – existe uma elasticidade maior nas obrigações, que alcançam os limites estabelecidos pela lealdade nos contratos –, ao passo que na segunda o magistrado está adstrito a julgar em conformidade estritamente com a fórmula, resultando de obrigações cujos limites estão predeterminados pelas partes de forma rígida<sup>36</sup>.

O objeto do depósito, por sua vez, é uma *res móvel* com individualidade própria<sup>37</sup>, conforme se verifica em D. 12, 1, 2pr.<sup>38</sup>. Nesse ponto, é possível verificar grande influência do Direito Romano na sistemática brasileira. O artigo 627 do Código Civil brasileiro aduz expressamente que, pelo depósito, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame. A exclusão dos imóveis não é regra aplicada em todos os ordenamentos jurídicos. O Direito Português, por exemplo, no artigo 1185.<sup>39</sup>, admite o depósito de bens imóveis, escapando da tradição romanista.

<sup>32</sup> Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 388.

<sup>33</sup> Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 491; e JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 41.

<sup>34</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7; e RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>35</sup> Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 388.

<sup>36</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, p. 477.

<sup>37</sup> JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 25.

<sup>38</sup> “*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.*” – “Damos em mútuo para receber não a mesma espécie que demos, pois de outro modo será comodato ou depósito, mas o mesmo gênero: porque se recebemos outro gênero, por exemplo, vinho por trigo, não será mútuo”. (*Ibidem*, p. 25.)

<sup>39</sup> Artigo 1185.º do Código Civil Português: “Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa móvel ou imóvel, para que guarde, e a restitua quando for exigida”.

Apesar de o artigo 627 do Código Civil Brasileiro mencionar somente a incidência do depósito sobre bens móveis, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm admitindo, notadamente nas hipóteses de depósito judicial e sequestro, a sua aplicação também aos imóveis. Caio Mário da Silva Pereira<sup>40</sup> aduz que o direito nacional admite a celebração do contrato de depósito de bens imóveis, consoante o previsto no artigo 17 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937<sup>41</sup>, e no artigo 666, inciso II, do Código de Processo Civil<sup>42</sup>. Ressalta, por fim, que a doutrina brasileira sempre teve muito preconceito em admitir o depósito de bens imóveis, influenciado pelo Código Civil Napoleônico<sup>43</sup>.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro permite verificar que ele se aproxima muito mais do Direito Romano do que, por exemplo, a legislação portuguesa. O Código Civil continua a preconizar como regra geral a inadmissibilidade do depósito de bens imóveis (*vide* artigo 627). A sua permissão é excepcional e somente pode ser admitida quando existir determinação legal nesse sentido. Já o Código Civil Português, no próprio conceito de depósito, permite que os bens móveis sejam objeto desse negócio jurídico, afastando-se, assim, das influências romanistas.

## 2.4. Natureza do Contrato de Depósito

O contrato de depósito, conforme já explicitado, é de natureza real, ou seja, a *traditio* é indispensável para o seu aperfeiçoamento. Com a *traditio*, o depositário torna-se detentor da *res* depositada. Segundo os ensinamentos de Santos Justo<sup>44</sup>, não pairam dúvidas nas fontes, conforme se verifica em Gaius 4, 153<sup>45</sup> e em D. 16, 3, 17, 1<sup>46</sup>. Diante desse fato, o depositário não goza dos *interdicta* possessórios, bem como não pode adquirir a propriedade por usucapião.

<sup>40</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – contratos*, p. 330.

<sup>41</sup> “Art. 17. Pagas todas as prestações do preço, é lícito ao compromitente requerer a intimação judicial do compromissário para, no prazo de trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura de compra e venda. Parágrafo único. Não sendo assinada a escritura nesse prazo, depositar-se-á o lote comprometido por conta e risco do compromissário, respondendo este pelas despesas judiciais e custas do depósito.”

O Decreto-Lei nº 58 de 1936 dispõe acerca do loteamento e a venda de terrenos para pagamentos em prestações. A Lei nº 6766 de 1979 regulamentou o parcelamento de solo urbano no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem como espécie o loteamento e o desmembramento. Inicialmente imaginou-se uma possível revogação do Decreto-Lei nº 58/36, entretanto, pacificou-se o entendimento no sentido de sua aplicação para os imóveis rurais, já que o artigo 1º da Lei nº 6766/76 preconiza expressamente a incidência da legislação somente em relação aos imóveis urbanos. (Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 526/527).

<sup>42</sup> “Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados:

[...]

II – em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos;

[...]”

<sup>43</sup> No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*, p. 387.

<sup>44</sup> JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 40.

<sup>45</sup> “[...] *per eos quoque, apud quos deposuerimus [...] ipsi possidere videmur; et hoc est, quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessionem*”. – “Também se estima que possuímos através daqueles a quem temos entregado em depósito [...] Isto é o que correntemente se expressa dizendo que de pode conservar a posse mediante alguém que tenha a coisa em nosso nome”. (*Ibidem, loc. cit.*)

<sup>46</sup> “*Rei depositae proprietates apud deponentem manent: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*”. – “A propriedade de uma coisa depositada permanece no depositante e também a posse, se não foi depositada num sequestrador”. (*Ibidem, p. 41.*)

## 2.5. Obrigações do Depositário

As obrigações do depositário são<sup>47</sup>: manter a coisa sob a sua guarda, restituir a coisa no momento em que for solicitada pelo depositante e responder pela perda ou avaria da coisa.

Cada uma dessas obrigações será abordada nos respectivos subitens a seguir.

### 2.5.1. Manter a Coisa sob a Sua Guarda

O dever de guarda significa que o depositário deve cuidar da *res* com a diligência e a vigilância necessárias em face da natureza e do destino econômico-social da coisa em questão.

O depositário não pode usá-la, sob pena de cometer o delito (privado) de furto de uso. O não uso é uma decorrência lógica do dever de guardar a coisa oriundo do tipo contratual. Essa ideia esteve presente tanto na época clássica como no direito de Justiniano<sup>48</sup>, conforme se extrai da análise dos textos Gaius 3, 196<sup>49</sup>, I. 4, 1, 6<sup>50</sup> e D. 16, 3, 29<sup>51</sup>.

O Direito Brasileiro, em conformidade com o esculpido no artigo 627 do Código Civil, considera a guarda uma obrigação precípua do depositário, sendo o uso da *res* vedado. A impossibilidade do uso da coisa constitui o ponto nodal que diferencia o contrato de depósito do comodato. É da natureza do depósito ser o negócio em benefício do depositante e não do depositário. A admissibilidade do uso da coisa acabaria por confundir o depósito e o próprio comodato<sup>52</sup>.

Uma questão interessante destacada pela romanística é a possibilidade de o depositário usar o bem de boa-fé, presumindo uma permissão do outro contraente, ou autorizado pelo depositante. Nessas duas situações ele não incorrerá no furto de uso. Na primeira situação existe, desde o início, um comodato, ao passo que na segunda o depósito é transformado em comodato. Diante disso, conclui-se que a *res* usada sem autorização do depositante configura um ato ilícito, ao passo que na situação de boa-fé ou com autorização do depositante estar-se-á diante de uma incompatibilidade com o depósito<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> A classificação das obrigações apontada é fornecida por Moreira Alves (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 491). Santos Justo utiliza uma delimitação diferenciada. O renomado autor divide as obrigações do depositário em: a) dever de custódia (guarda), que se subdivide em não uso e restituição; e b) as obrigações decorrentes da responsabilidade (JUSTO, Antônio Santos. *Op. cit.*, p. 41).

<sup>48</sup> JUSTO, Antônio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antônio Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 42.

<sup>49</sup> “*Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit*”. – “Assim, pois se alguém utiliza uma coisa que tem depositada em sua casa, comete furto”. (*Ibidem*, *loc. cit.*)

<sup>50</sup> “*Furtum autem fit non solum, cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generalititer cum quis alienam rem invito domini contractat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea res utatur*”. – “Há furto, não só quando alguém subtrai uma coisa do outro para se apropriar dela, mas também em geral, quando tem uma coisa contra a vontade do seu dono. Assim, quando o credor se serve da coisa que lhe foi dado em penhor ou o depositário, da que lhe foi confiada à sua custódia.” (*Ibidem*, *loc. cit.*)

<sup>51</sup> “*Si sacculum vel argentum signatum deposuer et is penes quem depositum fuit me invito contractaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*”. – “Se eu tivesse depositado uma bolsa ou prata selada e aquele em cujo poder se depositou as tiver usado contra a minha vontade, compete-me contra ele tanto a acção de depósito como a de furto.” (*Ibidem*, *loc. cit.*)

<sup>52</sup> Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 341; RODRIGUES, Silvío. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, p. 269.

<sup>53</sup> Nesse sentido: HERRERA, Ramón. *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito en Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. p. 1.422-1.428; e JUSTO, Antônio

## 2.5.2. Restituir a Coisa no Momento em que For Solicitado pelo Depositante

Saliente-se que essa devolução deve ser feita da mesma forma que foi recebida, sem qualquer deterioração<sup>54</sup>, e acrescida de todos os frutos que a coisa produziu durante o período em que esteve depositada<sup>55</sup>. A restituição independe de *pactum* expresso nesse sentido, porque tem a sua causa na *datio rei*.

A doutrina visualiza que o dever de restituir deve ser desdobrado em quatro elementos: a) quem deve restituir; b) a quem restituir; c) onde restituir; e d) quando restituir<sup>56</sup>.

O dever de restituir compete ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, que é por essência o depositário.

O negócio jurídico, como já afirmado, é previsto em benefício do depositante; logo, a doutrina brasileira sustenta que a devolução deverá ocorrer com a simples solicitação, *ad nutum*. Mesmo na hipótese de fixação de termo, basta o requerimento para a sua restituição, uma vez que ele funciona sempre a favor do depositante.<sup>57</sup>

Essa conclusão também é encontrada em diversos textos do Direito Romano, conforme se verifica em D. 16, 3, 1, 16<sup>58</sup>.

O sujeito ativo do contrato é o depositante; logo a restituição, em regra, deve ser feita para ele. A doutrina brasileira, entretanto, admite a devolução para seu representante legal ou convencional. Além disso, o artigo 632 do Código Civil permite a celebração do contrato e depósito em favor de terceiro.

Santos Justo<sup>59</sup> admite que, no Direito Romano, a *res* seja restituída a um terceiro, possibilitando que seja utilizada por ele a *actio depositi*. Essa conclusão é referida por Paulus em D. 16, 3, 26<sup>60</sup>.

---

Santos. *O depósito no direito romano* – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 42.

<sup>54</sup> D. 16,3,1,16: “*Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*”. – “Se se devolver deteriorada a coisa depositada, pode intentar-se acção de depósito, como não se tiver devolvido; porque quando se devolve deteriorada, pode dizer-se que não foi devolvida por dolo mau”. (*Ibidem*, p. 43.)

<sup>55</sup> D. 16,3,1,24: “*Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat*”. – “E por isto deve dizer-se que se compreendem nesta acção (*actio depositi bonae fidei*) não só os frutos e toda a causa, mas também os partos, de sorte que pode dizer-se que a coisa não se restitua nua”. (*Ibidem*, *loc. cit.*)

<sup>56</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – contratos. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 334.

<sup>57</sup> Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p.367.

<sup>58</sup> “*Si res deposita deterior reddatur, quae non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*”. – “Se se devolver a coisa depositada, pode intentar-se a acção de depósito, como se não tiver devolvido; porque quando se devolve deteriorada, pode-se dizer que não foi devolvida por dolo mau”. (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano* – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 57.)

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>60</sup> “*Publia Maevia cum profisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei: cum sana salvave venero, restitues, mihi: certe, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi defuncta ea intestata deisdero res commendate cui restitui debeant, filio an marito. Paulus respondit filio*”. – “Ao pôr-se a caminho para ir aonde estava o seu marido, Púbia Mévia depositou em Caio Seia uma arca fechada com roupa e instrumentos, e disse-lhe: quando regressar salva e sã, restituir-mos-ás, mas se verdadeiramente me tiver sobrevivido a morte, restitui-los-ás ao meu filho que tive de outro marido. Tendo falecido sem testar, pergunto: a quem deverão restituir-se as coisas depositadas, ao filho ou ao marido? Paulo respondeu: ao filho.” (*Ibidem*, p. 58.)

Rotondi, citado por Santos Justo, aduz que é possível a ação ser utilizada por um terceiro que não é nem o depositante nem o seu herdeiro. O renomado autor suscita uma possível estrutura translativa<sup>61</sup>.

O artigo 631 do Código Civil preconiza que o bem deve ser devolvido, em rigor, no local convencionado ou, no silêncio, no local do depósito. A regra no Direito Romano é que a devolução deve ser realizada no local onde o bem se encontra, salvo se houve pactuação em sentido contrário, conforme se refere Pomponius em D. 16, 3, 12pr.<sup>62</sup>.

O depósito não gozava, no Direito Justiniano, do direito de retenção, conforme se verifica em C. 4, 34, 11<sup>63</sup>. A compensação e a possibilidade de qualquer *exceptio* também estão ausentes, de acordo com o que se observa nesse passo do *Codex* e em I. 4, 6, 30<sup>64</sup>. Isso demonstra claramente a importância do dever de restituição no contrato de depósito. Paschal Pichonnaz aduz que a proibição da compensação somente ocorreu em Justiniano e apenas para situações específicas – nomeadamente na *actio depositi directa* na qual a coisa ainda existe ou foi destruída<sup>65</sup>.

### 2.5.3. Responder pela Perda ou Avaria da Coisa

A última obrigação do depositário refere-se à responsabilidade sobre a *res*. Nesse aspecto é imprescindível uma diferenciação temporal. Na época clássica a responsabilização do depositário dependia de uma conduta dolosa, entendimento praticamente unânime na romanística<sup>66</sup>, ao passo que no Direito Justiniano o pressuposto é o dolo ou a *culpa lata*<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> O renomado autor apresenta dois textos para fundamentar o seu posicionamento: D. 16,3,1,22 – “*Est autem et apud Iulianum [...] scriptum eum qui rem deposuit statim agree: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non redda*”. – “Mas acha-se escrito também em Juliano [...] que quem depositou uma coisa pode intentar desde logo a acção de depósito; porque, por isto mesmo, obra com dolo quem a recebeu, por não a devolver a quem reclama a coisa” e D.16,3,1,46 – “*Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate*”. – “Por conseguinte, também se eu tiver depositado de modo que me seja devolvida depois da minha morte, não só eu, mas também o meu herdeiro poderemos intentar a acção de depósito [...]” (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 53).

<sup>62</sup> “*Depositum eo loco restitui debet in quo dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest*”. – “O depósito deve ser restituído no local em que se encontra, sem dolo malo daquele em que se depositou; e nada importa onde se depositou”. (*Ibidem, loc. cit.*)

<sup>63</sup> *Idem. Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 42.

<sup>64</sup> *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 46.

<sup>65</sup> PICHONNAZ, Pascal. L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, 3.ª série XLVI, p. 393-425, 1999. Disponível em: <www.2.ulg.ac.be/vinitor/rida>. Acesso em: 19 de maio de 2012.

<sup>66</sup> Santos Justo cita duas fontes para confirmar o seu posicionamento: Gaius, 3,207: “*Sed is apud aem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*”. – “Mas a quem foi entregue uma coisa em depósito não responde por custódia; tão só ficaria obrigado a ela se faz algo na coisa com dolo mau”; 48 e D. 16,3,1,47: “*Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, na teneatur, et quia dolo non fecit, non tenebitur de re*”. – “Mas como nesta acção se compreende somente o dolo, perguntou-se se o herdeiro, que vendeu uma coisa dada em depósito ou em comodato ao testador, se obrigará ignorando que estava depositada ou dada em comodato. E como não actuou com dolo, não se obrigará em relação a coisa”. (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 48).

<sup>67</sup> Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 492.

Em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, a teor do artigo 642 do Código Civil, o depositário responde por culpa ou dolo, somente admitindo a sua exclusão caso comprove a ocorrência de força maior. A legislação não distinguiu o depósito gratuito do oneroso, estipulando o mesmo regramento para ambas as hipóteses<sup>68</sup>.

Na exegese do artigo 642 do Código Civil exsurgem duas questões bastante interessantes que a doutrina brasileira vem discutindo. A primeira refere-se à possibilidade de a responsabilidade civil do depositário ser objetiva, e a segunda diz respeito à omissão do legislador no tocante ao caso fortuito.

A doutrina dominante sustenta que a natureza da responsabilidade civil é contratual e subjetiva. O emprego da expressão força maior não transformou a responsabilidade em objetiva. Caso o legislador desejasse, deveria ter feito menção expressa. A exegese da citada expressão também deve abranger o caso fortuito<sup>69</sup>. Saliente-se que a diferenciação entre caso fortuito e força maior gera grandes embates na doutrina brasileira, chegando alguns a considerá-los sinônimos<sup>70</sup>.

O caso fortuito, no Direito Romano, também é caso de exclusão da responsabilidade civil, independentemente de se a *res* está em poder do depositário ou do depositante<sup>71</sup>.

A doutrina romanística aduz que o depositário pode: a) exigir do depositante o reembolso das despesas realizadas com o objetivo de conservar o bem depositado; b) demandar o depositante com o fito de exigir a reparação dos danos ocorridos em face da *res* depositada, nomeadamente na hipótese de escravo com vício de roubar; c) ser ressarcido das despesas com o transporte, na hipótese de ter sido acordada a restituição em local diverso daquele em que a *res* se encontrava depositada<sup>72</sup>.

## 2.6. Situação do Depositante

O contrato de depósito, conforme já explanado neste trabalho, é bilateral imperfeito. O simples exame da sua estrutura enseja a conclusão de que nem sempre surgem obrigações para o depositante. Em regra, a esfera jurídica do depositário é maior do que a do próprio depositante, o qual, após a entrega da *res*, tem poucas obrigações. Já em relação ao depositário, que tem a detenção do bem objeto do contrato, as obrigações e responsabilidades são maiores.

Assim sendo, podem-se caracterizar como obrigações do depositante no Direito Romano: a) o pagamento das despesas com o transporte da *res* quando sua restituição, em face de pactuação, for realizada em local distinto daquele em que o bem se encontrava; b) ressarcimento dos danos causados pela *res*<sup>73</sup>; c) ressarcimento das despesas necessárias.

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, p. 394.

<sup>69</sup> Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 401.

<sup>70</sup> Nesse sentido: STOCOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 65.

<sup>71</sup> Nesse sentido: JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 51.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>73</sup> Nesse caso, segundo Santos Justo, não seria mais necessária a incidência de uma *culpa lata*, como se verifica no caso do depositário, mas sim de uma *culpa levis (in abstracto)* (JUSTO, António Santos. O depósito



## 2.7. Tutela do Depositante e Depositário

O Direito Romano tutelava o depositante por intermédio da *actio depositi* e o depositário através da *actio depositi contraria*. Mas, além dessas ações, persistia a *actio in factum* criada pelo pretor.<sup>74</sup>

É possível que a *actio depositi* seja intentada em face de qualquer dos depositários, em razão da solidariedade que vigorava no Direito Justinianeu.<sup>75</sup> A eventual condenação do depositário ensejava a nota de *infamia*.<sup>76</sup>

Saliente-se que a possibilidade da *actio depositi* não excluía a propositura de outras demandas<sup>77</sup> caso o depositante fosse, também, proprietário da *res* – por exemplo: a *rei vindicatio*, a *actio exhibitoria* e a *actio furti*<sup>78</sup>

Na atualidade, o ordenamento jurídico brasileiro permite a propositura de uma ação de depósito, entretanto, os objetivos são um pouco diferentes e se aplicam somente a obrigações de natureza civil.

A questão que vem gerando muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileiras é a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, admitida pelo artigo 5º LXVII da Constituição Federal. A legislação infraconstitucional acompanha a previsão da Lei Maior, também permitindo a prisão do depositário, conforme se verifica da leitura do artigo 652 do Código Civil e do artigo 902 do Código de Processo Civil. Os citados regramentos eram totalmente incompatíveis com o Pacto de São José da Costa Rica, que proibia, no artigo 7º, a prisão civil por dívidas.

Em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal (STF), pautado no argumento que os tratados internacionais eram internalizados com *status* de lei infraconstitucional, decidiu pela aplicação do dispositivo constitucional, admitindo a prisão do depositário infiel.

no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 53).

<sup>74</sup> ALVES, José Carlos Moreira, ob. citada, p. 493-494.

<sup>75</sup> D. 45,2.9pr.: *Eandem rem duos pariter deposuit utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione, conductione, deposito, comodato...* – “Depositem a mesma coisa em poder de dois depositários, fiando-me solidariamente nos dois ou deixei-lhes em comodato a mesma coisa de igual maneira: tornam-se promitentes solidários, porque (a solidariedade surge) não só das palavras da estipulação, mas também de outros contratos, como a compra e venda, a locação, o depósito, o comodato...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 55).

<sup>76</sup> I.4,16,2: *“Ex quibus iudicis damnati ignominiosi fiunt, veluti (...) depositi, directis non contrariis actionibus...”* – “Em algumas ações, a condenação leva consigo a infâmia, tais como (...) o depositário (nas ações) directas, mas não contrárias...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 10).

<sup>77</sup> C 4,34,1: *“...Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desisiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.”* – “...Mas se a pretexto de latrocinio cometido ou de outro acidente fortuito, as coisas não forem restituídas, estando em poder do herdeiro ou que, com dolo, deixou de possuir, compete acção de depósito, assim como a de exibição e também a reivindicação da coisa...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 55).

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 55.

No dia 3 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-SP, a Corte Constitucional reviu seu posicionamento e, por maioria de votos, pôs fim à prisão civil do depositário infiel. O fundamento da decisão foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Lei Maior, conferindo valor de emenda constitucional ao tratado que fora aprovado com *quórum* qualificado nas duas Casas Legislativas.

Diante do exposto, hoje não é mais possível a prisão civil do depositário infiel, devendo o artigo 652 do Código Civil ser interpretado em conformidade com o texto constitucional.

O depositário podia utilizar a *actio depositi contraria*, que permitia a obtenção do ressarcimento dos danos causados pelo bem, a indenização das despesas necessárias e daquelas realizadas com o consentimento do depositante.

O direito de retenção, mecanismo atualmente preconizado pelo artigo 644 do Código Civil, pode ser definido como a faculdade concedida pela lei ao credor de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detém legitimamente, além da época em que já deveria restituir e só não o fez em razão de possuir um crédito. Esse direito, em rigor, persiste até a extinção desse crédito. Recorde-se que o citado instituto foi afastado do Direito Justiniano.<sup>79</sup>

Uma questão bastante interessante é saber a real natureza do direito de retenção, ou seja, aferir se é um direito real ou pessoal. Os direitos reais são *numerus clausus*, sendo o seu rol taxativo. Nesse ponto, a legislação não elencou o direito de retenção entre os direitos reais. Note-se, ainda, que existem certas características típicas dos direitos reais, como oponibilidade *erga omnes*, sequela e preferência, que não estão presentes no direito de retenção<sup>80</sup>.

### 3. Depósitos Especiais

O Direito Romano preconizava, além da figura do depósito regular, já abordado neste estudo, outras três espécies de depósitos, chamados de especiais: a) o depósito necessário, também denominado miserável; b) o depósito irregular; c) e o sequestro<sup>81</sup>.

#### 3.1. Depósito Necessário (*Depositum Miserabile*)

O depósito necessário é o depósito forçado, feito em situações excepcionais, nas quais é totalmente impossível, em razão do momento fático, a livre escolha do depositário. Nessas situações a liberdade de escolha com fundamento na confiança fica obstada (D. 16, 3, 1, 2<sup>82</sup>). A ocorrência de alguma calamidade, pública ou privada,

<sup>79</sup> O direito de retenção no Direito Romano foi analisado na página 18 do presente trabalho.

<sup>80</sup> Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 407; LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*, p. 160.

<sup>81</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 493.

<sup>82</sup> "*Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendente, non ex voluntate proficiscentem*" – "O pretor separou com razão estas causas de depósito que contêm uma causa fortuita de depositar, a qual deriva da necessidade e não da vontade".

como incêndio, naufrágio ou desabamento, possibilita a incidência desse tipo de depósito especial (D. 16, 3, 1, 1<sup>83</sup> e D. 16, 3, 1, 3<sup>84</sup>).

Ele foi acolhido pela legislação brasileira no artigo 647 do Código Civil, e a doutrina o divide em: a) depósito necessário legal – aquele que decorre de determinação legal – e depósito necessário miserável – celebrado em razão de uma situação imprevista<sup>85</sup>.

Esse depósito especial apresenta um caráter de menor liberdade das partes. O efeito da necessidade em que se encontra o proprietário não retira a liberdade de consentimento das partes contratantes<sup>86</sup>. Na sistemática da legislação civil, em conformidade com o previsto no artigo 651 do Código Civil, no depósito necessário, diferente do que ocorre no voluntário, a gratuidade não se presume. Esse fato decorre da maior aproximação do contrato com o negócio jurídico de prestação de serviços.

### 3.2. Depósito Irregular

Entende-se por depósito irregular o contrato mediante o qual alguém transfere a propriedade de uma coisa fungível a outrem, que se obriga a restituir, quando solicitado, coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade.

Moreira Alves aduz que o caso mais frequente desse contrato em Roma era o depósito bancário, no qual o banqueiro recebia o dinheiro em depósito e se obrigava a devolvê-lo com juros. É verdade que por muito tempo alguns juristas clássicos, influenciados pelo mundo helênico, não consideravam esse negócio jurídico como depósito, mas sim o mútuo. No Direito Justiniano o contrato é considerado de depósito e os juros passam a ser celebrados mediante um pacto anexo<sup>87</sup>.

A discussão originada em Roma continua ensejando um grande embate na doutrina brasileira. O artigo 645 do Código Civil prevê que o depósito de coisas fungíveis, no qual o depositário se obriga a restituir a *res* de mesmo gênero, quantidade e qualidade, terá aplicadas as regras do mútuo.

A análise do dispositivo permite verificar que o legislador, ao mesmo tempo em que conferiu natureza de depósito a esse negócio jurídico, optou, somente no tocante à aplicação das regras, por utilizar a normatização do mútuo. O citado regramento, que repetiu o disposto no artigo 1.280 do Código Civil de 1916, vem originando posições doutrinárias diferentes.

<sup>83</sup> *"Praetor ait: 'Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum [...]'"* – "Diz o pretor: 'Pelo que tiver sido depositado, se não for por causa de tumulto, de incêndio, de desabamento ou de naufrágio, darei acção pelo valor simples 'da coisa'; mas se se deposita por alguma das causas acima referidas, darei acção pelo dobro 'do valor da coisa' [...]".

<sup>84</sup> *"Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum"* – "Há de entender-se que deposita por tumulto, incêndio ou pelas demais causas 'referidas' aquele que não tem outra causa de depositar além do risco iminente pelas causas acima indicadas".

<sup>85</sup> Maria Helena Diniz acresce uma nova espécie de depósito na classificação fornecida pela doutrina clássica: o depósito do hospedeiro ou hoteleiro (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 315).

<sup>86</sup> Nesse sentido: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. XVIII, p. 80/81.

<sup>87</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 494.

Teresa Lopez<sup>88</sup> aduz que existem dois posicionamentos sobre o tema. Clóvis Beviláqua defende que há uma completa absorção de um instituto pelo outro<sup>89</sup>. Serpa Lopes, na esteira dos ensinamentos de Teixeira de Freitas, sustenta que os institutos são diferentes. Apesar de o depósito irregular seguir as regras do mútuo, na essência os institutos são diversos, residindo a principal diferença no objetivo do prazo. No mútuo, o prazo corre em benefício do devedor (mutuário) e não do credor (mutuante), ao passo que no depósito, o prazo corre em benefício do depositante. A despeito de adotar esse posicionamento, no tocante ao depósito bancário, Serpa Lopes afirma a inequívoca intenção das partes em realizar um empréstimo, notadamente em face dos juros convencionados<sup>90</sup>.

### 3.3. Sequestro

O sequestro configura-se quando duas ou mais pessoas entregam a *res* em depósito a outrem, para que esse entregue o bem à pessoa que estiver em determinada situação. Em rigor, o sequestro é usado quando existe litígio e os contraentes optam em dar o bem em depósito para um terceiro, que terá a obrigação de entregar a *res* para o vencedor da demanda. *Paulus* oferece uma explicação em D. 16, 3, 6<sup>91</sup>.

A *iusprudentia* apresenta algumas diferenças em relação ao *sequestum*: a) a entrega da *res* por vários depositantes para ser guardada e restituída posteriormente; b) a *possessio ad interdicta* – e não a mera detenção; c) a possibilidade de o *sequester* – terceiro a quem foi confiado a *res* em depósito – solicitar ao pretor que se desobrigasse antes do prazo previsto<sup>92</sup>.

A romanística dividia o sequestro em duas modalidades: a) o voluntário – realizado em face do acordo de vários depositantes (D. 4, 3, 9, 3); b) e o judicial – feito por ordem do juiz que escolhe o depositário (D. 10, 2, 5).

A doutrina costuma compreender na dogmática do contrato de depósito o sequestro judicial. Alguns ordenamentos disciplinam o sequestro no Código Civil, entretanto, a legislação brasileira optou por normatizá-lo no Código de Processo Civil, notadamente nos artigos 822 e seguintes.

O instituto previsto na legislação processual não se confunde com o sequestro voluntário, instituto com origens romanísticas. Por ele entende-se o negócio no qual os contratantes ajustam o depósito de uma coisa litigiosa, em mãos de terceiro, até o desfecho da ação, com uma cláusula determinando a restituição do bem para o

<sup>88</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 411.

<sup>89</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7ª tir. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 1958. v. V, p. 390.

<sup>90</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, p. 305.

<sup>91</sup> “*Proprie autem in sequestre es depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.*” – “Mas propriamente se depositou em sequestro o que por muitos se entrega solidariamente com certa condição para ser guardada e restituída.” (JUSTO, Antônio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antônio Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 64.)

<sup>92</sup> *Idem*. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 44.

vencedor da demanda. Algumas legislações estrangeiras, como o Código Civil Italiano, artigo 1.798, e o Código Civil Francês, artigo 1.956, preveem expressamente o instituto. A legislação brasileira não o normatizou, entretanto, é possível a sua celebração levando-se em conta o princípio da autonomia da vontade e aplicando-se, nesse caso, as regras do depósito voluntário<sup>93</sup>.

### Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7ª tir. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 1958. v. V.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Codificação e Interpretação para além das visões reducionistas do direito: uma reflexão a partir do devir histórico da experiência jurídica romana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, ano XII, nº 73, 2011, p.200.
- CURA, Antonio Alberto Vieira. *Fiducia cum creditore – Aspectos gerais. Suplemento do BFDUC*, Coimbra, v. XXXIV, p.1-285, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- HERRERA, Ramón. *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito en Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988.
- JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*. Lisboa: Coimbra, 2010.
- JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- JUSTO, António Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, São Paulo: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 20, 2001. p. 3/14.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 4.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.
- PICHONNAZ, Pascal. L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, 3ª série XLVI, p.393-425, 1999. Disponível em: <[www.2.ulg.ac.be/vinitor/rida](http://www.2.ulg.ac.be/vinitor/rida)>. Acesso em: 19 maio 2012.

<sup>93</sup> Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – contratos*, p. 341.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Por uma nova docência universitária do Direito. *In*: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Edição Especial. PRIMEIRO CONGRESSO DE DIREITO ROMANO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. XVIII.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. III.

VENOSA, Silvio de Sá. *Direito Civil – Direitos Reais*, 5ª Edição, São Paulo, Atlas, 2005, v. IV.

# O Próximo Passo – a Economia dos Contratos e a Aplicabilidade de Normas de Integridade em Contratações de Empresas Estatais

Leonardo Cuña de Souza\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Os Contratos do Setor Público e a Teoria Econômica. 3. Problemas para Efetiva Aplicação da Lei (*Enforcement*). 4. Os Custos de Fiscalização do Contrato. 5. Bom Governo. 6. Caráter Regulatório da Licitação. 7. Políticas de Integridade. 8. O Sistema de Garantias nas Contratações de Empresas Estatais como Mecanismo de Incentivo à Adoção de Programas de Integridade. 9. Conclusões. Bibliografia.

## Resumo

Desde a redemocratização, o Brasil assiste a um processo de abertura e de transparência institucional para enfrentar reiterados e crescentes casos de desvio de recursos públicos. Entre estas, a Lei nº 12.846/13 responsabiliza empresas administrativa e civilmente pessoas por atos contra a administração pública e a Lei nº 13.303/2016 estabelece marco legal para as empresas estatais. O uso destas ferramentas legais deve levar em conta os aspectos não somente jurídicos, como também os econômicos do fenômeno da corrupção pública, para proporcionar uma análise mais completa de seus aspectos.

## Abstract

*Since redemocratization, Brazil has witnessed a process of openness and institutional transparency to face repeated and growing cases of misuse of public resources. Among these, Federal Law 12.846/13 is held companies responsible for acts against public administration and Federal Law 13303/2016 establishes legal framework for state-owned companies. The use of these legal tools should take into account not only legal but also the economic aspects of the phenomenon of public corruption, to provide a more complete analysis of its aspects.*

---

\* Mestre em Análise Econômica do Direito pela *Universidad Complutense* de Madrid. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV-RJ. Pós-graduado no Curso Superior de Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra. Membro do MPRJ.

## 1. Introdução

O desvio de recursos e o recebimento de benesses em razão da função pública consistem em um dos mais elevados graus de apropriação do interesse público para benefícios privados. Desde a redemocratização, o Brasil vem assistindo a um processo de abertura e de transparência institucional que vem pondo à vista aspectos de nossa formação histórica.

Corrupção não é coisa nova entre nós, sempre existiu de um modo ou de outro. Contra ela se tem reclamado desde que o Brasil é Brasil. É difícil dizer se ela tem aumentado ou diminuído. Aumentaram, sem dúvida, as oportunidades de corrupção ativa e passiva por ter crescido o tamanho do Estado, cujos recursos em empregos, dinheiro, contratos, privilégios, são o principal alvo dos malfeitores. É também possível localizar no período militar parcela da responsabilidade. Boa parte dos políticos de hoje se formou durante aqueles anos, quando a impunidade era generalizada em decorrência do bloqueio da oposição política e do amordaçamento da opinião pública contra os desvios de conduta dos políticos, fato que, acoplado à liberdade de imprensa e ao aumento da escolaridade, pode ter tornado a corrupção mais visível<sup>1</sup>.

A partir da promulgação da Constituição da República (1988), assistimos a uma sucessão de leis que buscam reforçar a necessidade de observância dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. São exemplos a Lei de Improbidade Administrativa, de 1992 (Lei nº 8429/1992); a Lei da Ficha Limpa em 2010 (Lei Complementar 135/2010, que alterou a LC nº 64/1990); a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e, mais recentemente, a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção – embora seu escopo não se restrinja ao combate à corrupção.

Como se vê, o legislador brasileiro, impulsionado no mais das vezes por pressões externas<sup>2</sup>, vem criando um sistema legal de persecução aos atos de corrupção e desvio de recursos como forma de cumprimento do comando constitucional. Paralelamente a isso, os órgãos de controle vêm se aparelhando para o desempenho dessas funções e para a aplicação desse arcabouço normativo.

Outra lei publicada sob o impacto de fortes eventos na sociedade foi a recente Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o ordenamento jurídico das empresas estatais. Grande parte dela fala sobre o procedimento licitatório nessas empresas, que tem

<sup>1</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21ª ed., 2016, p. 235.

<sup>2</sup> A Lei da Ficha Limpa é fruto de coleta de mais de 1,3 milhão de assinaturas encaminhadas à Câmara dos Deputados pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, enquanto a Lei Anticorrupção foi aprovada no clamor dos gigantescos movimentos de massa que tomaram o Brasil em meados de junho de 2013, como uma tentativa da classe política de responder a parte dos clamores populares.



tratamento específico, de acordo com o art. 173 da Constituição da República<sup>3</sup>. A elaboração e a aprovação dessa lei adquiriram impulso a partir da trama de escândalos de corrupção que se tornou pública a partir da denominada “Operação Lava-Jato”, que desvendou delitos de corrupção no seio da empresa estatal PETROBRAS S.A.

Antes dessa lei, as licitações promovidas pela estatal se guiavam pela Lei nº 9.478/1997, cujo art. 67 exigiu procedimento simplificado, remetendo, a decreto do Presidente da República, a competência regulatória. Com isso, o Decreto nº 2.745/1998 estabeleceu o procedimento, mas sem que a mencionada lei tivesse previsto qualquer baliza substancial sobre o tema, dando ao Poder Executivo ampla margem de discricionariedade para regulamentação.

A necessidade de fixar normas substanciais para os contratos das empresas estatais vai ao encontro do entendimento de organizações não governamentais dedicadas à gestão pública transparente, como a Contas Abertas. Segundo a entidade observou já no ano de 2006<sup>4</sup>, as denúncias de corrupção no Governo Federal disseram respeito a desvios em empresas estatais e fundos de pensão, como os Correios e o Banco do Brasil, cujos orçamentos superam o do Governo e não são divulgados nem acompanhados pela sociedade. Teria havido uma migração da corrupção, do governo central, para tais empresas.

A partir deste quadro, indaga-se sobre os limites e as possibilidades de se integrar esse sistema complexo de normas que se entrelaçam para buscar maior eficiência para prevenir e combater a corrupção. Note-se, a propósito, que não se trata de mero discurso moralista. A corrupção disseminada pode ter efeitos sistêmicos no tecido econômico, impedindo a realização de negócios que poderiam gerar ganhos sociais<sup>5</sup>.

Ao mesmo tempo, a colusão entre agentes públicos e privados em procedimentos concorrenciais cria barreiras à entrada de novos agentes no mercado, que poderiam prestar o mesmo serviço a custos mais baixos.

<sup>3</sup> Embora esteja dito, no art. 97 da citada Lei, que entrará em vigor na data de sua publicação (D.O.U. de 1º jun. 2016), o art. 91 estabelece que as estatais constituídas anteriormente à vigência da Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação. O §3º dispõe que permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no *caput* (ou seja, 24 meses).

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/3419>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>5</sup> “(...) corrupção não existe por si só, corrupção é um fenômeno que necessita de oportunidades e incentivos para que representantes do Estado e da sociedade cooperem entre si transacionando ilegalmente. (...) Aqui está a principal contribuição dos modelos microeconômicos: tratar corrupção como consequência antes de ser causa. Como consequência, o fenômeno da corrupção possui seus determinantes e, entre os principais determinantes, os modelos microeconômicos (...) destacam dois fatores: primeiro, corrupção é afetada negativamente pela possibilidade de concorrência na oferta do bem público e, segundo, corrupção é afetada positivamente pelo potencial de lucro que o produto ou serviço desejado gera. (...) As empresas nacionais, conhecedoras do potencial adicional de lucro que estas políticas podem gerar, tem o incentivo necessário para usar de práticas corruptas como forma de garantir o acesso ao benefício da lei. Isto é dizer que o avanço das funções do Estado, ao elevar o grau de regulamentação estatal da economia, gera privilégios a alguns que são pagos por outros. (...) Como consequência destes incentivos, corrupção mostrou ser um redutor do crescimento econômico agindo, porém, com diferentes graus de intensidade. (...) A existência de corrupção endógena estimulou a redução dos investimentos privados e do consumo das famílias, ocasionando uma queda na renda do Brasil.” (CARRARO, André *et al.* *O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período 1994-1998*. Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2006, p. 14-15).

Pesquisas empíricas transnacionais demonstram que a corrupção associa-se a níveis mais baixos de investimento, produtividade e crescimento e que a corrupção desencoraja tanto as entradas de capital como o investimento direto estrangeiro (Mauro 1995, Wei 2000, Graf Lambsdorff 2007: 71-79, 100-107). A corrupção reduz a eficácia das políticas industriais e encoraja as empresas a operar no setor informal, violando as leis fiscais e regulatórias (Ades & Di Tella 1997, Kaufmann 1997). Os países altamente corruptos tendem a gastar menos com a educação, para sobreinvestirem em infraestrutura pública, e a terem níveis mais baixos de qualidade ambiental (Mauro 1998, Esty & Porter 2002, Tanzi & Davoodi 2002). Em geral, a corrupção reduz a legitimidade percebida dos governos democráticos (Anderson & Tverdova 2003, Seligson 2006). Naturalmente, pode-se questionar a qualidade dos dados sobre corrupção, bem como o sentido da seta causal. A corrupção causa esses resultados, ou a corrupção é o resultado dessas condições subjacentes? Parece provável que a causalidade vá nos dois sentidos<sup>6</sup>.

## 2. Os Contratos do Setor Público e a Teoria Econômica

A questão sobre os contratos e as possibilidades de acordos corruptos entre agentes públicos e privados em razão dessas contratações assume maior relevância a partir da ideia de governo por contrato (*government by contract*), que supera o de governo por hierarquia administrativa em diversos campos da Administração Pública<sup>7</sup>.

No Brasil, a contratualização da gestão pública tem seguido o mesmo caminho, não somente pela ampliação das delegações de serviços públicos. Os últimos anos viram parcerias com agentes privados até mesmo em áreas antes tidas como exclusivas de órgãos públicos da Administração Direta. Enquanto a gestão de hospitais tem sido apoiada em parcerias com organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público, até mesmo a gestão de florestas pode ser contratualizada (Lei Federal nº 11.284/2006).

Nesse sentido, do ponto de vista econômico, os termos de um contrato não cobrem minuciosamente todas as circunstâncias que podem ocorrer durante a relação entre as partes. Com isso, os acordos não trazem todas as melhores soluções para

<sup>6</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*. Annual Review of Law and Social Science, vol. 6, p. 217-238, 2010.

<sup>7</sup> "(...) las razones de mayor peso son las que tienen que ver con la eficacia administrativa y con tendencias privatizadoras de la Nueva Gestión Pública. Por un lado, se considera que la acción de la Administración será más eficaz y encontrará menor resistencia o conflictividad si ha sido negociada y pactada previamente con sus destinatarios. Por otro, se entiende necesario sustituir la gestión directa de servicios y actividades administrativas por una gestión indirecta contratada con empresas privadas o particulares, no sólo en el ámbito tradicional de las obras públicas, los servicios públicos y los suministros, sino en muchos otros campos, que van desde la consultoría y la asesoría técnica, económica o jurídica, a tareas de seguridad y vigilancia, de resolución de conflictos (mediación y arbitraje), de control y auditoría, de fomento de la investigación o de financiación de infraestructuras, tradicionalmente asumidas en primera persona por la Administración". (MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo*. Parte General. 8ª ed. Madrid: Editorial Anaya, 2012, p. 580).

cada circunstância que elas venham a enfrentar.<sup>8</sup> Portanto, diz-se que os contratos são incompletos, o que se nota de forma especial naqueles de execução diferida ou de execução continuada, em que a ligação entre os contratantes não se encerra de maneira imediata – como nas vendas à vista.

Mesmo se fosse possível considerar todas as circunstâncias, desenhá-las completamente requereria negociações mútuas e sucessivas, incrementando os custos de transação da etapa pré-contratual<sup>9</sup>. E o fato é que, muitas vezes, às partes não é conveniente, considerando tais custos, estabelecer a solução para alguns riscos considerados remotos, no momento da assinatura<sup>10</sup>.

Assim, sujeitos plenamente racionais redigiriam contratos perfeitos, se tais custos fossem nulos, situação na qual o contrato distribuiria a cada parte o que a ela tivesse mais valor e cada risco se assinalaria à parte que o pudesse assumir ao custo mais baixo. Nesse caso, teríamos uma matriz de riscos perfeita, mas o fato é que os contratos são incompletos, porque os indivíduos não são racionais e os custos de transação não são nulos<sup>11</sup>.

Neste sentido, Williamson<sup>12</sup> traz a ideia de “contrato marco” (*contract as framework*), desenvolvida por Karl Llewellyn nos anos 1930, pela qual o contrato proporciona um marco que não indica com precisão todas as relações em que as partes trabalharão. Ele é um guia para casos de dúvida, uma indicação aproximada em torno da qual tais relações variam. O contrato será, assim, uma norma que ajuda a delimitar as posições de ameaça entre as partes, em caso de inadimplemento.

No âmbito dos contratos do setor público, tais questões não são tão problemáticas na fase pré-contratual, pois, de regra, as partes (o Estado e o particular) não negociam diretamente para contratar. Desta forma, mais relevante que observar o contrato *de per se*, é olhar para a relação contratual, a economia do longo prazo. É em tal relação, em que as partes perseguem seus interesses, que as regras formais, muitas vezes, falham em controlar comportamentos desviantes.

<sup>8</sup> “Las limitaciones cognitivas de los contratantes, los costos de transacción que dificultan o impiden la adopción de acuerdos, así como la asimetría de información entre las partes y, en su caso, entre éstas y posibles observadores externos que deben resolver sobre el contrato, hacen que los contratos – incluso aquéllos que vinculan a contratantes expertos y sofisticados – no puedan anticipar todas las circunstancias o contingencias que podrían afectar a la relación contractual en el futuro, ni ofrecer, para cada una de ellas, la mejor solución para el excedente contractual conjunto” (POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili (2010). *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*. Disponível em: [www.indret.com/pdf/719\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/719_es.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016).

<sup>9</sup> “En realidad, en las negociaciones las partes tienen que sufragar gastos en los que se incurre a lo largo de todo el proceso de negociación; por tanto, el excedente de la negociación va disminuyendo a cada ronda” (CABRILLO, Francisco; FRITZPATRIK, Sean. *La Economía de la Administración de Justicia*. Madrid: Editorial Aranzis S., 2011. p. 201).

<sup>10</sup> Por exemplo, em contrato para a construção civil, não é muito útil estabelecer *a priori* qual a melhor solução para toda e qualquer eventual escassez de oferta de cada material utilizado, ou como devem as partes proceder se o construtor encontra pedras preciosas no subterrâneo do terreno.

<sup>11</sup> “In many cases, individuals make pretty bad decisions – decisions they would not have made if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. [edição eletrônica Kindle] EUA: Penguin Books, 2009.

<sup>12</sup> WILLIAMSON, Oliver. *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: [www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html). Acesso em: 21 nov. 2016.

Com efeito, muitos desses contratos são classificados como “contratos relacionais” (*relational contracts*): não se pode especificar nem prever por completo os comportamentos relevantes das partes no momento de sua assinatura<sup>13</sup>. O contrato não pode divisar todas as casualidades futuras nem as melhores soluções.

Assim, nas relações contratuais de longo prazo de contratos privados, as partes não se fiam tanto nas regras formais, rígidas e limitadas, para garantir a cooperação. Os mecanismos informais, como a reputação, a amizade, o parentesco ou a religião, são mais eficientes para tal fim<sup>14</sup>. Especialmente porque relações permanentes geram jogos repetidos que estimulam a cooperação<sup>15</sup>.

Sem embargo, considerando que recursos públicos estão em jogo, os gestores e os contratados não têm como estabelecer relações informais entre si para garantir o adimplemento contratual. A teoria econômica apresenta alguns problemas que podem não ser solucionados satisfatoriamente pelo Direito.

### 3. Problemas para Efetiva Aplicação da Lei (*Enforcement*)

Segundo Becker e Stigler<sup>16</sup>, um dos problemas da análise normativa ou positiva do Direito é tomar como certo que as leis serão aplicadas de fato. No mundo real, o *enforcement* depende de muitos fatores, como o grau de honestidade dos agentes executores e a própria estrutura de incentivos a comportamentos honestos. No caso de contratos públicos, a execução da lei é até mais difícil, pela ausência de uma vítima concreta interessada na punição dos violadores.

Fenômeno reiteradamente encontrado nesses contratos é o da informação assimétrica, campo fértil para comportamentos oportunistas. Em geral, as partes detêm informações distintas sobre a transação, o que é comum em contratações públicas porque, quando o poder público decide contratar, seus agentes não têm conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem o mercado.

De fato, obter informação tem custos, e o benefício marginal de continuar a busca de informação pode não ser compensatório, pois em muitas ocasiões é difícil ter acesso a ela. Além da dificuldade natural de acesso a informações completas, uma

<sup>13</sup> “En esta clase de contratos, la incertidumbre jugará un papel muy importante sobre determinadas variables económicas (demanda, costos, situación competitiva) y de negocio y, asimismo, sobre los comportamientos denominados “de confianza” (actitudes cooperativas, esfuerzo de promoción, mantenimiento de patrones de calidad intangibles, etc.), cuyo cumplimiento o incumplimiento será difícilmente verificable por un juez o un árbitro, o controlable mediante normas o procedimientos jurídicos, si bien ello no impedirá el recurso a otros remedios alternativos a los previstos en el Derecho de contratos frente al incumplimiento (por ejemplo, la inclusión de cláusulas que reducen los beneficios, e incrementan los costos, de la parte que se desvía del modelo del comportamiento cooperativo, entre otros)”. (POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili. *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*. 2009. Disponível em: [www.indret.com/pdf/719\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/719_es.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016).

<sup>14</sup> MACLEOD, Bentley W. Reputations, relationships, and contract enforcement. *Journal of economic literature*. vol. 45, nº 3, p. 595-628, 2007.

<sup>15</sup> Em jogos repetidos, a tendência é de ganhos líquidos mais baixos por trair a cooperação e rendimentos individuais mais elevados quando os jogadores cooperam e baixos lucros individuais quando não o fazem.

<sup>16</sup> BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Nº 1 (Jan., 1974). 1974, p. 1-18.

parte pode omitir informação da outra; ou então ambas podem contratar com base na mesma informação equivocada ou em diferentes informações erradas. Assim, as decisões condicionam-se à incerteza, por força da informação disponível e do momento em que são tomadas.

Por isso, a informação será assimétrica, porque nem o Estado nem o contratado têm toda a informação necessária. Da parte do poder público, não se pode exigir de burocratas encarregados de redigir um contrato de gestão de hospital o conhecimento completo sobre o mercado de provisão de cada insumo. Muitas questões são tão específicas que só empresários com experiência na atividade podem conhecê-las, e alterações no mercado podem originar mudanças no equilíbrio econômico do contrato.

A seu turno, o participante de um processo de licitação não sabe quais são os interesses reais ou a “agenda oculta” do grupo político que está no poder quando assina o contrato (a não ser que já esteja mancomunado com eles). Ao fim, pode ser que tais interesses originem pressões políticas para alterações contratuais custosas, quando a empresa já tenha assumido custos irrecuperáveis, o que geraria a necessidade de renegociações do contrato, quando não se podem cumprir seus termos.

Enquanto muitos países começaram a adotar modelos de gestão de serviços públicos baseados em associações com agentes privados, tenham ou não a forma contratual, a literatura aponta reiterados pleitos de renegociação contratual, frequentemente forçados por comportamentos oportunistas dos agentes privados, valendo-se de sua posição para retardar a execução<sup>17</sup>.

A situação se torna mais intrincada nos países em desenvolvimento, nos quais o ambiente institucional se caracteriza por incapacidade regulatória dos agentes públicos, o que facilita sua captura<sup>18</sup>. De tal maneira, a contratação original, resultante de um processo competitivo, passa a não ser o ponto mais relevante, e os contratos se tornam mais lucrativos depois de adjudicados, quando as pressões para a transparência e a concorrência não estão mais tão presentes.

A respeito do tema, Maurício Portugal Ribeiro se manifesta quanto ao “falso cumprimento de contratos”, quando empresas se sagram vencedoras em contratos de concessões por preços muito baixos, ao que se segue uma incapacidade do concessionário de investir no serviço e uma péssima qualidade no serviço prestado ao usuário.

Em meados de 2011, a discussão em torno do descumprimento dos contratos de concessão dos 7 lotes de 2007 levou o TCU a realizar uma auditoria no contrato de concessão relativo às rodovias BR-101/SC

<sup>17</sup> VERMA, Sandeep. *Dispute Resolution in Public Contracts: Lessons from Select International Best Practices* (May 19, 2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2267056](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267056). Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>18</sup> Captura regulatória ocorre quando os grupos de interesse fortes influenciam as decisões e ações do órgão público, cujas decisões servem mais aos interesses desses grupos que ao interesse público. A ideia foi introduzida na teoria econômica moderna por Stigler (1971): um grupo econômico pode usar o poder público para obter ganhos privados, inclusive de forma mais eficiente do que por monopólio ou integração vertical para criar barreiras à entrada.

e BR-116/376/PR, no trecho entre Florianópolis e Curitiba (processo TC 005.534/2011-9). Essa auditoria documentou uma série de descumprimentos dos contratos e levantou suspeitas sobre a leniência e conivência de agentes públicos responsáveis pela fiscalização, que além de não aplicarem as multas devidas, ainda promoveram aumentos indevidos das tarifas.

(...)

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes, e esse parece ser o caso do Brasil, o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador, e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a fazer os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do contrato, usando muitas vezes, vezes marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo, e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços<sup>19</sup>.

Outra situação comum no Brasil é consequência da informação assimétrica: há anos, os tribunais de contas detectam o chamado “jogo de planilhas”, praticado por empresas licitantes que desejam obter rendimentos maiores depois de adjudicado o contrato. Há variantes nessa estratégia, mas, em geral, ocorre da seguinte forma: em licitações para aquisição de bens ou serviços cujo preço é composto por diversos itens, licitantes praticam preços abaixo dos de mercado para alguns e muito mais altos para outros. Durante a execução, o contratado poderá forçar a criação de circunstâncias que gerariam a necessidade de aditamento no contrato que abranja apenas os itens mais caros, ocorrendo, ao final, gasto muito maior com o contrato.

<sup>19</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Licitações devem cortar incapazes de prestar serviço*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/mauricio-ribeiro-licitacoes-cortar-incapazes-prestar-servico>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Ao estabelecer essa diferença de preços unitários<sup>20</sup>, o contratado ganha a concorrência, propondo valor total abaixo dos de outros competidores, mas a situação final pode se tornar mais desfavorável em comparação com outras propostas, durante a relação contratual<sup>21</sup>.

Em geral, o poder público, que conduz o processo de concorrência e determina os preços máximos dos bens ou serviços que deseja contratar, não conhece o mercado de maneira tão completa como as empresas licitantes. Esse espaço de ignorância dá azo a comportamentos oportunistas ou acordos corruptos.

Desta forma, o ambiente contratual é fecundo para comportamentos oportunistas, devido a barreiras à entrada e a custos irrecuperáveis. Normalmente são visíveis, mas uma vez realizados, devem ser deixados de lado quando as decisões econômicas são tomadas. Isso conduz a renegociações, que implicam despesas. Tais comportamentos ocorrem com mais frequência quando o processo de renegociação é puramente bilateral, ou seja, não conta com a intervenção de um ente regulador<sup>22</sup>.

Um impulso para comportamentos oportunistas pode ser encontrado como resultado da seleção adversa. Trata-se de uma das falhas de mercado criada pela informação assimétrica que se verifica antes da transação, quando as decisões de troca de um indivíduo informado dependem de informações que apenas ele possui, de maneira que elas afetam de modo antagônico os participantes não informados. Por essa falha de mercado, vendem-se produtos de diferentes qualidades a um único preço, e assim, o produto de baixa qualidade é vendido em quantidade superior ao de boa qualidade<sup>23</sup>.

Corolário desta falha de mercado se verifica após os processos de licitação, pois os preços ofertados pelos licitantes<sup>24</sup> são o critério objetivo mais seguro para seleção – nem sempre usado com exclusividade. Daí que quem tem preços superiores

<sup>20</sup> “De fato, os argumentos preliminares dos responsáveis pela obra não afastaram a suspeita levantada pela Secex/CE de que houve uma ‘conta de chegada’ ou um ‘jogo de planilha’, isto é, uma combinação nos itens constantes da planilha de preços do licitante vencedor, para que, posteriormente, o item com o maior valor unitário sofresse um aumento drástico em seu quantitativo, mediante aditivo ao contrato original, o que representaria um ganho extra, não previsto no edital da licitação, tomando, por efeito, a proposta da vencedora menos vantajosa para a Administração.” (Tribunal de Contas da União – Acórdão nº 1.56312009, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho).

<sup>21</sup> CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055012.PDF>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>22</sup> “In bilateral negotiations agents can engage in opportunistic behaviors more easily, and problems with information asymmetry are more acute” (CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructures*. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476). Acesso em: 21 nov. 2016).

<sup>23</sup> A pesquisa de George Akerlof (1970) é comumente lembrada: os automóveis usados são vendidos por muito menos do que os novos, por causa da informação assimétrica acerca de sua qualidade, pois o vendedor sabe muito mais que o possível comprador. Ao fim, os bens de má qualidade expulsam do mercado os de boa, porque os compradores não podem identificar a qualidade antes de comprar.

<sup>24</sup> “De lo que se trata, en todo caso, es de adjudicar la oferta económicamente más ventajosa. Ahora bien, ese concepto, extraído del Derecho comunitario, remite a los criterios de selección establecidos en el pliego de cláusulas y en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, conforme a la Ley. El criterio puede ser sólo uno, en cuyo caso será el del precio más bajo (...). Lo normal es, sin embargo, que los pliegos establezcan una pluralidad de criterios de selección (...). Tales criterios (...) pueden ser además del precio, la calidad, la fórmula de revisión de las retribuciones, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de ciertas exigencias sociales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”. (Morón, *op. cit.* p. 616).

à média não ingressará na licitação, ou oferecerá preços menores. Ao longo do cumprimento contratual, pode se ver tentado a adotar comportamentos oportunistas: buscando revisão contratual ou entregando serviços ou produtos com qualidade ou em quantidade inferiores ao contratado.

Depois de oferecer cotações não lucrativas, o particular pode buscar a ineficiência dos mecanismos de controle da execução contratual para obter lucros que não receberia. Pode também, em casos mais sérios, cooptar agentes públicos encarregados do controle dos contratos para manter baixos níveis de adimplemento contratual e em seguida repartir os lucros da operação.

Entretanto, relações corruptas não provocam prejuízos apenas por causa dos valores em si desviados dos cofres públicos. Elas causam, por si só, custos de transação mais altos do que as relações formais. A corrupção compreende acordos implícitos, informais e não vinculantes, que buscam criar raízes na relação de longo prazo entre os agentes público e privado. As partes podem se utilizar de relações já estabelecidas, para entrar em colusões ou tratos corruptos.

Como anota Lambsdorff<sup>25</sup>, há um aspecto formal que vincula os agentes (o contrato), que abre a possibilidade de sanções contratuais. Com isso, os participantes podem manejar ameaças de sanções para fazer cumprir um acordo corrupto oculto. Ademais, eles podem reduzir os custos, porque já se conhecem, ampliando o alcance do negócio jurídico para incluir medidas tratadas em acordos clandestinamente corruptos.

#### 4. Os Custos de Fiscalização do Contrato

Em um cenário de contratos necessariamente incompletos, as partes não têm capacidade de detectar com precisão todas as situações que gerariam seu descumprimento. A solução intuitivamente mais clara seria aumentar os instrumentos para fiscalizar e controlar os contratos.

De fato, é preciso que haja melhores controles interno e externo, mas o controle e a fiscalização não são gratuitos. E, mesmo em uma situação hipoteticamente ideal, em que todos os mecanismos de controle funcionem perfeitamente, algumas falhas ou inadimplementos pontuais passarão “abaixo do radar”.

Portanto, o desenvolvimento de contratos públicos deve considerar os custos de controle do cumprimento: a manutenção de estruturas burocráticas para verificar se o particular desempenha suas funções corretamente, condição necessária para o pagamento. Como ensinam Becker e Stigler<sup>26</sup>, restrições orçamentárias também limitam o *enforcement*.

Ademais, nem sempre o desenho destas estruturas de controle considera os custos para o contribuinte. Se é correto investir para aperfeiçoar o controle de gastos

<sup>25</sup> LAMBSDORFF, Johan Graf. *Institutional Economics of Corruption and Reform*. N. York: Cambridge University Press, 2007, p. 215-6.

<sup>26</sup> BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Nº 1 (Jan., 1974). 1974.



públicos, tal investimento não pode extrapolar eventuais benefícios. Como Williamson aponta, a evolução da economia dos custos de transação não foi seguida na análise de políticas públicas, especialmente no planejamento dos órgãos<sup>27</sup>. A escolha de propósitos políticos imediatos se dá em detrimento da correta avaliação da eficiência e de possíveis alternativas (e.g., o excessivo gasto na agência de segurança nacional, NSA).

Veja-se o caso do controle externo exercido pelos tribunais de contas, previsto nos arts. 70 a 75 da Constituição. De acordo com estudo da organização Transparência Brasil, em alguns estados, o orçamento total da corte de contas se equipara ao da respectiva Assembleia Legislativa. Relativamente ao orçamento total dos Estados, a relação varia de 0,3% a 1,9%, sendo que Roraima e Mato Grosso têm quase 2% de seus orçamentos reservados para seus tribunais de contas<sup>28</sup>.

Não se nega a necessidade de medidas que aumentem os níveis de controle e de fiscalização. Muitas vezes, no entanto, é questionável se tal investimento efetivamente seria aprovado em uma análise custo-benefício.

## 5. Bom Governo

O escopo de obter mais eficiência na relação contratual entre agente privado e o Estado implica não só considerar problemas de interpretação do Direito, como também atentar para o efetivo comportamento dos agentes.

Por um lado, a ideia de incrementar a supervisão sobre os funcionários não impede colusões entre estes e os particulares, para repartir os lucros espúrios originados de contratos total ou parcialmente adimplidos. Tampouco a criação de órgãos externos de controle evita totalmente a colusão entre o próprio órgão supervisor e o agente público. Como apontam Anerchiarico e Jacobs<sup>29</sup>, a experiência da cidade de Nova York indica que as medidas de controle nas contratações não foram suficientes para afastar o desperdício de recursos ao longo da execução contratual.

Por outro lado, tendência comum das políticas sobre o tema é enfatizar o incremento dos mecanismos de publicidade ativa dos atos de gestão no serviço público, isto é, adotar ampla transparência. A crença é a de que os cidadãos devem conhecer a forma como se tomam as decisões, o manejo dos recursos públicos e os critérios pelos quais atuam os agentes e as instituições. Permitir amplo acesso à informação pública resultaria em melhores instituições, através de maior supervisão, redundando em um Estado mais eficiente e eficaz.

A política de transparência e Direito de acesso à informação pública não é nova, já que está contemplada em diretivas da União Europeia e prevista na maioria

<sup>27</sup> WILLIAMSON, Oliver (2009). *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: [www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html).

<sup>28</sup> Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>29</sup> ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 123-138.

de seus Estados-Membros. No Brasil, foi publicada a Lei nº 12.527/11, chamada Lei de Acesso à Informação, que dispõe sobre os mecanismos que possibilitam a todo cidadão ter conhecimento de informações de interesse público.

A Lei cria procedimentos para garantir o direito de acesso à informação, tendo a publicidade como regra e o segredo como exceção, para desenvolver o controle social da gestão pública. Também impõe obrigações de publicidade ativa, independentemente das solicitações de acesso, e de uso dos meios de comunicação com emprego de ferramentas tecnológicas. Leis com a mesma política foram aprovadas em muitos outros países da América do Sul.

Antes disso, a Lei Complementar nº 131/2009 acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disponibilizem, em tempo real, informações pormenorizadas sobre sua execução orçamentária e financeira.

Não raro, aferra-se à crença de que a transparência, por si só, melhora a gestão pública, levando à adoção de princípios éticos pelos gestores públicos, acarretando uma boa gestão pública.

A lógica é que, retirado o sigilo, governos mudarão e governantes serão mais honestos. Pressupõe-se que, se as pessoas souberem o que se passa, poderão agir. É o mesmo tipo de política pregada por organismos internacionais, como a Transparência Internacional, que propõe a prestação de contas sobre fundos públicos como política “de tamanho único” para quase todos os problemas mundiais, desde a gestão pública às mudanças climáticas<sup>30</sup>.

Seguramente, é pressuposto da democracia que os governados saibam como agem seus governantes. Mas há seus contrapontos. Por um lado, o excesso de informação dificulta a comunicação. Por outro, a melhor maneira de ocultar uma informação é deixá-la plenamente visível a todos, e ao mesmo tempo oculta sob uma montanha de informações distintas. Uma das formas mais eficientes de desinformar as pessoas é inundá-las com informação, especialmente em temas de política.

Em consequência, em frente a uma gama alta de informações, o cidadão pode, ao invés de eleger determinado curso político, simplesmente omitir-se. As pessoas tomam boas decisões quando possuem experiência, boa informação e podem ter o imediato *feedback*. Fora destes contextos, suas decisões não são as melhores<sup>31</sup>.

Políticas de transparência são importantes, mas pressupõem o controle sobre os funcionários e a esperança de que seria suficiente manter o *big brother* sobre os burocratas para que melhorasse sua *performance*. Mas o incremento da transparência não resulta por si só em menos corrupção.

<sup>30</sup> Veja-se, que, no informe global sobre corrupção, a entidade predica pautas para impedir que a corrupção frustre as medidas sobre o câmbio climático e instam governos, organizações internacionais, empresas e sociedade civil a assegurar a boa governabilidade da política climática. Disponível em: [http://www.transparencia.org.es/INDICES\\_GLOBAL\\_DE\\_LA\\_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202010/Aspectos%20m%C3%A1s%20destacados%20del%20Informe%20Global%202010.pdf](http://www.transparencia.org.es/INDICES_GLOBAL_DE_LA_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202010/Aspectos%20m%C3%A1s%20destacados%20del%20Informe%20Global%202010.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>31</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*

Veja-se o exemplo de um contrato de obra pública: se o cidadão sabe quantos metros cúbicos de concreto se aplicarão na construção de uma ponte, pode verificar se os preços foram os de mercado, mas não saberá se toda aquela quantidade paga foi efetivamente entregue. Sem embargo, se há alguma colusão entre o particular contratado e um agente público, o fato de que todas as especificações do contrato tenham se tornado públicas é até mesmo um argumento a favor dos próprios corruptos, quando enfrentam contestações.

Portanto, introduzir transparência não altera a realidade de que cada contrato tem custos de transação específicos, especialmente ao longo da relação contratual, na forma de custos de controle (*enforcement*), dos quais não se cogita quando se projeta a contratação.

Ademais, o *enforcement* posterior, levado a cabo por órgãos externos, não tem a mesma eficácia em todos os casos. Com efeito, é possível realizar auditoria para comprovar se os preços aplicados eram compatíveis com os de mercado, como igualmente é viável evidenciar se o processo de licitação seguiu as normas que tutelam a competitividade. Porém, uma vez prestado o serviço, como sabê-lo?

Por exemplo, em agosto de 2011, a Polícia Federal descobriu um esquema que fraudava convênios relativos a recursos destinados à formação turística no estado do Amapá<sup>32</sup>. Os desvios se davam mediante simulação de cursos de qualificação profissional. Para detectar a fraude, o órgão de controle externo não tem meios para demonstrar se um grupo particular de pessoas, de fato, foi ou não formado pela entidade contratada. No caso, foi necessário programar entrevistas com os supostos instrutores, verificar a quantidade de horas de formação, mas sempre é difícil alcançar 100% de segurança sobre o valor desviado.

## 6. Caráter Regulatório da Licitação

Como visto, os problemas em que se envolvem as contratações públicas podem levar a ambientes nos quais conluios entre agentes públicos e privados degeneram em desvios de conduta. É fato que o incremento dos instrumentos de controle interno e externo pode levar à detecção e prevenção de fraudes. Ao mesmo tempo, a ampliação do acesso à informação é necessária e importante, mas não é a panaceia universal.

Nesse sentido, os órgãos de controle são eles mesmos estruturas burocráticas, sujeitas às mesmas falhas de todas as demais do Estado. Ao mesmo tempo, há limites na ampliação da publicidade no que tange a empresas estatais, mormente aquelas dedicadas à exploração de atividades econômicas em igualdade de condições com os demais agentes privados (art. 173, §1º, II, da Constituição). Por vezes, a publicidade pode implicar divulgação de certas estratégias da empresa no mercado.

---

<sup>32</sup> Até o final deste trabalho, ainda não havia decisão judicial definitiva sobre o caso, que chegou a ser remetido ao Supremo Tribunal Federal, pois um dos envolvidos elegeu-se deputado federal (ação penal originária 712, de 2013), tendo baixado posteriormente à Justiça Federal do Amapá, ainda sem sentença (0009983- 84.2011.4.01.3100 - 4ª Vara Federal de Macapá).

Com efeito, devem-se buscar formas de se enfrentar desvios de conduta na fase pré-contratual, quando, de regra, não há negociação entre as partes quanto ao conteúdo da avença. Assim, pode-se utilizar a própria licitação como instrumento de regulação do mercado, pois não é incomum o Estado usar seu poder de contratar para privilegiar determinados valores ou promover agendas específicas, sendo ele um dos principais compradores no mercado. A propósito, as lições de Marcos Juruena Villela Souto:

Ao definir o formato do contrato desejado, de modo a possibilitar julgamento objetivo (fruto da necessidade de tratamento isonômico), a Administração exerce seu “poder de contratação” (muitas vezes chamado de “poder de compra”) para regular o mercado. Essa discricionariedade na formação do edital envolve o exercício de uma competência regulatória, pois interfere na estrutura do mercado, devendo ser técnica, já que os aspectos políticos são definidos em leis ou em tratados internacionais<sup>33</sup>.

Assim, a proposta mais vantajosa para a Administração não se restringe àquela que oferece o menor preço, sendo possível restringir a competição em favor de outros valores. Foi com o espírito de fomentar as microempresas e empresas de pequeno porte, por exemplo, que se editou a Lei Complementar nº 123/2006, que estendeu tratamento diferenciado a elas em licitações públicas.

A citada lei instituiu três alterações no sistema licitatório em favor de micro e pequenas empresas: (a) a regularidade fiscal deve ser comprovada no momento de assinatura do contrato (arts. 42 e 43); (b) cria-se um “empate fictício”, ou margem de preferência que reequilibra os valores das propostas (arts. 44 e 45); e (c) possibilidade de procedimentos licitatórios diferenciados para essas empresas para fomentar o desenvolvimento local ou regional (arts. 47 a 49).

No mesmo sentido, a Lei nº 13.303/2016 também exprime esse poder regulatório do Estado por meio da contratação, quando, em seu art. 32, §1º, diz que as licitações e os contratos devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

<sup>33</sup> SOUTO, Marcus Juruena Villela Souto. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 291.

IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI – acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Duvidoso, nesse ponto, é se a proposta mais vantajosa poderia incluir também a adoção de programas de integridade por parte do particular contratado. Ainda mais porque os requisitos de habilitação estão previstos taxativamente no art. 58 da lei.

Nesse ponto, é importante notar que os requisitos de qualificação e habilitação de concorrentes em certames públicos devem estar especificados na lei que, consoante a Constituição, art. 37, XXI, só pode exigir requisitos de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Difícil, assim, sustentar uma exigência dispensável ao cumprimento da obrigação, ainda que seja expressa em lei.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela inconstitucionalidade de exigências não indispensáveis, pois afrontaria o princípio da isonomia impor exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações<sup>34</sup>.

Existe algum espaço para que as empresas estatais exijam programas de integridade das empresas com quem venham a contratar? A resposta parece ser positiva: a integração dos sistemas de combate e prevenção de desvios pode estar na busca da adesão voluntária dos agentes econômicos e, nos termos da própria lei, há espaço para tanto.

Antes, é necessária e pertinente uma rápida explicação sobre o sistema de prevenção à corrupção, criado pela lei de 2013.

## **7. Políticas de Integridade**

A Lei nº 12.856/2013 trouxe a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas cujos agentes tenham se envolvido em prática de atos de corrupção, com um sistema de responsabilização administrativa e judicial de empresas envolvidas em tais condutas. O sistema visa a coibir não somente atos de corrupção, como também atos lesivos à Administração Pública em geral.

A norma atende a compromissos assumidos dentro da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada em 31 de outubro 2003 e aprovada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Relativamente ao setor privado, a convenção dispõe nesses termos:

<sup>34</sup> ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJ de 19-12-2007.

Artigo 12 – Setor Privado – 1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

A lei prevê dois grupos de sanções, que não se excluem: (i) as aplicáveis pelas autoridades administrativas e (ii) as restritas à autoridade judicial. Ademais, tais sanções judiciais não excluem as penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa nem os ilícitos alcançados pelas normas sobre licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 30).

Ao disciplinar a responsabilização administrativa e o respectivo processo sancionador, o art. 7º prevê elementos de gradação para a aplicação das penas administrativas de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, I e II). Neste diapasão, certas variáveis devem ser consideradas quando da aplicação da pena, de acordo com extenso rol<sup>35</sup>.

Para fins da presente análise, tem relevo o art. 7º, VIII: “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em apertada síntese, a existência de programas de integridade (*compliance*) é um dos subsídios que pode modular a severidade das sanções impostas administrativamente. Trata-se, portanto, de política de incentivo à adoção de programas internos de integridade por parte das empresas, para reduzir o risco de cometimento de práticas lesivas à Administração Pública.

Por sua vez, no âmbito do Governo Federal, os parâmetros de avaliação de programas de integridade foram previstos no Decreto nº 8.420/2015, que se aplica a empresas de médio e de grande porte, que podem manter órgãos com tais finalidades. Não se trata de norma de adoção obrigatória, cumprindo às empresas criar tais programas quando tal medida lhes for economicamente mais proveitosa, ponderação que não se afastará da análise custo-benefício.

Em tal análise, frise-se, podem entrar em consideração não apenas a possibilidade de sanções administrativas menos gravosas, como também a existência de um sistema internacional de combate à corrupção, em um cenário de adesão de diversos países à Convenção das Nações Unidas.

<sup>35</sup> O rol, em quase todos os casos, é de conceitos abertos ou indeterminados, já que não há parâmetros jurídicos para se determinar “a gravidade da infração” ou o seu “efeito negativo”. A consequência dessa indeterminação impõe, então, sob pena de nulidade da decisão, a fundamentação específica e em concreto das razões que levam a decisão a considerar a infração mais ou menos grave ou a magnitude do efeito negativo, como, também, o grau de cooperação de pessoa jurídica para a apuração das infrações. (GRECO FILHO, Vicente; e RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168).

Nesse quadro, ao aderirem à autorregulação interna, empresas brasileiras que tenham parte de seus negócios no exterior podem também evitar sanções impostas no estrangeiro. Ao mesmo tempo, a adoção de programas de integridade aumenta a possibilidade de estas empresas selarem negócios com empresas estrangeiras.

Por sua vez, ao poder público cumpre criar incentivos à adoção das melhores práticas internas de integridade e de combate a práticas corruptas. Tais incentivos, contudo, não podem chegar ao ponto de excluir participantes de certames licitatórios. Caso contrário, estaríamos diante de verdadeiras sanções, o que deitaria por terra o sistema de adesão voluntária. Programas de *compliance* não podem se tornar mera formalidade, sem qualquer efetividade prática, somente para atender a mais uma etapa burocrática.

Mais do que isso, a imposição de programas de integridade poderia se tornar mais um elemento nas disputas entre licitantes para eliminação de competidores. Isto porque eles se veriam incentivados a demonstrar a ineficácia dos programas de seus concorrentes, para barrar sua entrada nos certames. No fim do dia, procedimentos licitatórios seriam ainda mais travancados pelos empecilhos criados pelas reclamações judiciais e administrativas.

A saída, então, seria buscar mecanismos para apenas incentivar a criação de programas de *compliance* em empresas competidoras. Nesse sentido, vislumbra-se alternativas na própria Lei nº 13.303/2016, pelo menos em parte das contratações – justamente aquelas que têm sido objeto de denúncias de corrupção.

## **8. O Sistema de Garantias nas Contratações de Empresas Estatais como Mecanismo de Incentivo à Adoção de Programas de Integridade**

Como visto, a Lei nº 13.303/2016 trouxe novo regramento para as empresas públicas e sociedades de economia mista, com formas procedimentais próprias para as licitações e contratos. Uma das inovações está no art. 70, que prevê a possibilidade de a empresa exigir garantia em suas contratações de obras, serviços e compras. Tal garantia, nos termos do §1º, pode ser (i) caução em dinheiro; (ii) seguro-garantia ou (iii) fiança bancária, cabendo ao contratado optar por uma das modalidades.

Segundo o §2º, a garantia não pode exceder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, enquanto o §3º prevê que, em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo complexidade técnica e riscos financeiros elevados, o limite pode ser elevado para até 10% (dez por cento).

Ao estabelecer que a empresa licitante “poderá” exigir garantia, é certo que tal exigência não deverá ser adotada em todas as contratações. Por certo, haverá parâmetros que assegurem publicidade e igualdade de tratamento.

Uma vez decidida a exigência de prestação de garantias contratuais, os limites, como dito, serão de 5% a 10%, conforme o vulto do contrato. Nesse ponto, há espaço para que a Administração, legalmente, exerça seu poder de compra para regular o mercado, incentivando a adoção de programas de integridade. Senão, vejamos.

Como é comezinho, os limites de uma garantia contratual são determinados por uma série de fatores, entre eles, o risco de inadimplemento contratual. Como se vê no contrato de seguro, ao assumir o risco de pagar uma indenização, a seguradora precisa analisar o risco, antes de estabelecer o prêmio a ser pago pelo segurado, e antes mesmo da aceitação do contrato. E um dos elementos do risco de inadimplemento é justamente no perfil do segurado.

De maneira análoga, se uma empresa possui programas internos que coíbam práticas lesivas à Administração Pública, menor o risco de esse agente descumprir ou cumprir parcialmente o contrato. Como visto na análise econômica de contratos da Administração, as colusões corruptas entre agentes públicos e privados redundam em inadimplemento – ou adimplemento parcial –, pois o particular contará com a leniência de servidores públicos para auferir vantagens superiores àquelas contratualmente previstas.

Nesse sentido, a existência de programas internos de integridade efetivos por parte dos contratados pode implicar redução dos limites das garantias contratuais, conforme parâmetros adotados pelas licitantes. Em análise custo-benefício, poderão os contratantes adotar tais políticas internas, reduzindo ou eliminando, conforme o grau de efetividade do programa, a garantia exigida nos contratos.

Portanto, se não se pode conjecturar sobre obrigatoriedade de adoção de programas de *compliance*, pode-se perfeitamente cogitar de um espaço de incentivo a práticas de governança interna. Com isso, reduzem-se os riscos de corrupção e aumentam-se os custos de oportunidade – aquele correspondente às melhores oportunidades que uma pessoa ou empresa perde quando não utiliza seus recursos para o fim alternativo que tem mais valor – para prática de condutas desonestas e incentivam-se funcionários a buscar formas lícitas e menos arriscadas de obter ganhos.

## 9. Conclusões

O Brasil vem passando, a partir da redemocratização, um contínuo processo de consolidação institucional que passa pela consolidação de normas destinadas a preservar a separação entre as esferas pública e privada. Nesse aspecto, o respeito aos princípios de impessoalidade e de moralidade implica a criação de normas que os concretizem para que sua existência não se restrinja a mera letra morta no papel da Constituição.

A ciência jurídica deve procurar uma interface eficiente com outras ciências sociais, como a Economia, para que se compreenda que não basta somente a edição de normas que ampliem os controles, pois há que se reconhecer que até mesmo o *enforcement* implica custos para o erário. A busca de melhor qualidade da gestão deve observar a correta relação custo-benefício, para que a adequação dos agentes às balizas legais seja a menos custosa possível.

Um dos últimos passos nesse sentido foi a edição da Lei nº 12.856/2013, que criou uma sistemática de incentivos positivos e negativos a pessoas jurídicas para que as práticas de governança sigam comportamento ético adequado, quando lidarem com negócios públicos. A lei é forte em normas não cogentes, como é o caso dos programas de integridade, cuja adoção pode redundar em benefícios às empresas.



Seguindo essa linha, a novel 13.303/2016 traz para o ordenamento jurídico um instrumento que pode também servir como incentivo positivo à adequação de empresas a programas de integridade, qual seja, o sistema de garantias contratuais, consoante aqui exposto. Com efeito, sem formular exigência direta de adesão a programas de integridade, pode a Administração Indireta utilizá-los para regular o nível de garantia contratual exigível de cada fornecedor.

### **Bibliografia**

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3, nº 1 (Jan., 1974), 1974, p. 1-18.

CABRILLO, Francisco; FRITZPATRIK, Sean. *La Economía de la Administración de Justicia*. Madrid: Editorial Aranzis S.A., 2011.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. *Medidas para Evitar o Superfaturamento Decorrente dos “Jogos de Planilha” em Obras Públicas*. Brasil, Distrito Federal, 2006. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055012.PDF>. Acesso em: 21 nov. 2016.

CARRARO, André *et al.* *O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período 1994-1998*. (Anais do XXXIV Encontro Nacional de Economia, ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-graduação em Economia, 2006, p. 14-15).

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 21ª ed., 2016.

CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructures*. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/03003930.2013.783476). Acesso em: 21 nov. 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade das pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAMBSDORFF, Johan Graf. *Institutional Economics of Corruption and Reform*. N. York: Cambridge University Press, 2007.

MACLEOD, Bentley W. Reputations, relationships, and contract enforcement. *In: Journal of economic literature*, vol. 45, nº 3, p. 595-628, 2007.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho Administrativo*. Parte General. 8ª ed., Madrid: Editorial Anaya, 2012.

POMAR, Fernando Gómez; SALDAÑA, Marian Gili. *Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución*, 2010. Disponível em: [www.indret.com/pdf/719\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/719_es.pdf). Acesso em: 21 nov. 2016.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Licitações devem cortar incapazes de prestar serviço*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/mauricio-ribeiro-licitacoes-cortar-incapazes-prestar-servico>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Law and Economics of Bribery and Extortion*. Annual Review of Law and Social Science, vol. 6, p. 217-238, 2010.

SOUTO, Marcus Jurueña Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, nº 1, (Spring, 1971), p. 3-21. Disponível em: [www.jstor.org/stable/3003160](http://www.jstor.org/stable/3003160). Acesso em: 21 nov. 2016.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. [edição eletrônica Kindle] USA: Penguin Books, 2009.

VERMA, Sandeep. *Dispute Resolution in Public Contracts: Lessons from Select International Best Practices* (May 19, 2013). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2267056](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267056). Acesso em: 21 nov. 2016.

WILLIAMSON, Oliver. *Transaction Costs Economy: The Natural Progression*. Prize Lecture, December 8, 2009. Disponível em: [www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/williamson-lecture.html). Acesso em: 21 nov. 2016.

# O Doido, o Burro e o Juiz Parcial

Marcelo Lessa Bastos\*

Francisco Pereira Pinto Filho\*\*

Antônio José Barbosa Neto\*\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A Imparcialidade do Juiz e o Modelo Acusatório. 3. Os Arts. 252/254 do Código de Processo Penal e 144/145 do Código de Processo Civil: o Diálogo das Fontes numa Visão de Teoria Geral do Processo. 4. O Enquadramento Jurídico da Imparcialidade: Inexistência ou Invalidade da Atividade Jurisdicional? 5. Por uma Visão Isonômica na Relação Processual: Imparcialidade como Direito Fundamental Somente do Réu? 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

Em tempos de dificuldade institucional para a jovem democracia brasileira, uma polêmica sacudiu os bastidores da comunidade jurídica: caberia aplicar ao processo penal as causas de impedimento previstas no Código de Processo Civil? Se assim fosse, estaria habilitado a decidir uma ação penal não condenatória Magistrado cuja esposa integrasse escritório de advocacia que defende o paciente em outros processos, de outra natureza, ainda que não o estivesse patrocinando naquela ação em questão?

Os sistemas de impedimento e suspeição dos juízes, previstos tanto no Código de Processo Penal, como no Código de Processo Civil, têm por objetivo assegurar a imparcialidade do julgador, que é uma garantia que ultrapassa os limites do processo penal e o do processo civil, sendo comum a ambos os processos. Aliás, sendo inerente à própria definição de Jurisdição. A imparcialidade do Juiz, pode-se dizer, é uma garantia inerente ao devido processo legal. Portanto, uma garantia de ordem constitucional. Partindo dessas premissas, deve-se refletir: se os sistemas de impedimento dos Códigos têm por objetivo assegurar uma garantia que é comum tanto ao processo civil, como ao processo penal, porque de índole constitucional, será que esses sistemas se antagonizam ou se complementam? Seria correto afirmar que as causas de impedimento previstas no Código de Processo Penal são taxativas e aplicáveis exclusivamente ao processo penal e as causas de impedimento previstas no

\* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF. Membro do MPRJ. Professor de Processo Penal do Centro Universitário Fluminense - UNIFLU.

\*\* Pós-Graduando em Direito Processual pela PUC-MINAS. Pós-Graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Advogado.

\*\*\* Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Servidor do MPRJ.

Código de Processo Civil são taxativas e aplicáveis exclusivamente ao processo civil? Ou o correto seria sustentar a sua integração, para maximizar o alcance e a eficácia da garantia constitucional da imparcialidade, a partir do diálogo dessas fontes?

É sobre isto que o presente texto visa a refletir, sendo fruto das discussões entre um velho professor e dois de seus mais brilhantes ex-alunos.

## 2. A Imparcialidade do Juiz e o Modelo Acusatório

A imparcialidade do juiz é um dos mais importantes princípios gerais de um processo penal democrático, sem o qual muitos dos outros princípios teriam somente um significado formal.

Enfatizando a incontestável importância deste princípio, assevera Aury Lopes Júnior, citando Carnelutti, Werner Goldschmidt e Pedro Aragoneses Alonso:

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto. Aponta CARNELUTTI que *el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado e comprometido*. Seguindo WERNER GOLDSCHMIDT, o termo *partial* expressa a condição de parte na relação jurídica processual e, por isso, a imparcialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial substitui a autonomia das partes.<sup>1</sup>

Não se concebe um processo, de qualquer espécie, que não venha a ser decidido por um juiz que não seja imparcial; imparcial no sentido de não estar comprometido com nenhum tipo de resultado pré-determinado, bem como de não possuir qualquer tipo de pré-juízo acerca dos fatos que irá decidir.

Do contrário, em estando a imparcialidade do juiz comprometida por alguma razão, soariam como mera retórica princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da não culpabilidade do réu etc.

Dada sua importância, a imparcialidade é uma garantia que tem previsão nos mais importantes tratados internacionais sobre direitos humanos:

*Artigo 8º, Item 1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992): Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável,*

<sup>1</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54.

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.

*Artigo 14, Item 1, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992):* Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito às controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

*Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos:* Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e *imparcial*, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

*Artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem:* Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma *imparcial* e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

Importa destacar que há na doutrina – tanto na clássica quanto na contemporânea – uma certa divergência acerca da gênese da imparcialidade, haja visto que alguns autores indicam a sua origem no princípio da isonomia, outros no juiz natural e outros no devido processo legal.

Entretanto, dada a sua natureza, finalidade e importância, propugna-se a ideia de que a imparcialidade não deve ser analisada como um “subprincípio”<sup>2</sup>, mas,

<sup>2</sup> Caráter inclusive combatido por alguns no campo filosófico, indicando a impossibilidade de existência de um subprincípio, ao passo que seriam em verdade, princípios conglobantes.

sim, como fruto da contextualização de todos os outros princípios que, reunidos, funcionam como verdadeiros pilares fundantes de um processo democrático e justo, posto que, como já mencionado alhures, todos os demais princípios restariam inócuos se estivéssemos diante de um juiz parcial.

O grande desafio talvez seja definir quais tipos de atos e relações teriam o condão de comprometer a imparcialidade do juiz; quais as conseqüências e qual o enquadramento da imparcialidade.

Em primeiro lugar, é preciso se assentar que a imparcialidade do juiz o obriga a não ter compromisso nem com a acusação, nem com a defesa. O juiz imparcial é aquele que busca descobrir a verdade dos fatos que lhe são postos pelas partes, a fim de proferir uma decisão o mais próximo possível da realidade do que efetivamente aconteceu, de sorte a reconhecer o direito de quem realmente o possui, independente de quem quer que seja.

Colhe-se, nesse sentido, a lição de Faustino Cordón Moreno:

*La imparcialidad es una garantía de la función jurisdiccional que, entendida en sentido amplio, se obtiene por la suma de estos factores: A) En primer lugar, la neutralidad. El Juez no puede ser parte en el litigio en que actúa, sino que está llamado a resolver un problema o conflicto intersubjetivo (entre sujetos particulares o entre éstos y el Estado) surgido en el ámbito social, colocándose frente al mismo como un tercero, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y resuelve, aplicando la ley (el derecho objetivo). B) En segundo lugar, el desinterés o imparcialidad en sentido estricto. Los Jueces, desde la posición de terceros que ocupan, devem ser extraños o ajenos tanto a los sujetos que intervienen en el litigio, sin inclinarse a ninguno de ellos, como al mismo objeto litigioso y, por tanto, deben carecer de interés alguno en que el litigio se resuelva a favor de cualquiera de los contendientes o de una u otra manera. Su único interés – determinado por el contenido de su función – es que dicha resolución sea la que corresponda de acuerdo con la ley aplicable a cada caso, sin que, a la hora de adoptarla, se vean condicionados por otro tipo de influencias (subjetivas u objetivas)...<sup>3</sup>*

O juiz imparcial não tem compromisso com o réu, ao contrário do que se tem tentado difundir.

Não se pode confundir imparcialidade com “parcialidade pró-réu”, o que parece ser a razão de grandes discussões ultimamente. Isto não significa dizer que o juiz imparcial irá se descuidar, um minuto sequer, dos direitos processuais do réu,

<sup>3</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999, p. 101.

submetido que está a um processo penal democrático e, exatamente por conta disto, é certo que, sempre que o juiz imparcial tiver que realizar algum tipo de escolha processual, haverá de fazê-lo em favor do réu, já que tal escolha é pautada pelo princípio da não culpabilidade, pelo qual o juiz imparcial haverá de velar.

O primeiro passo para que se tenha um juiz imparcial é tolhê-lo de qualquer participação ativa por ocasião da persecução penal, sobretudo na fase preliminar. De igual sorte, é preciso que o juiz esteja completamente impossibilitado de iniciar, de ofício, a ação penal. E, finalmente, que sua sentença seja congruente com a acusação, acusação esta que pauta os fatos a serem decididos pelo juiz.

Neste sentido, é impensável um juiz imparcial num modelo inquisitivo de processo ou num juizado de instrução que, por esta razão, estão absolutamente ultrapassados.

Só o sistema acusatório é capaz de assegurar a imparcialidade do juiz, a partir da imposição de sua inércia e da estreita correlação entre a imputação, formulada livremente pela parte autora, por sua própria iniciativa e à sua conta e risco, e a sentença.

De forma sintética, Edilson Mougénou Bonfim expõe a relação entre o sistema acusatório e a imparcialidade do juiz:

Sistema acusatório. Caracteriza-se principalmente pela separação entre as funções da acusação e do julgamento. O procedimento, assim, costuma ser realizado em contraditório, permitindo-se o exercício de uma defesa ampla, já que a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes. As partes, em pé de igualdade (*par conditio*), têm garantido o direito à prova, cooperando, de modo efetivo, na busca da verdade real. A ação penal é de regra pública e indispensável para a realização do processo. Costuma vigorar o princípio oral, imediato, concentrado e público de seus atos.<sup>4</sup>

Acredita-se que a consagração do sistema acusatório, caracterizado pela absoluta separação entre as funções de acusar e de julgar e, por conseguinte, com a consequente imposição ao juiz da inércia e da correlação entre a imputação e a sentença, aliado a previsão de instrumentos processuais para que as partes possam recusar o juiz parcial, sejam medidas suficientes para garantir-lhe a imparcialidade.

Outro ponto que merece consideração, ainda que em breves linhas, é a faceta da imparcialidade no sentido da independência dos juízes. Não se consegue resguardar por completo a imparcialidade do órgão julgador se não for garantida sua mais absoluta independência.

Não se está a pensar agora nas clássicas causas de impedimento e suspeição dos juízes, que tentam conferir-lhe isenção de interesse. Mas, sim, nas próprias relações que não raras vezes os juízes mantêm com outros ocupantes do Poder.

<sup>4</sup> BONFIM, Edilson Mougénou. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28/29.

Destaca-se principalmente do Poder Executivo, sendo bastante para ilustrar esta preocupação a simples forma de investidura dos Tribunais através do Quinto Constitucional e, pior, dos Tribunais Superiores por escolha pessoal do Presidente da República, ainda que esta escolha possa ser, em alguns casos, temperada pela precedência de lista tríplice elaborada na própria Corte.

Ser investido deste jeito é um grande desafio à independência, que posteriormente o magistrado terá que sustentar para que possa proferir de forma imparcial suas decisões. Sem independência não há imparcialidade, já que a dependência pode mascarar a neutralidade, submetendo-a, de forma subserviente, à teoria da argumentação. Neste sentido, a perfeita lição de Leonardo Greco:

No exercício da jurisdição, os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade. Essa independência deve ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares. A independência é, pois, um atributo de que deve gozar cada juiz individualmente, e não o Judiciário ou os tribunais em conjunto. A Corte Europeia de Direitos Humanos se atém a quatro critérios para avaliar a independência dos juízes: a) ao modo de designação dos juízes, que não pode ser deixado à escolha discricionária dos membros do Executivo; b) à duração dos mandatos dos juízes; c) à existência de garantias contra as pressões exteriores; d) à aparência ou não de independência (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*). (...) O que é fundamental para assegurar a independência é que o juiz não esteja vinculado, de direito e de fato, a “nenhuma vontade externa diversa daquela objetiva da lei”. O modo político de investidura (escolha pelo Parlamento, ou pelo Executivo com aprovação do Parlamento ou pelo Executivo por indicação de uma entidade de classe) pode comprometer ou não a independência, dependendo do modo como esses órgãos efetuam a escolha e se encontram eles vinculados à observância de critérios objetivos de qualificação e reputação dos escolhidos ou não. (...) A escolha dos Ministros dos Tribunais Superiores no Brasil pelo Presidente da República com aprovação do Senado compromete a sua independência, conforme já observei alhures.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 251/253.



Retornando ao outro aspecto, agora em referência ao julgador, muito se fala em imparcialidade como sendo um elemento anímico, consubstanciando-se à sua atuação no procedimento. Em verdade, parece migrar-se a discussão de itens distintos como sinônimos, o que compromete o resultado teórico aplicado.

A imparcialidade se liga a elementos subjetivos de determinada pessoa sobre um fato. É uma valoração pessoalizada sobre um fato. Ser imparcial, portanto, caracterizaria ser indiferente ao resultado do que é discutido. Já a imparcialidade<sup>6</sup> corresponderia à posição e à atribuição no procedimento a que as partes estão ligadas pela relação jurídica processual.

Após esses breves apontamentos, demonstrar-se-á a necessidade de uma integração entre os ordenamentos processuais, partindo-se de uma visão constitucional do processo, alinhada à existência da Teoria Geral do Processo. Demonstrar-se-á que a melhor forma de se alcançar a imparcialidade e, por conseguinte, assegurar a máxima eficácia à garantia constitucional em questão, é pelo diálogo das fontes processuais.

### **3. Os Arts. 252/254 do Código de Processo Penal e 144/145 do Código de Processo Civil: o Diálogo das Fontes numa Visão de Teoria Geral do Processo**

Onde estaria previsto o conceito de imparcialidade? E o de jurisdição? Quando a lei trata da matéria, limita-se a discriminar sua causa e às vezes efeito, mas pressupõe o conhecimento prévio de sua natureza, não trazendo ao intérprete a definição de sua essência.

Dispõe o CPP sobre impedimento e suspeição:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

<sup>6</sup> A nomenclatura foi tratada por Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade: por uma Teoria de Repartição de Funções no Processo. *Revista de processo*. São Paulo: RePro 149, ano 32, p. 339-364, 2007).

- I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Já o CPC estabelece o seguinte:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

- I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;
- II – de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;
- III – quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
- V – quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;
- VI – quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;
- VII – em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;
- VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX – quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I – houver sido provocada por quem a alega;

II – a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

Perceba-se que até mesmo por uma razão temporal, o CPC vigente previu mais exaustivamente as possibilidades de estar o juiz impedido ou suspeito para o exercício Jurisdicional, justamente por buscar um realinhamento às garantias constitucionais.

Seria, assim, prejudicial aumentar uma garantia constitucional, propondo a interação dos sistemas de ambos os Códigos?

Há que se ter em mente que o modelo constitucional de processo inserido no Estado Democrático de Direito Brasileiro revela que a jurisdição é exercida mediante

processo, mas não se pode entender tal exercício de forma vazia. Não basta a mera existência de processo para que a jurisdição ganhe contornos de legitimidade.

Dessa forma, tem-se a necessidade de se entender o binômio contraditório-processo para se ver a concretização da legitimidade Estatal na jurisdição.

Partindo dessa premissa e da releitura feita do que vem a ser o contraditório e suas dimensões, importante pilar se constrói, onde as partes integrantes do processo – sujeitos processuais – vêm construir a própria decisão, mediante seu papel colaborativo na relação processual<sup>7</sup>.

No momento em que houve a guinada das fases probatórias, com a derrocada do modelo de taxatividade legal de relevância da prova e do “livre convencimento”, também conhecida como qualificação subjetiva do juiz, percebeu-se a necessidade de que a prova fosse vista como caráter vinculado à possibilidade de demonstração de existência ou não de fato ou ato jurídico.

Isso porque, em verdade, o processo nos serve a refletir sempre uma certeza e verdade de fatos, legitimada através de uma estrutura probatória de semelhança e máxima tentativa de verossimilhança. Porém, jamais o que realmente ocorreu, até porque a única pessoa que efetivamente o sabe é o réu e, este, é desonerado de revelá-la<sup>8</sup>.

Assim, imprescindível é a necessidade de um julgador isento para a devida busca desse resultado almejado, sob pena de tornar a tarefa reconstrutiva mera retórica.

O próprio conceito de Jurisdição vem pressupondo a existência de um terceiro desinteressado<sup>9</sup>. A necessidade de um Juiz imparcial não é nova. Chiovenda anotou a problemática em idos de 1910, em sua obra, com a nomenclatura de *capacidade especial subjetiva dos órgãos jurisdicionais*, a partir do estudo de outros mestres, como Mattiolo, Mortara, Pollak, Weismann e Hellwig.

Dizia o mestre Italiano:

*La persona que tiene capacidad general de obrar por el Estado como órgano jurisdiccional y como funcionario judicial y que es competente em el pleito de que se trata, debe además encontrarse em determinadas condiciones subjetivas, sin las cuales la ley lo considera incapaz. Tales condiciones pueden resumirse así: que el órgano jurisdiccional no corra el peligro de carecer de la independencia, de la severidad e imparcialidad necesaria para su función, por encontrarse em una relación: a) con otros órganos concurrentes em el mismo pleito; b) con las partes litigantes; c) con el objeto del pleito. Estas condiciones no todas tienen la misma importancia: exigense algunas em términos absolutos, de manera que su falta produce, sin más, la nulidad del acto realizado.<sup>10</sup>*

<sup>7</sup> Código de Processo Civil, art. 6º.

<sup>8</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8º, 2, “g”.

<sup>9</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1. p. 155.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. Tomo I. p. 731.

Assim também, Albuquerque Rocha:

Em verdade, a imparcialidade é uma das notas mais destacadas da função jurisdicional. Tanto que hoje em dia não há praticamente estudioso do processo que não a apresente como um dos atributos essenciais da atividade jurisdicional.<sup>11</sup>

Percebe-se, dessa forma, que toda sistemática acerca dos mecanismos de vedação à parcialidade se desenvolve no sentido de se permitir ambiente processual equilibrado, onde o magistrado, em sua função monopolizada de emissão decisória, venha a permitir o devido contraditório e ampla defesa, não somente no aspecto formal, mas sim em sua dimensão substancial.

A capacidade de influência das partes está diretamente ligada a uma visão cooperativa dos sujeitos processuais na formação dos elementos para a decisão. Daí retira-se a *ratio* do art. 10 do CPC que, positivando o princípio do contraditório tanto no seu viés informativo, quanto no participativo, demonstra a necessidade de se realizar discussão sobre qualquer fundamento a ser utilizado na decisão judicial, bem como no art. 489, §1º do CPC, ao explicitar a necessidade de fundamentação do ato decisório, justamente para avaliação dos pontos levantados durante o processo.

Com efeito, não há dissenso significativo entre os processualistas penais contemporâneos a respeito da aplicação supletiva dos artigos supracitados, notadamente o art. 489 do Código de Processo Civil<sup>12</sup>, no processo penal, com arrimo no disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>13</sup>, haja vista que a finalidade de ambos é efetivar as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa (*vide* artigo 5º, LV, da CRFB), por via da imprescindibilidade de fundamentação das decisões judiciais, fundamentação esta que decorre de comando constitucional (*vide* artigo 93, IX, da CF).

A essência da premissa para a integração objeto deste estudo é a mesma do exemplo acima invocado. Vale dizer: integração de sistemas processuais, no fito de alcançar a máxima eficácia de garantia constitucional<sup>14</sup>.

Caminhar distante de tal realidade acerca da necessidade de imparcialidade do julgador é, em verdade, negar o contraditório e a ampla defesa.

Passada tal questão, cumpre levantar a seguinte indagação: pode tal rol previsto no CPC ser utilizado de modo amplo aos demais direitos processuais codificados? Isto é, poderia a técnica e rol do CPC ser aplicada de maneira integrativa?

<sup>11</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

<sup>12</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPC, fundamentação das decisões judiciais e processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, nº 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37330>>. Acesso em: 28 maio 2017.

<sup>13</sup> Artigo 3º do Código de Processo Penal: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

<sup>14</sup> Arts. 10 e 489 do Código de Processo Civil x art. 3º do Código de Processo Penal, no fito de atender à garantia constitucional da fundamentação as decisões judiciais, hipótese de referência; e, respetivamente, arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil x arts. 252/254 do Código de Processo Penal, no fito de atender à garantia constitucional da imparcialidade do juiz, hipótese deste estudo.

Oportuno destacar que, nada obstante o fato dos institutos da suspeição e do impedimento convergirem para proteção da mesma garantia – qual seja, a da imparcialidade do julgador – é majoritário o entendimento no sentido de que o rol do artigo 252 do Código de Processo Penal, que disciplina as hipóteses de impedimento do julgador, é *numerus clausus*<sup>15</sup>, e o rol do artigo 254 do mesmo Diploma Legal, que elenca as hipóteses de suspeição, seria exemplificativo. Talvez tal convergência doutrinária se explique pelo fato de não se ter tido, antes, a oportunidade de se refletir sobre o objeto deste estudo, a partir de instigante caso concreto, de domínio público.

Destarte, com todas as vênias, se é que depois do singular episódio acima referido sejam mesmo necessárias, perfilhamos a corrente no sentido de que tanto as hipóteses de impedimento, quanto as de suspeição, elencam um rol *numerus apertus*<sup>16</sup>, admitindo, portanto, ampliação.

Mesmo para aqueles que adotam (adotavam?) a noção de rol exaustivo, antes do singular episódio, haveria a necessidade de se considerar que taxatividade não se confunde com mesmo Diploma Legal. É plenamente possível que a matéria seja tratada em outra Lei, sem contudo perder a referência taxativa, desde que verse sobre matéria própria<sup>17</sup>.

Entretanto, conforme demonstrado nas considerações acima, o direito à prestação jurisdicional é garantia fundamental pétrea. Juiz imparcial é pressuposto da atividade jurisdicional<sup>18</sup>, o que se extrai a aplicação em qualquer campo processual.

Neste sentido, contextualizando imparcialidade à luz da garantia do juiz natural, assevera o emérito Antonio Scarance Fernandes<sup>19</sup>:

É com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como seu atributo, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Já não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição.

<sup>15</sup> “O rol do artigo 252 do Código de Processo Penal é taxativo, não podendo ser ampliado. Outras situações, no entanto, a nosso ver, demonstrativas da parcialidade do juiz na apreciação da causa, devem ser incluídas no contexto da suspeição.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 499/500. No mesmo sentido: “As causas de impedimento estão taxativamente dispostas no art. 252 do CPP.” MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.668.

<sup>16</sup> “Em suma, é de se concluir que as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.275).

<sup>17</sup> Aqui entendemos como possível, não por hierarquia de codificações, mas sim em razão de matéria processual entendível como conceito lógico jurídico da TGP – Juiz imparcial –, que visa ampliar direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

<sup>18</sup> Inclui-se aqui, também, em qualquer atividade que envolva processo como ato final de julgamento, seja jurisdicional, administrativo ou privado (arbitragem).

<sup>19</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.115.

O que se busca tutelar aqui não é em si o objeto material que acompanha a pretensão ensejadora da quebra da inércia – direito material –, mas sim a justa legitimação do exercício da jurisdição. Elemento caro e próprio de qualquer direito processual<sup>20</sup>, verdadeira garantia fundamental.<sup>21</sup>

Mais que isso, a técnica interpretativa do sistema deve ser uníssona, haja visto se tratar de irradiação de garantia constitucional e, não, o contrário: interpretar-se a Constituição a partir do que infraconstitucionalmente está legislado. Esse equívoco leva à técnica falha da interpretação tópica, quase sempre apontando para uma falsa taxatividade de hipóteses previstas em determinado estauto processual, no que se desconsidera o papel da Constituição como monumento principal de um Estado<sup>22</sup>.

Neste senda, assevera Vicente Greco Filho<sup>23</sup>:

A compreensão unitária do direito processual resultou, especialmente, da verificação de que o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é único, e sua estruturação básica encontra-se em nível da Constituição Federal, de modo que resulta inevitável a conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional. Feita essa constatação, compete ao estudioso do processo a identificação do que é válido para todos os ramos do direito processual e do que é específico, apontando, pois, os princípios e normas plurivalentes e os monovalentes. Esse labor não é fácil, inclusive por razões históricas.

O termo “unitário” do autor, em verdade, deve ser lido como “geral”. Unitário pressupõe mesma unidade de aplicação e tratamento, enquanto geral, muito embora encampe ampla aplicação, revela caráter de conceituação e não de tratativa única, podendo ser minudentemente tratado pelo que vier disciplinar de maneira própria.

Dessa forma, por si só, mesmo sem considerar alguma ideia atinente à existência ou não de uma TGP, entendemos que já seria possível a aplicação integrativa do CPC, por se tratar de Lei que visa ampliar garantias fundamentais, cuja base comum é a Constituição, por vocação superior à qualquer diploma processual.

A questão envolvendo a aplicação de uma Teoria Geral do Processo é polêmica, antiga e moderna, contemporânea e ao mesmo tempo clássica, que não merece ser deixada de lado, por ser um fundamento a mais para integração aqui proposta. Por razões de limitação quanto ao objeto de discussão, bem como do espaço de discussão, haja visto o tema não ter sido nem de perto esgotado em inúmeras obras próprias, não se tem a pretensão de tratar aqui, nesse momento, tal discussão.

<sup>20</sup> Citem-se os elementos: Ação, Jurisdição, Processo e Procedimento.

<sup>21</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 93.

<sup>22</sup> Aqui em sentido *lato*.

<sup>23</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16.

Há que se dizer, nem que seja por *obiter dictum*, que o que se tem por criticado acerca da inexistência de uma TGP, resta fulcrado em premissa não tão clara<sup>24</sup>. Isso em razão de mais das vezes as críticas serem encaminhadas não à TGP, mas, sim, a uma visão contrária à unitariedade do Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.

Há que se diferenciar o que viria a ser uma Teoria Geral do Processo, uma Ciência do Direito Processual e uma Parte Geral. Qualquer incompreensão sobre alguma dessas categorias causa um desvio de perspectiva da pesquisa doutrinária, conduzindo inexoravelmente a equívocos conceituais.

Muito há, ainda, a se teorizar e pesquisar sobre a TGP. Mas, com todas as vênias, não parece ser ao argumento da “especialidade do direito material” eventual sustentação de uma não existência da teoria geral e de uma suposta incompatibilidade constitucional de tal proposta.

A ótica de uma teoria tem que possuir caráter unificador, fixando conceitos filosóficos ou científicos aplicáveis aos demais ramos que lhe são subordinados, ainda que guardadas suas especificidades. O que os críticos da TGP têm como TGP acaba por reduzi-la à unitariedade processual, com proeminência do processo civil sobre os demais ramos do processo<sup>25</sup>. Sucede que não é isto a TGP.

O posicionamento está correto, mas não fere em nada a possibilidade de existência da TGP, mas, sim, rechaça a ideia de uma unitariedade procedimental. Ou seja, o que não se tem como possível é que exista o mesmo procedimento para a tutela de bens jurídicos diversos.

Perceba-se, neste sentido, que desde a sistematização do CPC de 1939, inúmeros procedimentos especiais eram previstos para, justamente, situações peculiares serem tratadas de forma específica, dentro até do mesmo Código.

Atento a isso, o próprio Código de Processo Penal, no mesmo propósito, prevê o procedimento sumário, com peculiaridades em relação ao ordinário, além de inúmeros procedimentos especiais, tanto nele, como em outras Leis, a exemplo da Lei Maria da Penha, da Lei de Drogas, entre outros.

Isto sem falar na significativa diferença entre os sistemas recursais, endógena e exogenamente considerados. Vale dizer: com singularidades e, portanto, de espécies diversas no âmbito do próprio processo civil, do processo do trabalho e do processo penal, além de outras tantas singularidades quando comparadas as respectivas codificações entre si. E, a par de todas essas singularidades, não consta que, em momento algum, se tenham deixado de reconhecer a todos eles o predicado de recurso.

<sup>24</sup> No tocante a essa matéria, remetemos o leitor ao trabalho de Afrânio Silva Jardim, sob o título: “NÃO CREEM NA TEORIA GERAL DO PROCESSO, MAS QUE ELA EXISTE, EXISTE...”, publicado em sua obra escrita em coautoria com: AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de: *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. Salvador: Juspodvím, 2016.

<sup>25</sup> Cite-se, por todos, Aury Lopes Jr: “O Processo Penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo Processo Civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável” (LOPES JR, Aury. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 08 jun. 2017.



Cuida a TGP, portanto, de dizer o que é a jurisdição e não a forma de seu exercício; do que é citação, e não de sua forma de cumprimento; do que é ação; do que é processo; do que é procedimento, mas não do exercício de tais conceitos; do que é recurso, e não de seus elementos de admissibilidade e demais idiossincrasias.

Jurisdição será diferente quando se tratar de processo penal? Imparcialidade terá outra definição quando se tratar de matéria eleitoral? Sentença terá outra definição quando se tratar de processo trabalhista?

Não nos parece que, nem de perto, a matéria está resolvida. Por mais que existam apontamentos contrários à existência de uma TGP, os argumentos não parecem conduzir a premissas seguras para tal conclusão.

#### **4. O Enquadramento Jurídico da Imparcialidade: Inexistência ou Invalidez da Atividade Jurisdicional?**

Cabe dispor sobre o tema, em sua vertente de enquadramento no panorama sistêmico. Seguindo a linha já esposada quanto à garantia da Jurisdição – aqui como direito de petição –, que, por sua vez, está amparada como garantia fundamental pétrea, existe discussão acerca do seu reflexo concreto na relação jurídica processual.

A ausência de imparcialidade causaria a inexistência da jurisdição ou lhe afetaria a validade?

A doutrina se debruça sobre a matéria, com perspectivas várias, senão vejamos:

Quanto aos atos e feitos do impedimento, há duas posições na doutrina: a) Para uns, são nulos todos os atos praticados pelo juiz impedido, ainda que essa nulidade não se encontre prevista no art. 564, I, do Código de Processo Penal. Cuidar-se-ia, em vista de se tratar de questão de ordem pública, de causa de nulidade absoluta. b) Para outros, o impedimento não é causa meramente impeditiva do exercício da competência, mas sim do exercício da própria jurisdição. Assim, os atos por ele praticados — exceto para declinar — seriam inexistentes. H. Tornaghi, filiado a essa corrente, justifica o entendimento argumentando que, no caso de impedimento, haverá interesse do juiz sobre o objeto da causa, “e ninguém é juiz em causa na qual tem interesse (*nemo iudex in causa propria*).” O juiz impedido, ainda para o mesmo autor, é, nesse caso, “um não juiz”, pois estará inabilitado a atuar. (TORNAGHI, H. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., vol. 1, p.418).<sup>26</sup>

O Código de Processo Penal inicia o tratamento das exceções referindo-se diretamente à exceção de suspeição, estabelecendo que a “arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente” (art. 96, CPP). Aliás, os

<sup>26</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso De Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287.

impedimentos e demais incompatibilidades dos juízes mereceram tratamento em separado, constando de capítulo específico, como se se tratasse de matéria distinta. Mesmo no campo das nulidades expressamente arroladas, consoante se observa do disposto no art. 564, I, CPP, não se faz referência ao juiz incompatibilizado ou impedido, mas unicamente ao juiz suspeito e ao juiz subornado. A nosso aviso, a distinção no tratamento da matéria é absolutamente equivocada, uma vez que todas elas se ocupam da tutela de um único e mesmo valor positivado no ordenamento processual: a imparcialidade da jurisdição. E, como já tivemos oportunidade de salientar ao cuidarmos dos princípios fundamentais do processo penal, a imparcialidade do juiz é requisito de validade do processo, estando inserido no devido processo legal constitucional, como uma das principais conquistas do modelo acusatório de processo.<sup>27</sup>

Contudo, pensamos que a vertente que mais parece abarcar a matéria é a das invalidades processuais.<sup>28</sup>

Há que se considerar que a Jurisdição, enquanto função essencial estatal, por questão orgânico-funcional, está prevista constitucionalmente, confiada à função jurisdicional que, por sua vez, é exercida pelas “Justiças” especiais, de caráter Federal, e, residualmente, pelos Estados.

A controvérsia, então, cingir-se-ia quanto aos agentes que a executam. Dessa forma, tendo em vista a estrutura administrativa delineada constitucionalmente, seriam os Juízes<sup>29</sup> – abarcando Desembargadores e Ministros – a exercerem tais cargos públicos.

Dessa forma, ser juiz significaria ser sinônimo de servidor público<sup>30-31</sup>. Por essa razão, claramente existe cisão em órgão investido de jurisdição e juiz.

A repartição da jurisdição pressupõe a sua própria existência. Para considerar a Jurisdição, basta que exista disciplina de sua ramificação: Justiça, Comarcas/Seções e Varas.

O Juiz que ali está não se confunde com o Juízo. Logo, o juiz não é a jurisdição, mas a exerce. É preciso se ter em mente a noção administrativa de que o agente público, pela teoria da imputação volitiva, não é representante<sup>32</sup> do Estado, mas apenas executa função que lhe foi atribuída.

<sup>27</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 159.

<sup>28</sup> Aqui como gênero, das quais são espécies: nulidade e anulabilidade.

<sup>29</sup> Há corrente que define a arbitragem como jurisdição, o que causaria certa impossibilidade de tratamento em tal definição. Contudo, em razão da eliminação de certas matérias por parte de tal forma de composição de conflitos, não haveria discussão, por exemplo, na matéria penal, quanto à qualificação do enquadramento jurígeno do juiz, vez que a matéria é de monopólio estatal.

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

<sup>31</sup> Define José dos Santos Carvalho Filho que os magistrados integrariam a qualidade de *servidores públicos especiais*. *Ibidem*, p. 601.

<sup>32</sup> Aqui no sentido civil de capacidade ou outorga de poderes.

Qualquer vício em relação ao agente no exercício de tal função pressupõe que ela exista. Por essa forma, não há como se considerar que a ausência de imparcialidade venha a causar a inexistência dos atos, mas sim a sua invalidade.

Para haver juiz imparcial, é preciso que previamente exista Jurisdição a ele conferida. É pressuposto lógico.

Sobre a questão de existência, vale conferir o magistério de Marcos Bernardes de Mello, um dos principais estudiosos da obra de Pontes de Miranda:

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. [...] No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.<sup>33</sup>

Reafirma-se, assim, a diferença entre órgão julgador e juiz, onde, ao existir o suporte fático de existência de órgão julgador, existe a presença de Jurisdição, independentemente dos elementos anímicos do juiz, bastando estar ele investido no cargo e função. O que, por óbvio, para ser desenvolvida, previu a Lei – aqui em sentido amplo – agente próprio a desempenhá-la.

Somente em eventual prática de ato por um não juiz – como, por exemplo, no caso de inexistência de alistamento prévio de jurados, que é pressuposto formal para o exercício da função – caracterizaria a ausência de Jurisdição, isto por não ter havido agente regularmente investido na função.

Se o ato inexistir, não há necessidade alguma de reconhecimento judicial formal de tal inexistência (seja decretação, seja declaração), muito menos de manejo de qualquer tipo de ação para que ninguém fique submetido aos efeitos do ato inexistente; basta ser solenemente ignorado.

Não é o caso, definitivamente, do reconhecimento de vício de ato praticado por juiz impedido ou suspeito. Isto porque o órgão existe, o juiz está regularmente investido, somente não podendo, naquele caso concreto, exercer a jurisdição de que estava investido. Seu indesejável ato, portanto, é inválido.

Há que se levar tais apontamentos em consideração.

Sensível a tais considerações, José Orlando Rocha de Carvalho realiza cisão entre existência e validade ao dispor que viria a ser pressuposto<sup>34</sup> de existência da relação

<sup>33</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

<sup>34</sup> A monografia do autor traz valiosas contribuições, principalmente numa tentativa de sistematização do tema pressupostos processuais. Aborda ainda, profícua e pertinente crítica ao termo “pressuposto de

processual, “órgão investido de jurisdição”<sup>35</sup> e, como requisitos processuais de validade positivos, a “competência do órgão jurisdicional” e “imparcialidade do órgão<sup>36</sup> jurisdicional.”<sup>37</sup>

Uma vez identificada como causa de invalidade processual, resta determinar seu mecanismo de correção.

## 5. Por uma Visão Isonômica na Relação Processual: Imparcialidade como Direito Fundamental Somente do Réu?

A jurisdição, em qualquer matéria, se desenvolve mediante processo, por imposição constitucional – art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

Conforme já exposto, a noção de imparcialidade do julgador, enquanto direito fundamental, gera, por conseqüência lógica, a incidência para todos os demais integrantes de qualquer relação processual a expectativa de ser julgado por magistrado que preencha este predicado. Não há como conceber a ideia de que somente uma das partes no processo terá conferida a si tal garantia fundamental, enquanto, à outra, possa tal garantia ser tolhida.

Hodiernamente, alguns processualistas penais pátrios têm difundido uma noção de “garantismo” deveras viciada, ou seja, voltada apenas para os direitos e garantias do réu<sup>38</sup>, no que não concordamos<sup>39</sup>.

Há que se criar ambiente isonômico de paridade de armas ante as partes processuais e, mais que isso, há que se ter em mente a visão cooperativa processual, que em nada guarda impossibilidade de subsistência em qualquer tipo de matéria discutida no processo.

Exemplo disso vem a ser a obrigatoriedade do dever de boa-fé objetiva de todas as partes no processo, que resulta, em si, uma forma de maximizar a devida prestação jurisdicional.

Para tanto, diante de tais direitos e garantias, o Legislador municia com tipos de procedimentos e formalidades os atos jurídicos processuais, como forma de dupla proteção: a) primeiro se prevê método, procedimento apto à proteção de direito, efetivando-se a garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal; b) segundo,

---

validade”, onde desenvolve que a nomenclatura “pressuposto” vem a se referir tão somente à existência, cabendo ao tema validade, a nomenclatura “requisitos”.

<sup>35</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005. p.135.

<sup>36</sup> Leia-se do juiz. O autor em sua tratava claramente aponta nesse sentido, ao mencionar o impedimento e suspeição.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p.138 e 139.

<sup>38</sup> FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 28 maio 2017.

<sup>39</sup> Para não fugirmos ao tema proposto na presente tese, remetemos o leitor ao seguinte artigo: MAGALHÃES, Valmir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

assegura às partes um procedimento com repartição de funções, de sorte a garantir equalização dos protagonismos e não a hipertrofia de uma delas.

Contudo, não há que se confundir função privativa com hipertrofia de função. Por exemplo, é inconcebível permitir ao réu ou ao Ministério Público julgar os pedidos; assim como inconcebível permitir ao réu propor a própria denúncia.

O procedimento, em atividade jurisdicional, acaba por ser ao mesmo tempo garantia e mecanismo de proteção.

Assim, cabe indagar: em caso de parcialidade do juiz, seja em impedimento ou suspeição, quais mecanismos de proteção dispõem as partes?

De maneira assustadora, chega-se para o mesmo fenômeno a conclusões diversas, a depender do polo a que se refere, como a seguir demonstrado.

Durante o curso processual, remete-se ao procedimento da exceção de “suspeição”<sup>40</sup>, que no CPP está prevista no art. 95, I, cabendo a iniciativa a qualquer das partes. Até aqui, sem problemas.

Enquanto vício no plano da invalidade, a suspeição ou impedimento pode ser reconhecida em qualquer etapa do processo, declarando-se seus efeitos deletérios se pré-existente ou meramente superveniente. Mesma sorte não parece assistir se o vício for contemporâneo à deflagração da atividade jurisdicional<sup>41</sup>.

Há que se considerar, ainda, que, na relação processual em âmbito penal, curiosa peculiaridade difere-se do processo civil. Isso em razão dos efeitos da suspeição.

Em processo civil, sabe-se que, uma vez ciente da suspeição, a parte pode, em sua primeira oportunidade, arguir tal invalidade e, não o fazendo, toma-se como preclusa a matéria, reputando-se o juiz, doravante, habilitado a prosseguir no feito.

Não parece existir tal resultado imediato em âmbito penal. Isso em razão do Ministério Público não poder escolher “não arguir” a suspeição ou o impedimento do juiz, haja visto ser o interesse indisponível, por se tratar, na grande maioria das vezes, de ação penal de iniciativa pública. Assim, uma vez constatada a suspeição, o Ministério Público tem o dever de argui-la.

E quanto ao réu?

O raciocínio leva ao mesmo entendimento: uma vez conhecido o fato condutor da suspeição, não se pode conceber que o silêncio doloso do réu venha constituir um trunfo de má fé, para semear nulidades que, depois, possam vir a beneficiá-lo, tanto como se ele próprio vier a dar causa à suspeição do julgador.

Nesse caso, haveria a preclusão, mas não por disposição de interesse e, sim, no sentido do que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, conforme dispõe o art. 565 do CPP:

<sup>40</sup> Aqui como gênero, que abarcaria o impedimento.

<sup>41</sup> Aqui não se prefere indicar como marco temporal o exercício da ação, uma vez que a cautelaridade pode anteceder-lá, a exemplo de uma interceptação telefônica no curso do inquérito ou, ainda, em âmbito cível, uma cautelar inominada antecedente.

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Quanto ao tratamento do impedimento, este é consideravelmente diverso. Não se baseia em fundado receio, mas sim em critérios objetivos que, uma vez violados, maculam a possibilidade do exercício da jurisdição por parte daquele agente público impedido.

Há uma espécie de “gravidade maior” no impedimento, a acarretar a nulidade do ato praticado por juiz impedido.

Justamente por esse caminho é que se permite em qualquer momento sua decretação, bem como quaisquer dos sujeitos do processo podem vir a arguir tal vício.

Havendo o trânsito em julgado e tendo sido formada a coisa julgada, o ordenamento civil prevê que, em tais casos, a matéria inclusive enseja ação rescisória, com base no art. art. 966, II, do CPC.

Assim, em âmbito civil existe previsão de mecanismo apto a sanar tais vícios, vindo a ser ferramenta de efetivação da garantia fundamental das partes.

É inconcebível se assegurar algo e, ao mesmo tempo, sonegar meios de efetivação ou proteção. É o que se chama de proibição de proteção insuficiente. Gilmar Mendes, não por acaso aqui citado, desenvolve a noção de meio de proteção, conforme magistério de Schlink, classificando tal insuficiência como *Untermässig*.<sup>42</sup>

J.J. Gomes Canotilho assevera que, numa dimensão onde se encontre a existência de processo – incidente, portanto a figura do *due process of law* – “compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: [...] (3) a *sanação* de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial.”<sup>43</sup>

Diante de tais apontamentos, cabe indagar: e no Direito Processual Penal? Qual mecanismo de proteção à violação existe, em casos onde tenha havido coisa julgada, formada a partir de decisão de juiz impedido e, portanto, reconhecidamente parcial?

Muito embora tenha o CPP expressa previsão de que a nulidade – o que é correto – pode atingir a qualquer das partes, conforme dispõe o art. 563, ao mencionar “para a acusação ou para a defesa” e ter, nesse intento, previsto como nulidade a suspeição e incompatibilidade do juiz, no rol do art. 564 do CPP – que, a nosso aviso, também abarcaria as hipóteses de impedimento –, inexistente mecanismo apto a efetivar o mandamento legal em favor da sociedade, visto inexistir a possibilidade de revisão criminal *pro societate*.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 499.

O PLS 156, que instituir o novo Código de Processo Penal, inclui o impedimento expressamente no rol das nulidades<sup>44</sup>. Entretanto, ainda peca por não criar um mecanismo isonômico de sanação de nulidades.

De maneira mais apressada, poder-se-ia chegar à conclusão de que existiria, sim, procedimento próprio, qual seja a figura da revisão criminal, prevista no art. 621 do CPP, onde, muito embora esteja no Título II do Código, na parte referente a recursos, trata-se de uma ação de impugnação autônoma, com fundamentação vinculada e pressupostos próprios, qual seja, em especial, como premissa, tratar-se de “processos findos”.

O problema é que, como já adiantado, só em favor do réu é possível o manejo de tal instrumento, o que se conclui tanto do rol do art. 621, que o prevê, como em decorrência do art. 8º, 4º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>45</sup>.

Criou-se uma situação peculiar: muito embora a garantia de imparcialidade seja assinalada a ambas as partes, sua violação por juiz impedido ou suspeito causa nulidade que, se descoberta somente após o trânsito em julgado de eventual sentença favorável ao réu, está imune a qualquer mecanismo apto a reconhecê-la, visto a impossibilidade de revisão criminal *pro societate*.

Tal realidade vai de rota contrária à previsão constitucional de legítima tutela dos direitos e garantias previstas no art. 5º, XXV da Constituição Federal de 1988, configurando proteção insuficiente à garantia da imparcialidade.

Um exemplo prático ilustra a problemática: descobre-se, após o julgamento, que o juiz, em conluio com o réu, exarou a sentença a ele favorável, já transitada em julgado. Qual mecanismo teria o Ministério Público, que não sabia de tal fato, para anulação da sentença? Ou quando fosse o julgador donatário ou promissário donatário do réu?

Resta, portanto, grave lacuna processual nesse aspecto, não se vislumbrando remédio apto a resolvê-la, dada a impossibilidade de buscar no processo civil, *lato sensu*, a ação rescisória, em suprimento à revisão criminal incabível na espécie.

Não se vislumbra solução para tal despautério, sendo este o preço a ser pago por ter sido sustentado, alhures, a natureza de invalidade dos atos praticados por juiz impedido ou suspeito, em detrimento da proposta de inexistência, que não geraria tal dificuldade. É, todavia, o preço que se tem de pagar pela coerência.

<sup>44</sup> PLS 156, art. 155. Serão absolutamente nulos e insanáveis os atos de cuja irregularidade resulte violação essencial aos princípios fundamentais do processo penal, notadamente: I – a não observância da garantia dos prazos e da intervenção da acusação e da defesa no processo; II – o desrespeito às regras de suspeição e impedimentos do juiz; III – à obrigatoriedade das motivações das decisões; IV – às disposições constitucionais relativas à competência jurisdicional. §1º Sem prejuízo do disposto no art. 124, as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal cuja incompetência territorial ou constitucional tenha sido reconhecida, poderão ser ratificadas ou, se for o caso, renovadas, por aqueles que prosseguirem no processo. §2º Ainda quando absolutamente nulos, o juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa (grifos nossos).

<sup>45</sup> “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

O jeito é confiar na autocontenção do juiz impedido ou suspeito, ainda que, aqui ou acolá, se deparem com exemplos de indiferença ao tão importante predicado da imparcialidade, até de onde mais se devesse esperar tal preocupação.

## 6. Conclusão

A imparcialidade do juiz é garantia constitucional implícita, ínsita ao próprio conceito de Jurisdição, que pressupõe seu exercício de forma imparcial. Impedimentos e suspeições são os mecanismos que os Códigos preveem no intuito de assegurar a eficácia desta garantia, daí porque a melhor hermenêutica aponta para a integração dos sistemas, e não para a sua exclusão recíproca.

Os atos praticados por juízes suspeitos e impedidos são nulos e não inexistentes. Daí, dependem da arguição em tempo oportuno, com o grave problema de, no processo penal, se tardiamente descoberto pelo Ministério Público, não lhe socorrer mecanismo apto a anular o ato do juiz impedido ou suspeito que tenha sido coberto pela coisa julgada.

Que nos perdoem os portugueses, mas até dá para escapar, sim, com alguma habilidade e com uma boa dose de sorte, de pedrada de doido e de coice de burro. Mas, do que ninguém consegue mesmo escapar é de um juiz parcial. Um juiz parcial decide como quer, quando quer e do jeito que quer. E depois é só buscar, com base na teoria da argumentação, algum fundamento para a decisão que de antemão quis tomar. Não faltará um escrito para lhe servir de fundamento. Aí de nada adiantaram as supostas garantias das partes – autor e réu; acusação e defesa. Isto porque argumentos não faltam no Direito para fundamentar qualquer decisão judicial, por mais teratológica que possa ser.

E por falar em provérbio: “À mulher de César não basta ser honesta. Tem de parecer honesta.”

## Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impariedade: por uma Teoria de Repartição de Funções no Processo. *Revista de processo*. São Paulo: RePro 149, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1922. Tomo I.



CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. vol. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 28 maio 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

MAGALHÃES, Valmir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Novo CPC, fundamentação das decisões judiciais e processo penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, nº 4278, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37330>>. Acesso em: 28 maio 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



# A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei Nº 599/2013

Rita Tourinho\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A Lei nº 8.666/1993: Expectativas Não Alcançadas. 3. A Lei nº 10.520/2002 e as Novas Perspectivas Depositadas nas Licitações Públicas. 4. O Regime Diferenciado de Contratação e a Maior Eficiência e Probidade dos Processos Licitatórios. 5. O Projeto de Lei nº 599/2013 e Novas Expectativas de Avanço. Referência

**Palavras-chave:** Licitações Públicas. Lei nº 8.666/1993. Não implementação dos princípios da eficiência e probidade administrativa. Evolução legislativa. Projeto de Lei nº 599/2013. Expectativas de avanços. Referências.

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, ao destinar um capítulo voltado à Administração Pública, determinou, no *caput* do art. 37, a sua vinculação aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Entre as regras voltadas à implementação de tais princípios, estabeleceu, no inciso XXI do referido dispositivo legal, que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Tal diploma legal veio em substituição ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, alvo de diversas críticas<sup>1</sup>, surgindo com a promessa de

\* Mestre em Direito Público pela UFPE. Membro do Ministério Público da Bahia. Professora de Direito Administrativo da UFBA.

<sup>1</sup> Entre as críticas feitas ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, destacam-se: a aparente ilegalidade de alguns dispositivos; a facilidade que a norma oferecia para as contratações sob a alegação de notória especialização e demais contratações diretas; o permissivo legal de se utilizar critérios subjetivos de julgamento etc.

implementação dos princípios administrativos constitucionais, reproduzidos no art. 3º da lei. Existia também expectativa quanto à possibilidade do novo diploma legal evitar o cometimento de fraudes na formalização de contratos administrativos.

Passados mais de vinte anos, questiona-se a efetividade da Lei nº 8.666/1993 na implementação dos princípios administrativos, bem como na prevenção de fraudes nos processos licitatórios. Por certo que a evolução social, econômica e tecnológica também contribuiu para tornar a lei obsoleta, distanciando-se cada vez mais da realidade fática.

O presente trabalho parte da análise da Lei nº 8.666/1993, apresentando críticas a alguns dos seus dispositivos, buscando apresentar o quadro legal evolutivo da legislação quanto ao tema, baseando-se principalmente nos aspectos que contribuem com os princípios da eficiência e da moralidade, findando com a análise do Projeto de Lei nº 599/2013, que estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

## 2. A Lei nº 8.666/1993: Expectativas Não Alcançadas

Da superficial análise da Lei nº 8.666/1993, pode-se facilmente apontar dispositivos que em nada contribuem para garantir a imparcialidade, a eficiência ou mesmo a moralidade dos processos licitatórios.

Inicialmente, deve-se mencionar a vinculação do processo licitatório, conduzido pela Lei nº 8.666/1993, ao princípio da legalidade no sentido estrito, estabelecido no art. 3º e confirmado pelo art. 4º, segundo o qual:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Desta forma, a lei prestigia a supremacia do princípio da legalidade perante outros, a exemplo do princípio da eficiência. Por conseguinte, não prevê o saneamento de falhas em documentos apresentados nem tampouco o diálogo com o licitante vencedor, no sentido de adequar sua proposta às expectativas mais próximas das constantes do edital. Naturalmente que tal postura contraria o princípio da eficiência e cria ambiente fértil para o cometimento de fraudes, inclusive decorrentes de acordos espúrios entre licitantes e a comissão de licitação.

Mencione-se também o art. 7º c/c art. 9º, I, da Lei. O art. 7º traz os requisitos necessários à abertura do processo licitatório para licitações referentes a obras e serviços, entre os quais se tem o *projeto básico*. Por sua vez, o art. 9º determina que não poderá participar da execução de obra ou serviço o responsável pela elaboração do *projeto básico*.

No que concerne às obras, percebe-se, na prática, a dificuldade que possui a Administração Pública na elaboração de projetos básicos, concernentes àquelas mais complexas. Por certo que pode ser realizado processo licitatório, ou mesmo contratação direta por inexigibilidade de licitação, a depender da situação prática (art. 25, II), visando à contratação de empresa para apresentação de projeto básico e executivo. Ocorre que a ausência de orçamento, muitas vezes, torna tal possibilidade inviável.

Em consequência, é comum que projetos básicos e executivos sejam elaborados pela própria Administração Pública, com diversos erros, tanto de natureza quantitativa como qualitativa, levando a formalização posterior de diversos aditivos contratuais. Além disso, também não são incomuns fraudes praticadas por grandes empresas na “doação” de projetos básicos à Administração Pública, que os acolhe como produção própria, permitindo que tais empresas participem do processo licitatório, com burla ao art. 9º acima citado.

Ainda como ponto negativo da lei, tem-se as modalidades de licitação trazidas na Lei nº 8.666/1993, com objetivos comuns – concorrência, tomada de preço e convite – voltados à contratação de obras, serviços e fornecimentos. A escolha entre uma dessas modalidades em regra é feita em virtude do valor contratual. A Lei nº 8.666/1993 traz também o concurso e o leilão, que têm objetivos próprios e diferenciados. Tais modalidades de licitação estão previstas no art. 22 da lei.

Quanto à concorrência<sup>2</sup>, modalidade para contratos de valores mais elevados e outros discriminados na lei – de acordo com o art. 23, incisos I e II, alínea c, e §3º –, mostra-se de tramitação morosa, considerando os prazos elevados entre a publicação do resumo do edital e a abertura do processo (30 dias para licitação do tipo menor preço e 45 dias no caso de melhor técnica ou técnica e preço), a fase de habilitação, precedendo a fase de classificação e a possibilidade de apresentação de recurso ao final de cada fase.

No que se refere à tomada de preço<sup>3</sup>, foi idealizada para garantir a tramitação mais célere do processo licitatório, uma vez que, além de menor prazo entre a publicação do edital e a abertura da licitação (15 dias para licitação do tipo menor preço e 30 dias no caso de melhor técnica ou técnica e preço), apenas podem participar os licitantes cadastrados ou aqueles que preencham os requisitos de participação em prazo de até 48 horas antes da data prevista para abertura do processo. Assim, em tese, a fase de habilitação seria mais rápida, já que a apresentação do Certificado de Registro Cadastral indicaria a satisfação prévia dos requisitos de habilitação. Porém, a celeridade imaginada não foi alcançada por dois motivos. A uma, porque a própria legislação abriu a possibilidade de licitantes não cadastrados participarem da licitação. A duas, porque a evolução tecnológica fez com que as certidões passassem a ter prazo de validade muito curto, não justificando o cadastramento, com objetivo de participação na tomada de preço.

<sup>2</sup> Modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

<sup>3</sup> Modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

O convite<sup>4</sup>, por sua vez, apesar de ser destinado a contratos de valores mais baixos, abre portas para o cometimento de fraudes. Primeiro, porque não há edital e, sim, cartas-convite que são enviadas a, no mínimo, três interessados do ramo a que pertence o objeto do contrato, que são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas credenciadas ou não. Comentando tal modalidade de licitação, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “o *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida”<sup>5</sup>.

A ausência de previsão legal da possibilidade de diálogo com o licitante vencedor, no sentido de baixar o valor da proposta apresentada, na licitação de menor preço, a aceitação exclusiva de propostas fechadas, a impossibilidade de saneamento de erros, são também pontos negativos constantes da Lei nº 8.666/1993, que afetam a eficiência do processo licitatório, criando ambiente fértil para o cometimento de fraudes.

Por fim, observa-se que, apesar de a Lei de Licitações ter trazido um capítulo sobre sanções administrativas (Capítulo IV), deixou de tipificar as infrações, limitando-se a estabelecer no art. 87 que “a inexecução total ou parcial do contrato” poderá ensejar a aplicação de uma das sanções elencadas no referido dispositivo. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>6</sup>, quando abordam os princípios de observância obrigatória no âmbito do direito administrativo sancionador, fazem referência ao princípio da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, culpabilidade e presunção de inocência. Concorda-se com os autores quando afirmam que a falta da explicitação das infrações administrativas viola o princípio da segurança jurídica.

Por certo que estes são apenas alguns aspectos negativos da Lei nº 8.666/1993 que acabou por distancia-la, em diversas situações, dos princípios administrativos, fertilizando o terreno para cometimentos de fraudes.

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 559, já aprovado pelo Plenário do Senado, que trata de uma nova Lei de Licitações e Contratos. Referido projeto consolida regras já presentes em diferentes diplomas legais que tratam de licitações, a exemplo da Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação). Apesar de algumas mudanças propostas serem de eficiência duvidosa, por certo que a nova normativa apresentada traz consideráveis avanços, inclusive capazes de minimizar as fraudes que hoje são constantes nos processos licitatórios.

<sup>4</sup> Modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 290.

<sup>6</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativoll*. Madrid: Civitas, 2000. p.176.

Pretende-se apresentar o quadro evolutivo das regras licitatórias que contribuem com a eficiência e o controle das contratações públicas, incorporadas no Projeto de Lei nº 559, bem como tantas outras inovações positivas ainda inéditas no nosso ordenamento.

### **3. A Lei nº 10.520/2002 e as Novas Perspectivas Depositadas nas Licitações Públicas**

Em pouco tempo de vigência da Lei nº 8.666/1993, foi possível verificar que a mesma agarrava-se ao princípio da legalidade estrita, distanciando-se da eficiência e revelando incapacidade de evitar fraudes nos processos licitatórios.

Diante da impossibilidade material, por circunstâncias políticas, da imediata alteração da Lei nº 8.666/1993, a União passou a editar legislações específicas e diferenciadas, adotando nova modalidade de licitação – o pregão, esperando que a médio prazo todas as licitações se subordinassem ao novo modelo. Assim, as primeiras normas restringiam a aplicação do pregão ao âmbito federal. Posteriormente, foi generalizado para todas as órbitas federativas, com a publicação da Lei nº 10.520/2002. Marçal Justen Filho<sup>7</sup>, em obra específica sobre o tema, afirma que se pode esperar que a Lei nº 8.666/1993 torne-se diploma cuja única utilidade normativa seja a veiculação de princípios gerais.

Apesar de inegáveis avanços trazidos pelo novo modelo licitatório, cuja sistemática procedimental foi adotada por outras formas contratuais, como a Lei da Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004), a sua aplicação não se fez de forma imediata em todos os entes federados. A obrigatoriedade de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, restringe-se ao âmbito federal, em virtude do art. 4º, do Decreto nº 5.450/2005. Nas demais unidades federativas, que não tenham trazido tal previsão em norma expressa, persiste a autonomia da opção entre o pregão e outra modalidade licitatória prevista na Lei nº 8.666/1993. Percebe-se que muitos entes federativos, em diversas situações, optam pelas modalidades licitatórias constantes da Lei Geral de Licitações, mesmo quando a hipótese possibilita a utilização do pregão. Apesar da posição exposta por José dos Santos Carvalho Filho, segundo a qual “surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade”<sup>8</sup>. Cumpre ressaltar que não é como vem se comportando muitos municípios, cujas regras são silentes quanto à matéria.

Apesar de destinada exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns, cuja definição vem estabelecida no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 10.520/2002, foi estendida aos serviços de engenharia e hoje admite-se também a sua utilização para obras comuns. No âmbito federal, tal possibilidade decorre da redação constante do art. 6º, do Decreto nº 5.450/2005, de acordo com o qual “a licitação na modalidade

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 09.

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016. p.320.

de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.” Assim, entende-se que, em se tratando de obras, cabe a utilização do pregão presencial. Ressalte-se, no entanto, que no Estado da Bahia, por exemplo, o parágrafo único, do art. 108, da Lei nº 9.433/2005, proíbe expressamente a utilização do pregão às contratações de obras e serviços de engenharia.

Certamente, as novidades trazidas pela Lei nº 10.520/2002, além de promoverem maior celeridade ao processo licitatório, aproximam-no do princípio da eficiência e dificultam o cometimento de fraudes.

Entre as peculiaridades que implementam maior celeridade ao processo, tem-se o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a publicação do resumo do edital e a apresentação de propostas. Também contribui para tornar a licitação mais célere a inversão das fases de habilitação e de julgamento. Conforme já abordado, pelo procedimento constante da Lei nº 8.666/1993, a fase de habilitação antecede a classificação, conferindo ensejo a diversos recursos, inclusive judiciais, muitas vezes interpostos com o único propósito de procrastinar o feito, consolidando contratos emergenciais. Na nova sistemática, somente serão analisados os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor, com isso simplifica-se o procedimento de verificação dos documentos. Caso haja a inabilitação do vencedor, analisar-se-á a documentação apresentada pelo segundo colocado, na ordem de classificação, e assim sucessivamente até que se encontre um licitante que atenda integralmente às condições de habilitação. Cite-se, ainda, a fase recursal única, estabelecida apenas ao final do processo (art. 4º, XVIII), que também contribui com a celeridade do feito.

A peculiaridade especial da modalidade pregão reside, sem dúvida, na adoção do princípio da oralidade na fase de classificação das propostas, com apresentação de lances orais e sucessivos, o que gera maior economicidade nas contratações, com estímulo à postura competitiva. No entanto, faz-se necessário cautela por parte do pregoeiro para excluir propostas inexequíveis, que geram graves prejuízos à Administração Pública, principalmente nas contratações de serviços essenciais. Muitas vezes, empresas apresentam propostas de preço que não podem honrar, gerando a baixa qualidade do serviço prestado ou até mesmo a sua paralisação, com a inadimplência diante dos trabalhadores. No Estado da Bahia, visando minimizar tal problemática, foi editada a Lei Anticalote – Lei nº 12.949/2014 – prevendo, entre outras medidas, a retenção das parcelas mensais referentes a férias, 13º salário, INSS e multa do FGTS, protegendo os trabalhadores e os cofres públicos em conta bloqueada.

No que concerne à minimização das fraudes ocorridas em processos licitatórios, fruto de conluíus entre as empresas participantes, o pregão eletrônico cumpre esse papel, desde quando permite que licitantes participem da licitação sem necessidade de deslocamento ao local de realização da sessão pública. Ademais, diferente do pregão presencial, que somente admite a participação de alguns licitantes na fase de lances, o pregão eletrônico possibilita a participação de todos os licitantes, cujas propostas estejam compatíveis com o edital e a lei. Ampliando-se a competitividade, reduz-se a



possibilidade de ajustes entre os licitantes. Considere-se ainda como ponto positivo à redução de fraudes a manutenção do sigilo quanto à identidade dos licitantes até a finalização do processo. Neste sentido, Marçal Justen Filho pondera que:

O sigilo em relação aos demais licitantes visa, supõe-se, a eliminar o risco de conluio entre competidores, os potenciais competidores podem avençar um pacto para manter a disputa até certos limites, frustrando a competitividade. A dimensão dos riscos poderia ser ampliada pela disponibilidade de tecnologia de comunicação à distância. Com o sigilo acerca da identidade do autor do lance, restringe-se o risco de ocorrência de desvios dessa ordem<sup>9</sup>.

Muitas das novidades trazidas na Lei nº 10.520/2002 foram incorporadas por outros diplomas legais, a exemplo da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privada) e da Lei nº 11.196/2005, que alterou a Lei nº 8.789/1995 (Lei Geral das Concessões).

No que concerne à Lei de Parcerias Público-Privadas, deve-se salientar, como novidade que promove maior eficiência no processo licitatório, a fase de saneamento de falhas na habilitação e nas propostas apresentadas (art. 12, IV). Assim, evita-se a desclassificação de propostas vantajosas à Administração Pública por erros sanáveis, bem como a inabilitação de licitantes que apresentem documentação com imprecisões formais.

#### **4. O Regime Diferenciado de Contratação e a Maior Eficiência e Probidade dos Processos Licitatórios**

Diante da necessidade de agilizar as contratações voltadas à realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, muito em razão das pressões impostas pelos comitês organizadores, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), através da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011.

Percebeu-se que eventos de tamanha proporção demandariam um conjunto de obras diferenciadas, de grande monta e com efetiva urgência, incompatíveis com o regime de contratação vigente no ordenamento jurídico até aquele momento.

O RDC surge a pretexto de conferir mais eficiência e celeridade aos processos licitatórios e contratos administrativos. Tem como grande mérito absorver regras licitatórias inovadoras trazidas pelo Pregão e pelas Parcerias Público-Privadas, além de normatizar entendimentos já consolidados nos Tribunais Superiores.

As inovações trazidas pelo RDC ensejaram, de início, discussão acerca da sua possível inconstitucionalidade. Assim, duas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas: uma protocolada pelos presidentes dos partidos políticos PSDB,

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005. p.294.

DEM e PPS e a segunda pelo Procurador-Geral da República, ambas abordando a possível violação do princípio da transparência e a dificuldade do controle dos gastos do governo. Apesar de tal debate, é inegável que algumas das inovações trazidas pelo RDC contribuem para a eficiência dos processos licitatórios e das contratações públicas, como também para dificultar o cometimento de fraudes.

Estudos revelam a real redução do prazo necessário para realização do processo licitatório quando utilizado o RDC. Segundo o Diretor de Infraestrutura de Transporte do DNIT, o prazo médio das licitações realizadas por aquela Autarquia caiu de 285 para 118 dias, quando utilizado o RDC na modalidade presencial e para 43 dias, quando realizado na forma de pregão eletrônico<sup>10</sup>. O mesmo ocorreu na Infraero, cujo prazo médio das licitações naquela empresa caiu de 252 para 93 dias. A redução do prazo médio necessário para a realização do processo licitatório, com a minimização dos custos do processo, e a maximização da agilidade nas contratações contribuem na efetivação do princípio da eficiência.

Diante das experiências exitosas na utilização do RDC, houve a ampliação das hipóteses de sua aplicação, incluídas por leis posteriores. Assim, já passados a Copa do Mundo FIFA e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, atualmente o RDC pode ser aplicado às licitações e aos contratos com os seguintes objetos: ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, ações no âmbito da segurança pública, obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, contratos a que se refere o art. 47-A<sup>11</sup> da Lei e ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. Por certo que poderá ocorrer a extensão do RDC a outros tipos de contratos, desde que legalmente autorizados.

A utilização do RDC é fruto da opção discricionária da Administração Pública, porém, uma vez utilizado, resulta no afastamento das normas contidas da Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos expressamente previstos na Lei, como preconiza o §2º, do art. 1º da Lei.

Vanice Lírio do Valle<sup>12</sup> entende que é possível a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, quando o RDC não oferecer qualquer critério normativo de solução. Não se compartilha com tal interpretação que é desprovida de amparo legal e pode gerar questionamentos procrastinatórios no processo. Assim, a Lei nº 12.462/2011 é silente quanto à necessidade de audiências públicas precedendo contratações acima de 150 milhões, conforme consta do art. 39, da Lei nº 8.666/1993. Nesta situação, qual será a sistemática processual a ser adotada?

<sup>10</sup> Afirmação feita em audiência pública realizada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, em conjunto com a Comissão de Viação e Transportes, ambas da Câmara dos Deputados, no dia 21/05/2013.

<sup>11</sup> Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

<sup>12</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *Viabilidade Jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: Sobre a Arte de Evitar que a Cauda Abane o Cachorro*. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), ano 10, nº 117.

A Lei nº 12.462/2011 trouxe inovações que contribuem para eficiência do processo licitatório e tantos outros que dificultam o cometimento de fraudes, que inclusive estão incorporados ao Projeto de Lei nº 559/2013, a ser abordado no próximo tópico.

Nesta linha, cumpre de início destacar a previsão da contratação integrada, estabelecida no art. 9º da Lei, como regime de execução de obra e serviços de engenharia. Referida contratação compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Tal contratação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito da Petrobras, com o Decreto nº 2.745/1998. Assemelha-se à empreitada integral constante da Lei nº 8.666/1993, mas dela se distancia por uma característica essencial: a elaboração e desenvolvimento do projeto básico e executivo.

Sabe-se que pelas regras constantes da Lei nº 8.666/1993 os projetos básico e executivo são elaborados e desenvolvidos pela própria administração contratante, salvo algumas situações que permitem o desenvolvimento do projeto executivo concomitante à realização do empreendimento. Além disso, licitações podem ser instauradas visando à contratação de projetos. Ocorre que, muitas vezes, a Administração Pública carece de profissionais para elaboração de projetos mais complexos ou mesmo de recursos para a sua contratação. Talvez sejam esses os motivos que levam a pouca utilização da empreitada integral no âmbito da Lei Geral de Licitações.

Desta forma, diante da escassez de profissionais habilitados e ausência de orçamentos para contratação de projetos, muitas vezes estes são apresentados com erros qualitativos e quantitativos, gerando uma série de aditivos contratuais. Ora, tais aditivos, apesar de contarem com respaldo legal (art. 65, I, da Lei nº 8.666/1993) e serem muito frequentes nos contratos de obras e serviços de engenharia, por certo que dificultam o controle sobre os efetivos gastos realizados. São comuns obras finalizadas com valores muito acima dos previstos nos orçamentos iniciais.

Por outro lado, muitas empresas, para burlar a proibição contida no art. 9º, I, da Lei nº 8.666/1993, “presenteiam” a Administração Pública com projetos, que são literalmente “adotados” pelo Poder Público, o que lhes permite a participação no processo licitatório, com vantagens sobre as demais empresas, uma vez que já possuem amplo conhecimento do objeto licitado.

Desta forma, a contratação integrada apresenta-se com certas vantagens. A uma, a limitação das hipóteses de reequilíbrio, constantes do §4º, do art. 9º, da lei. A duas, possibilidade de projetos com metodologias mais avançadas. A três, o autor do projeto pode participar da licitação para execução da obra ou do serviço de engenharia, evitando-se algumas fraudes frequentes.

Assim, apenas está garantido legalmente ao contratado o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses do §4º, do art. 9º, quais sejam, na ocorrência de caso fortuito ou força maior ou por necessidade de alteração do projeto

ou das especificações, a pedido da Administração Pública, para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação. Buscou-se acabar com os frequentes pleitos de reequilíbrios efetivados pelos contratados, que visam apenas aumentar suas margens de lucro sobre o contrato. No entanto, tal dispositivo não exclui a possibilidade, ou até mesmo necessidade, do edital trazer uma matriz de riscos, alocando-os ora ao contratado e ora ao contratante. Logo, podem-se estabelecer, como risco do Poder Público, eventuais alterações na legislação tributária com impacto no ajuste. A interpretação literal do disposto no referido §4º, do art. 9º, considerando-se ilegais quaisquer outros riscos atribuídos à Administração Pública, que não aqueles mencionados, por certo que inviabilizaria a contratação integrada. Acolhe-se o entendimento exposto por Ribeiro, Prado e Pinto Júnior<sup>13</sup>, segundo o qual a Lei nº 12.462/2011 garante a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses dos incisos I e II, do §4º, do art. 9º, da lei, dependendo demais hipóteses de reequilíbrio de expressa previsão contratual.

A licitação realizada apenas com o anteprojeto possibilita a utilização de metodologias diferenciadas de execução, que serão adotadas após a formalização do contrato. Neste sentido, o edital deverá trazer procedimento para avaliação das alternativas apresentadas. Desta forma, abre-se possibilidade de a Administração escolher metodologia que lhe garanta maior funcionalidade, entre as apresentadas.

O desenvolvimento do projeto básico e executivo pelo contratado, além de propiciar maior eficiência na contratação, por certo evita que a Administração Pública aproprie-se de projetos ofertados por empresas que, posteriormente, participam da licitação para execução da obra constante do projeto, em afronta ao disposto no já mencionado art. 9º, I, da Lei nº 8.666/1993. Tal prática, além de ilegal, viola o princípio da isonomia, desde quando o autor do projeto conheceria antes e melhor do que os demais licitantes as informações para elaboração da proposta de preços, havendo possibilidade de identificar as melhores opções e de menor custo para execução da obra ou serviço de engenharia.

Por certo que o sucesso da contratação integrada dependerá da análise bastante detalhada pelo Poder Público do projeto básico e executivo desenvolvido, podendo para tanto contratar empresa especializada, além da necessidade de um acompanhamento bastante próximo da execução da obra.

Outro ponto de destaque trazido pela Lei nº 12.462/2011 é a realização da licitação preferencialmente na forma eletrônica, como consta do art. 13 da Lei. As licitações deverão ser realizadas sob o modo eletrônico, exceto quando existam circunstâncias que justifiquem a adoção do modo presencial. Por certo que a difusão da informática, com a dinâmica de comunicação via internet, acabou por influenciar na formalização eletrônica de atos administrativos.

A utilização do modo eletrônico para a licitação foi iniciada e desenvolvida no modelo do pregão eletrônico, razão pela qual dispõe o §2º, do art. 13, do Decreto 7.581/2011 que “as licitações sob a forma eletrônica poderão ser processadas por meio

<sup>13</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação*. São Paulo: Atlas, 2012. p.67.

do sistema eletrônico utilizado para a modalidade pregão, de que trata o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005<sup>14</sup>. Porém, como bem afirma Marçal Justen Filho<sup>14</sup>, as licitações regidas pelo RDC apresentam diferenças que exigem adequação. Destaca a condução do processo pelo pregoeiro no pregão eletrônico, diferente do que ocorre no RDC, cuja condução é feita pela comissão licitatória, exigindo disciplina quando à interlocução dos seus membros, na adoção de decisões.

Entre as vantagens da licitação eletrônica tem-se a redução dos custos do processo, possibilidade de ampliação da competitividade e dificuldade de fraudes decorrentes de ajustes entre concorrentes.

Outra inovação importante trazida pelo RDC é a possibilidade de reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a fixação das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente. É o chamado “lance intermediário”, previsto no §1º, do art. 17, da Lei nº 12.462/2011, regulamentado pelo art. 20, do Decreto nº 7.581/2011. A utilização dos lances intermediários adquire grande relevância nas situações em que a proposta vencedora venha a não resultar na contratação, em virtude da sua desclassificação ou inabilitação. Ressalte-se que a regra da reabertura ocorrerá apenas uma vez, depois de definido o primeiro colocado e somente se a diferença entre o primeiro e o segundo colocados for igual ou superior a 10%. Há uma peculiaridade no que se refere a lances iguais. Estes serão classificados na ordem de apresentação (art. 21, §3º, do decreto nº 7.581/2011). A previsão dos lances intermediários permite a maior aproximação do segundo colocado à proposta vencedora, possibilitando uma maior economicidade na contratação, em caso de exclusão do vencedor do processo.

Inegavelmente o RDC trouxe inovações importantes e necessárias à otimização dos processos licitatórios, no entanto, as limitações à sua utilização fazem com que a Lei nº 8.666/1993, com todas as suas imperfeições, seja ainda a norma geral requisitada pelas administrações públicas contratantes.

Impõe-se a imediata adequação de todo e qualquer processo licitatório à evolução experimentada pelo Estado brasileiro, seja no aspecto jurídico, econômico ou tecnológico. Assim, alterações à lei nº 8.666/1993 ou criação de leis específicas para situações determinadas não são suficientes. Necessária se faz a quebra do regime constante do referido diploma legal, com a total inovação, o que só é possível através de nova legislação.

O Projeto de Lei nº 599/2013 pretende cumprir esse papel. Se, caso transformado em lei, teremos ou não uma maior eficiência nos processos de contratação pública e maior garantia da probidade na sua tramitação, só o tempo dirá.

## **5. O Projeto de Lei nº 599/2013 e Novas Expectativas de Avanço**

Já tendo tramitado no Senado Federal, foi remetido à Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 559/2013, que estabelece normas gerais de licitações e contratos

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013. p.265.

administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O referido projeto também prevê a revogação das Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações), nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (que instituiu a modalidade de pregão nas licitações) e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 [Regime Diferenciado de Contratações (RDC)].

O projeto traz uma série de inovações, com acolhimento das exitosas regras constantes das Lei nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, já abordadas neste trabalho. Reformula dispositivos da Lei nº 8.666/1993, que se tornaram obsoletos pela evolução do tempo, pautada em novas tecnologias. Exclui dispositivos aparentemente implementados em sintonia com a legalidade, mas que logo se revelaram distanciados dos demais princípios administrativos.

Mantendo a perspectiva inicial, somente serão abordadas neste tópico mudanças inovadoras, que contribuam para garantia do princípio da eficiência do procedimento licitatório ou para o combate às fraudes.

No que concerne à busca da eficiência no processo licitatório, pode-se citar a introdução do “diálogo competitivo”, previsto no Projeto de Lei nº 559/2013, como modalidade de licitação “em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo” (art. 5º, XLI). Tal modalidade de licitação, já adotada em diversas legislações estrangeiras, pressupõe objetos tecnicamente complexos, cuja complexidade escape ao domínio comum de conhecimento dos órgãos ou entidades contratantes, seja sob o *aspecto técnico* ou de *estrutura financeira ou jurídica do projeto*.

O diálogo competitivo será processado como detalhado no §1º do art. 29, do referido projeto de lei. Assim, inicialmente o edital trará apenas as necessidades da Administração e as exigências já definidas. Passa-se à pré-qualificação dos licitantes, por meio de critérios estabelecidos no edital. Uma vez pré-qualificados, sucessivos diálogos são mantidos com os licitantes, não podendo ser divulgado a outros participantes do processo as soluções propostas. Identificando alternativa capaz de atender às suas necessidades, a Administração declarará a conclusão do diálogo, abrindo prazo, não inferior a 20 dias, para que os licitantes apresentem suas propostas finais, oportunidade em que divulgará para todos os critérios que definirão a proposta vencedora.

O diálogo competitivo apresenta nuances da contratação integrada, limitando-se a Administração a divulgar suas necessidades e exigências, sem apresentação de projeto básico, utilizando critério técnico para julgamento. Percebe-se que apresenta certo grau de informalidade e deverá ser realizada de forma muito transparente, para que não sirva de trampolim a direcionamentos, desvirtuando-se dos objetivos do processo.

Outro ponto que merece destaque é a inclusão, entre aqueles que estão impedidos de disputar a licitação e participar da execução do contrato, direta ou indiretamente, dos que possuem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica,

financeira, trabalhista, civil ou parentesco até terceiro grau, com agentes públicos que desempenhem funções na licitação ou que atuem na fiscalização ou gestão do contrato. Apesar da Lei nº 8.666/1993 não dispor de dispositivo semelhante, o Tribunal de Contas da União vem se posicionando quanto à impossibilidade de contratação de empresa que tenha no seu quadro societário pessoas que possuam vínculo de parentesco com servidor do órgão licitante, senão vejamos:

A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Acórdão 1941/2013 – Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.

A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação. Acórdão 1019/2013 – Plenário, TC 018.621/2009-7, Relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

Ainda nesta linha, pode-se citar o parágrafo 1º, do art. 44, do Projeto de Lei, que ao tratar da contratação de serviços estabelece que:

é vedada, ainda, em caso de terceirização, a contratação, por empresa prestadora de serviço terceirizado, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de agente público que exerça cargo em comissão ou função de confiança, no órgão ou entidade contratante, devendo tal proibição constar expressamente nos editais de licitação.

Apesar do cunho moralizador da norma, não se sabe os motivos da exclusão dos servidores públicos efetivos. Saliente-se que tal dispositivo não incide no caso do parente do servidor já possuir vínculo empregatício com a empresa antes da contratação pelo ente público.

No campo da eficiência, destaca-se a redação do art. 54, do Projeto de Lei, o qual estabelece como critério de desempate entre empresas classificadas a “disputa

final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação". Tal critério poderá conduzir a uma maior economicidade da contratação, com estímulo à redução de preços.

Quanto à contratação direta, sabe-se que, muitas vezes, ela é fruto da negligência dos agentes públicos envolvidos, na formalização do processo licitatório em tempo hábil, ou decorre de propósito intencional (dolo) no sentido de direcionar a contratação. Nesta linha, o art. 66 do Projeto estabelece que "Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis". Por certo que a omissão da Lei nº 8.666/1993, em responsabilizar conduta desta natureza, não impediu que diversas ações de improbidade administrativas, fundamentadas na Lei nº 8.429/1992, fossem propostas em face dos responsáveis por contratações diretas fraudulentas. Porém, é importante que a própria Lei de Licitações traga tal previsão, inclusive para garantir a responsabilização administrativa dos envolvidos, muitas vezes não efetivada em virtude do corporativismo ainda presente nos entes públicos.

O Projeto também traz inovações quanto aos requisitos necessários aos processos de contratações diretas, algumas delas já aplicadas anteriormente, em virtude de entendimento consolidado na jurisprudência quanto à matéria. Assim, o art. 65 ao estabelecer os documentos que devem acompanhar o processo de contratação direta, ampliou o rol de exigências constante do parágrafo único do art. 26, da Lei nº 8.666/1993, trazendo também como necessários: termo de referência, projeto completo ou projeto executivo; parecer técnico demonstrando o atendimento aos requisitos exigidos; comprovação de que o contratado preenche os requisitos de qualificação mínima necessária.

No que se refere à inexigibilidade de licitação, corretamente deslocou a hipótese de aquisição e locação de imóvel do rol de situações de dispensa para a inexigibilidade (art. 67, V). Ora, se as características de instalações e localização tornam necessária sua escolha, por certo, estar-se-á diante de situação de inviabilidade de licitação e não de ponderação entre a formalização ou não do processo licitatório.

Outra situação que chama atenção é a contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização, constante do art. 67, III, do Projeto. Diferente da Lei nº 8.666/1993, não faz referência à singularidade do serviço, o que provavelmente ampliará a utilização da referida hipótese.

Andou bem o Projeto quando alterou os valores para a dispensa em virtude do pequeno valor do objeto, considerando os altos custos do processo licitatório (art. 68, I e II). Assim, obras e serviços de engenharia de valores inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), e compras e serviços com preços abaixo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podem ser contratados diretamente.

Chama atenção a ampliação do prazo da contratação emergencial de 180 (cento e oitenta) para 360 (trezentos e sessenta) dias (art. 68, VIII). Discorda-se da



mesma, uma vez que tal dispositivo muitas vezes vem sendo utilizado em razão do descaso dos agentes responsáveis pela instauração do processo licitatório. Ademais, trazendo o novo Projeto mecanismos para tornar a licitação mais célere, não se justifica a extensão do prazo da contratação emergencial.

Outro ponto que merece destaque no Projeto é o Título VII, que aborda as infrações e sanções administrativas.

Inicialmente, diferente da Lei nº 8.666/1993, o novo texto traz especificadas as infrações administrativas no art. 111. Sabe-se que o direito sancionador, da mesma forma que o direito penal, é manifestação do ordenamento jurídico punitivo do Estado. Assim, diversos são os autores que entendem aplicáveis às sanções administrativas os princípios gerais do direito penal. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho afirmando que “embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos”<sup>15</sup>. Reportando-se ao art. 87, da Lei de Licitações, o autor aduz que:

[d]etermina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de “inadimplemento” ou “violação a deveres contratuais”, mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção<sup>16</sup>.

Nos direitos italiano, francês, grego e espanhol aplica-se o princípio da reserva legal em matéria de infrações e sanções administrativas. Assim, os autores espanhóis Enterría e Ramon Fernández<sup>17</sup>, quando abordam os princípios de observância obrigatória no âmbito do direito administrativo sancionador, fazem referência ao princípio da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, culpabilidade e presunção de inocência. Segundo os autores, a falta da explicitação das infrações administrativas viola o princípio da segurança jurídica.

É inegável que aqueles que firmam contratos com a Administração Pública têm direito de saber quais as específicas consequências dos seus atos. Obviamente que a falta de previsão legal quanto à tipicidade de infrações e a correspondente sanção acaba por possibilitar decisões diferenciadas em situações similares ou, o que é pior, a atuação com desvio de poder. O certo é que não cabe à Administração apontar o que é ou o que não é ilicitude.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p.882.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010. p.883.

<sup>17</sup> ENTERRIA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativoll*. Madri: Civitas, 2000. p.176.

Saliente-se que o art. 112, ao estabelecer as sanções aplicáveis, especifica as infrações correspondentes às mesmas, reduzindo a discricionariedade do aplicador na escolha da penalidade a ser aplicada.

O Título VII prevê, ainda, a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, à pessoa jurídica sucessora ou à empresa, do mesmo ramo, com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado.

Por fim, deve-se salientar que sempre foi expectativa positiva para redução das fraudes nos processos licitatórios a exclusão da modalidade convite, cujas parcas formalidades exigidas na Lei nº 8.666/1993 fertiliza o solo para constantes direcionamentos.

O Projeto nº 599/2013 não exclui a referida modalidade licitatória, no entanto, garante maior publicidade ao processo, permitindo que propostas adicionais sejam apresentadas. Com efeito, determina o art. 27, III, que “a Administração divulgará, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a dar conhecimento ao público acerca da licitação, o interesse em obter propostas adicionais com a completa identificação do objeto pretendido, dispensando-se a publicação de edital”. Com o cumprimento de tal formalidade, ter-se-á, pelo menos, a possibilidade que terceiros interessados apresentem propostas, garantindo, ainda, um maior controle do processo.

Certamente muitos são e serão os debates em torno da nova lei de licitações, caso aprovado o Projeto de Lei nº 599/2013, sujeito, ainda, a modificações que poderão ser introduzidas na sua tramitação na Câmara de Deputados. Espera-se que interesses econômicos e políticos não se sobreponham à necessidade de implementação dos princípios administrativos nas contratações públicas.

A história revela que os maiores desvios de recursos públicos no nosso país ocorrem no âmbito dos contratos administrativos. Sabe-se, no entanto, que a simples alteração da norma legal, com a fixação de dispositivos voltados ao combate às fraudes, não será suficiente se desacompanhado do compromisso dos gestores públicos, envolvidos em tais processos, de atuarem de forma proba, impessoal, visando exclusivamente ao interesse público. Enquanto persistir o espírito individualista, conduzindo a atuação da Administração Pública, nova legislação será apenas um belo invólucro dourado, revestindo um fruto corroído pelo câncer da corrupção.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madri: Civitas, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Regime Diferenciado de Contratação*. São Paulo: Atlas, 2012. p.67.

VALLE, Vanice Lírio do. *Viabilidade Jurídica do Regime Diferenciado de Contratações: Sobre a Arte de Evitar que a Cauda Abane o Cachorro*. Fórum de Contratação e Gestão Pública (FCGP), ano 10, nº 117.



# Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: Breves Considerações<sup>1</sup>

## *Precedent, CPC/15 and Criminal Procedure: Brief Comments*

Rodrigo Mazzei\*

Maira Ramos Cerqueira\*\*

### Sumário

Introdução. 1. Teoria do Direito e Precedentes. *Common Law e Civil Law*. 2. O CPC/2015 como Eixo do Direito Processual: o Art. 15 do CPC/2015 e a Aplicação Supletiva, Subsidiária e Residual do CPC ao Processo Penal. 3. O Modelo de Precedentes do CPC/2015 e sua Aplicabilidade ao Processo Penal. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

### Resumo

Analisar-se-á de forma sintética, porém, não superficial, se o modelo de precedentes, delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, é aplicável ao processo penal.

### Abstract

*It will be analyzed synthetically, but, not superficial, if the model precedents, regulated in art. 926 and following the Code of Civil Procedure 2015, it applies to Criminal Proceedings.*

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil de 2015. *Common Law e Civil Law*. Precedentes. Processo Penal. Teoria do direito.

**Keywords:** *Code of Civil Procedure 2015. Common Law and Civil Law. Precedents. Criminal Proceedings. Theory of law.*

---

<sup>1</sup> O presente texto faz parte de uma série de ensaios acerca do diálogo do CPC/15 com o processo penal, valendo conferir em abertura: MAZZEI, Rodrigo. A saber: Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

\* Pós-Doutor pela UFES (bolsa CAPES-REUNI). Doutor pela FADISP. Mestre pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e mestrado da UFES. Advogado.

\*\* Mestranda em Direito Processual pela UFES. Bolsista da CAPES. Advogada.

## Introdução

Sob a promessa de um novo tempo foi fundada, em 1988, a nova ordem constitucional. Pouco mais de 27 (vinte e sete) anos depois, ainda é procurada uma maneira de consolidá-la em seu projeto democrático: um programa que depende de um modo coordenado de atuação dos poderes estatais com a sociedade civil e com todos os segmentos sociais que caracterizam sua diversidade. Nessa perspectiva, o processo civil passou a orientar-se por um novo paradigma<sup>2</sup>, qual seja o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Suas disposições concentram não apenas as garantias resultantes da emancipação conquistada naquele específico momento histórico, mas também um projeto para o futuro (MOREIRA, 2010)<sup>3</sup>.

Com o discurso de ser necessário reafirmar no sistema processual infraconstitucional as garantias constitucionais, foi introduzido um novo Código de Processo Civil, elaborado a partir de labuta de *recodificação*<sup>4</sup>. Isso porque o diploma codificado de 1973, denominado por alguns de Código Buzaid, assegurava de forma deficitária os valores previstos na Constituição, além de mostrar-se destoante com aludidos axiomas<sup>5</sup>. Elaborou-se, então, uma nova legislação processual civil, Lei nº 13.105, aprovada em março do ano de 2015 (CPC/2015). Diversas foram as alterações<sup>6</sup>, sendo, uma das mais significativas a inserção de um modelo de precedentes, delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil.

<sup>2</sup> O vocábulo paradigma é aqui utilizado para “[...] designar os valores, crenças e técnicas compartilhadas por membros de uma comunidade para substituir regras e solucionar problemas apresentados pela ciência. Portanto, identificar um paradigma em dada época e contexto histórico, parece permitir que sejam reconhecidos os pressupostos utilizados para o alcance de decisões, inclusive os referentes aos direitos fundamentais” (COURA; FONSECA, 2014, p. 23-24).

<sup>3</sup> A abordagem das constituições como projetos é típica das análises reconstrutivistas, nas quais se encaixam as teorias de Habermas e Dworkin. Caracterizam-se pelo abandono da pretensão de alcance da vontade constituinte, voltando-se para as gerações posteriores e para seu potencial construtivo para a consolidação e atualização da ordem constitucional.

<sup>4</sup> *Recodificação*, ao revés da *descodificação*, implica reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da *codificação*. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela *recodificação*, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a *recodificação* é compatível com a preservação de disposições do texto revogado, ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na *recodificação* o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio às posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a *recodificação* tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). Tratando do processo de *recodificação* (ainda que com olhos para o CC/02), com análise mais ampla e nuances, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

<sup>5</sup> Confira-se, de forma ampla, sobre o tema: MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 16, p. 177-203, 2014.

<sup>6</sup> Entre as várias modificações, é possível mencionar: a codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de Competência (IAC), extinção do agravo retido, alteração de prazos processuais, inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, entre outras.

Sem imiscuir-se na polêmica inerente à nomenclatura<sup>7</sup>, tema este, que por si só, demandaria análise em separado, adota-se para fins deste artigo a expressão “precedentes” para referir-se ao rol de provimentos judiciais elencados no art. 927 do CPC/2015 e seguintes, com força vinculante, que os juízes e tribunais devem observar ao proferirem decisões, para que a “jurisprudência”<sup>8</sup> se mantenha estável<sup>9</sup>, íntegra<sup>10</sup> e coerente<sup>11</sup>, nos termos do art. 926, do CPC/2015.

Observa-se neste ponto que jurisprudência não se confunde com precedente. Por jurisprudência compreende-se, em síntese, o conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre o mesmo assunto, que embora se repitam sistematicamente, são desprovidas de força vinculante. Precedente, por sua vez, pode ser compreendido como uma decisão judicial, cujo fundamento (*ratio decidendi*) tem aptidão para ser utilizado como diretriz em julgamentos subsequentes, dotado, portanto, de força vinculativa<sup>12</sup>. Contudo, nem todas as decisões formam precedentes judiciais<sup>13</sup>.

O modelo de precedentes justifica-se na medida em que o Estado Democrático de Direito reclama, sob pena de violação a diversos valores constitucionais, em especial

<sup>7</sup> Apenas para mencionar a problemática em torno do tema, entre outros, afirmam Lênio Luis Streck e Georges Abboud inexistir “Sistema de Precedentes”, existindo, contudo, um conjunto de provimentos judiciais legalmente vinculantes (In: “O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?” Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 01 fev. 2017). Para Hermes Zaneti Júnior, há que se falar “Precedentes Normativos formalmente Vinculantes” (Confira-se: “O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes”. Ed: Juspodivm, 2016). Luiz Guilherme Marinoni adota a terminologia “precedentes judiciais”. (Vide: *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015). Registre-se, que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), por outro lado, parece entender que com o advento do novo CPC, há que se falar em um “microsistema de Precedentes”. É o que se extrai dos enunciados 459 e 460, respectivamente: “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes”, e, “O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação do *amicus curiae*”. Esta rápida menção, feita aqui em nota de rodapé, a algumas das variadas nomenclaturas utilizadas pela doutrina, ilustra parte da polêmica envolvida na temática em questão.

<sup>8</sup> Adequado seria falar em estabilidade, integração e coerência do ordenamento jurídico.

<sup>9</sup> Nesse sentido, vide alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

Enunciado 316: (art. 926): “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Enunciado 453: (art. 926 e 1.022, parágrafo único, I): “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever dos tribunais observarem seus próprios precedentes”.

<sup>10</sup> Sobre a integridade, transcrevemos alguns enunciados do FPPC:

Enunciado 456: (art. 926): “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

Enunciado 457: (926): “Uma das dimensões do dever de integridade previsto no *caput* do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico”.

<sup>11</sup> Enunciado 454 do FPPC: (art. 926 e 1.022, parágrafo único, I): “Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem os seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

Enunciado 455 do FPPC: (art. 926): “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

<sup>12</sup> Precedentes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.

<sup>13</sup> Enunciado 315 do FPPC: (art. 927): “Nem todas as decisões formam precedentes judiciais”.

à segurança jurídica, que tem como elemento central a proteção da confiança<sup>14-15</sup>, que as decisões judiciais sejam proferidas de forma isonômica, sempre que existirem pretensões fundadas em questões de fato e de direito similares. Evitando-se com isso, provimentos jurisdicionais arbitrários, que reconduzem à indeterminação do discurso jurídico.

Coerência, estabilidade e integridade, garantem, desta forma o cumprimento do disposto no texto constitucional, evitando-se, ademais, “decisões surpresas”, o que violaria o art. 10, do CPC/2015<sup>16</sup>.

Por vezes, embora uma decisão judicial possa ser reduzida a termos objetivos e impessoais, muitas vezes o que juiz está descobrindo no texto normativo não são os valores constitucionais, mas, seus próprios valores pessoais. Assim, a coerência entre as decisões judiciais é fundamental, não apenas para conferir autoridade e credibilidade ao Poder Judiciário, mas, é também imprescindível ao Estado Democrático de Direito (MACCORMICK, 1995)<sup>17</sup>.

O objetivo deste artigo é, portanto, analisar de forma sintética, porém, não superficial, se o modelo de precedentes, elencado no art. 926 e seguintes do Código de Processo de 2015, é aplicável ao processo penal.

Assim sendo, a problemática será desenvolvida em três tópicos. No primeiro analisar-se-á se o precedente é típico dos sistemas de *common law*, ou, se é decorrente da teoria do direito. Posteriormente, serão delineados alguns apontamentos a respeito do art. 15, do CPC/2015, para verificar se a nova codificação projeta-se para o processo penal. No terceiro e último tópico, será analisado se o modelo de precedentes codificado no art. 926 e seguintes do novo código de processo civil é aplicável ao processo penal.

Ressalte-se, por oportuno, que embora a análise seja sucinta, haja vista que maiores imersões no tema seriam, por certo, objeto de um trabalho mais amplo, abordaremos as questões mais relevantes e sensíveis que lhe dizem respeito. Assim, ainda que a exposição seja breve, a complexidade inerente ao assunto não restará comprometida<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Explica Karl Larenz, que o comportamento de um indivíduo gera expectativas legítimas aptas a induzir o comportamento de outrem. Tais expectativas não podem ser frustradas de maneira volúvel porque se fundamentam na boa-fé.

<sup>15</sup> Enunciado 323 do FPPC: (arts. 926 e 927): “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

<sup>16</sup> Ressalte-se que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o Enunciado número 2, nos seguintes termos: (arts. 10 e 927, §1º): “Para formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

<sup>17</sup> Enunciado 169 FPPC: (art. 927): “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos §9º do art. 1.037 e §4ºa do art. 927”.

Enunciado 170 FPPC: (art. 927, *caput*): “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a ele submetidos”.

<sup>18</sup> Todos os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis mencionados nas notas de rodapé deste tópico encontram-se disponíveis em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>-. Acesso em: 01 fev. 2017.



## 1. Teoria do Direito e Precedentes. *Common Law* e *Civil Law*

Precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas de *Common Law*, isso porque são inerentes à Teoria do direito, assim, integram também os ordenamentos jurídicos de *civil law*.

Uma teoria do precedente judicial, só será válida universalmente, se restar comprovado que “[...] o tipo de raciocínio, ou melhor, o processo hermenêutico, seguido no momento de se interpretar e aplicar um precedente judicial é o mesmo em qualquer sistema jurídico” (BUSTAMANTE, 2012, p. 93), pouco importando se é de *common law* ou *civil law*. Ou seja, a validade está condicionada ao estabelecimento de regras de argumentação úteis que justifiquem a decisão de aderir a, afastar-se de, ou modificar um precedente judicial, que se apliquem a qualquer ordenamento jurídico, pouco importando sua tradição (BUSTAMANTE, 2012). Durante o século XIX, período de significativa hegemonia da doutrina juspositivista, as diferenças entre esses sistemas jurídicos tornaram-se mais acentuadas.

A rigorosa separação entre um direito estritamente codificado e um direito jurisprudencial é resquício da forma de pensar positivista que:

[...] considerava o Direito apenas como um objeto estático a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como Direito positivo/Direito natural, norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma proposição jurídica; Direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do direito expositória/censorial, entre outras (BUSTAMANTE, 2012, p. 93).

A tese da autonomia metodológica entre o *civil law* e o *common law*, todavia, assenta-se em falsas premissas. Isso porque, baseia-se em comparar equivocadamente interpretação/aplicação da lei e interpretação/aplicação do precedente. Ou seja, são métodos distintos, razão pela qual não podem ser comparados. Assim como não se comparam “[...] peras e uvas apenas porque são frutas, não se pode comparar a interpretação/aplicação das leis com a interpretação/aplicação de precedentes, apenas porque seu resultado são decisões judiciais” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 328).

Ademais, uma análise estrutural do processo de formação e concretização do Direito, aponta que este necessariamente apresenta uma dúplici dimensão, unindo racionalidade e autoridade. A antiga diferenciação entre as tradições jurídicas que determinava o método indutivo para o *common law* e o método dedutivo para o *civil law*, “[...] é na verdade resultado da preponderância de um modelo de precedentes e de um modelo leis” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 329). Partia-se da premissa de que na tradição jurídica do *common law*, os juízes aproximavam-se do *case law* e extraíam deste caso, princípios e regras.

Analisando a decisão jurídica sobre a ótica da sua justificação, como faz, entre outros, Maccormick, resta evidente que do ponto de vista dos processos de raciocínio não há diferenças sensíveis entre *civil law* e *common law*.

[...] *For my part, however, I do not believe that in truth and in substance there is as profound a difference between common law and civilian processes of reasoning as the considerable but superficial difference of appearances would suggest. I do not want to minimise that superficial difference – indeed I have already laid considerable stress on it – nor to underemphasise the important differences of traditions which is relevant to its explanation. But I want strongly to suggest that style is not all, and that yet more important are the fundamental elements of legal reasoning which appear to me probably to be common to legal operations at least in all relatively highly developed legal orders* (MACCORMICK, 1978, p. 170-171).<sup>19</sup>

Tanto na tradição jurídica de *Civil law* ou *Common law* a postura do intérprete será eminentemente dedutiva quando houver uma regra geral à qual os fatos do caso possam ser reconduzidos pelo mecanismo da subsunção. Semelhantemente, quando o julgador parte de uma regra que regule uma situação concreta A para, por analogia, encontrar uma regulação semelhante para o caso A', necessário será encontrar por indução, um princípio geral capaz de abarcar tanto o caso A quanto o A'. Ou seja, pouco importa se estamos diante de uma regra produzida pelo julgador ou legislativamente, o processo de raciocínio é o mesmo.

[...] As duas formas de raciocínio-indução e dedução estarão sempre presentes, em maior ou menor grau, na atividade judicante, em qualquer sistema jurídico. A fonte da confusão que subjaz a tese da autonomia metodológica do *common law* está em certas diferenças que notoriamente existem entre a interpretação legislativa e o desenvolvimento do direito por analogia, mas é claro que tanto uma quanto outra têm lugar seja no *common law* quanto no *civil law* razão pela qual do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o Positivismo Jurídico – que, embora decadente,

<sup>19</sup> Tradução: “De minha parte, não acredito que exista uma diferença em verdade e substância entre os processos de justificação nas tradições *civil law* e *common law*, como as consideráveis, mas aparentes e superficiais diferenças aparentam sugerir. Não é minha intenção que essas diferenças superficiais sejam minimizadas, até porque, de fato, algumas são essenciais para explicar a diferenciação entre os modelos. Contudo, o mais importante a ser considerado são os elementos fundamentais das razões jurídicas/ argumentação judicial/ raciocínio jurídico desenvolvido nas operações jurídicas, que me parece ser o mesmo em todos os ordenamentos jurídicos altamente desenvolvidos”.

ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O Direito judicial – embora tenha vinculatividade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo (BUSTAMANTE, 2012, p. 103).

Sendo assim, ainda que subsistam certas diferenças no estilo judicial, o esquema silogístico da subsunção é inerente tanto aos sistemas jurídicos herdeiros da *civil law* quanto aos da *common law* (MACCORMICK, 2008, p. 63).

Afirmar que os juízes do *common law* apenas procedem por analogia mostra-se dissociado do que realmente ocorre nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Da mesma forma, negar a crescente e expressiva admissão da força normativa dos precedentes nos ordenamentos de *civil law*, “[...] seria deixar de enxergar o óbvio, quer pela internalização de uma presunção a favor dos precedentes, quer pela crescente legislação que torna vinculatória a observância dos precedentes nestes países” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 329).

É crescente a aproximação entre sistemas de *civil law*, e, *common law*, haja vista utilizarem substancialmente o mesmo método decisório para aplicar, “[...] ora regras legais, ora regras resultantes de precedentes, especialmente quando estes precedentes, decorrem de decisões das cortes Supremas” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 330). Em ambas as tradições jurídicas (*civil law* e *common law*), a justificação interna das decisões, dar-se-á por subsunção, justificando-se, desta forma, o direito aplicável ao caso-presente, quer a partir de uma norma-precedente, quer partir de uma norma-lei (ZANETI JÚNIOR, 2016). Entende-se por justificação interna, o controle lógico formal do raciocínio judicial a partir do conteúdo do próprio ato decisório. O objetivo da justificação interna é conferir a validade das inferências baseando-se nas premissas estabelecidas na própria decisão.

A justificação externa, por seu turno, diz respeito à fundamentação das premissas da decisão, seus aspectos fáticos e jurídicos, que dependem do controle da correta argumentação do juiz ou tribunal no momento da decisão, “[...] referem-se ao ponto de vista substancial do direito em um determinado ordenamento, em um dado momento histórico, e aos fatos concretos relacionados à causa” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 147). É um controle jurídico e fático, examina-se não apenas a validade das inferências, mas, também a fundamentação das premissas.

O objeto da justificação externa é o controle da solidez, da correção, dos pressupostos fáticos e jurídicos da decisão (ZANETI JÚNIOR, 2016). A combinação de ambos os métodos de justificação, permite o resgate do silogismo, como forma de controle interno da fundamentação das decisões. “Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades em qualquer sistema jurídico” (BUSTAMANTE, 2012, p. 111).

Não há, portanto, “[...] diferenças paradigmáticas que sustentem a distinção radical de métodos entre os sistemas ou tradições, a evolução do direito acabou jogando por terra as antigas dissensões entre *common law* (*judge-made law*) e a *civil law* (*code based legal systems*)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 98).

Assim, resta claro que o precedente, sendo inerente à Teoria do Direito, não é ínsito apenas à *Common Law*, daí ser possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*<sup>20</sup>, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito<sup>21</sup>.

## 2. O CPC/2015 como Eixo do Direito Processual: o Art. 15 do CPC/2015 e a Aplicação Supletiva, Subsidiária e Residual do CPC ao Processo Penal

A leitura apressada do art. 15 do CPC/2015<sup>22</sup> pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos.

A premissa é falsa, pois, o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Note-se que para encaixe do novo CPC como fonte (supletiva, subsidiária e residual<sup>23</sup>), deve se entender que não basta que ocorra a omissão no diploma externo a esse, mas que a regra que se pretende exportar seja também compatível com o diploma de recepção. No particular, o art. 769 da CLT<sup>24</sup> possui superfície redacional que permite desvendar melhor os contornos no art. 15, pois seu desenho é mais claro que o dispositivo do direito processual comum (MAZZEI, 2016).

<sup>20</sup> A sistematização de um modelo de precedentes para os ordenamentos jurídicos de *Civil law*, deve observar, contudo, as peculiaridades que lhe são inerentes, sob pena de se tornar discrepante para nte à realidade na qual se encontra inserido, tornando-se, desta forma, de complexa operacionalização, o que por certo o desvirtuaria dos objetivos pelos quais fora concebido, qual seja, conferir ao ordenamento jurídico estabilidade, integridade e coerência.

<sup>21</sup> Não se está afirmando, todavia, conforme será demonstrado adiante, que este modelo de precedentes deve ser aplicável irrestritamente a todas as leis processuais existentes em um dado ordenamento jurídico. Assim como há uma teoria do processo, denominada por alguns de “teoria geral” com institutos e diretrizes a serem observadas pelos diversos ramos processuais existentes, há que se conceber um “modelo geral de precedentes”, o que no caso do Brasil, já fora regulamentado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil, a ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente àqueles, devendo cada um dos vários ramos do direito processual, desenvolver seu modelo próprio, haja vista que, além das particularidades que naturalmente lhe dizem respeito, por vezes, tutelam distintos bens jurídicos, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

<sup>22</sup> Art. 15, CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

<sup>23</sup> Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr [*Curso de direito processual civil* (processo coletivo, vol. 4), 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016”], afirmam que: “Será residual a aplicação do CPC quanto ao respeito à lógica e princípios próprios dos demais sistemas. A aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem”.

<sup>24</sup> Art. 769, CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste título”.

Assim, percebe-se que o novo diploma processual funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção <sup>25-26</sup> (MAZZEI, 2016).

Note-se, por oportuno, que os artigos 139<sup>27</sup>, 362<sup>28</sup> e 790<sup>29</sup>, do Código de Processo Penal, mencionam expressamente a aplicação da lei processual civil ao processo penal. Os art. 63 a 68 do CPP, por seu turno, estabelecem a possibilidade de execução no âmbito civil da sentença penal condenatória e as hipóteses de repercussão no processo civil advindas do julgamento da ação penal. Observe-se que o Código de Processo de Civil de 2015, em seu artigo 315<sup>30</sup>, recomenda que o juiz suspenda o processo até que seja julgado o processo penal, caso o conhecimento do mérito dependa da verificação da existência de fato delituoso.

Como exemplo de aplicação de disposições constantes do CPC ao CPP, é possível mencionar, também, a aplicação ao processo penal do extinto artigo 132, CPC/1973, que previa as hipóteses de exceção à exigência da identidade física do juiz. Embora o artigo 399, §2º do Código de Processo penal exija que o juiz que presidiu a instrução é o que deve proferir sentença, aludido diploma normativo não disciplinou os casos de dispensa desta exigência, utilizando, por esta razão, das hipóteses constantes do Código de Processo Civil<sup>31</sup>.

Ademais, a falta de referência expressa do art. 15 do CPC/2015 em relação ao processo penal se torna mais simples de superar ainda na medida em que o art. 3º, do CPP<sup>32</sup> prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica<sup>33</sup>. Há que se distinguir, contudo: interpretação analógica, interpretação extensiva e analogia.

<sup>25</sup> Tal quadro fica mais evidente a partir de vários dispositivos no novo CPC, como por exemplo, o art. 771 (que faz comunicação com todas as leis que tratam da execução) ou art. 1.072 (que trabalha com rol de revogações de outras legislações, para que o processo comum seja melhor encaixado e compatibilizado com outros diplomas).

<sup>26</sup> Ressalte-se que o grupo “Normas Fundamentais” do Fórum Permanente de Processualistas, coordenado por Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, ocorrido na cidade de São Paulo nos dias 18 a 20 de março do ano de 2016, elaborou enunciado, prevendo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Civil, haja vista a omissão do art. 15. Contudo, aludido enunciado em que pese ser aprovado no grupo, não fora selecionado para ser submetido à aprovação do plenário.

<sup>27</sup> Art. 139, CPP: “O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”.

<sup>28</sup> Art. 362, CPP: “Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida no Código de Processo Civil”.

<sup>29</sup> Art. 790, CPP: “O interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil”.

<sup>30</sup> Art. 315, CPC: “Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”.

<sup>31</sup> Observe-se, em relação a este ponto, que alguns entendem que esta hipótese é um típico caso de ultra-atividade do Código de Processo Civil de 1973. (Vide: Fernando da Fonseca Guajardoni, in: “Impactos do novo cpc no processo penal”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%2%B9>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

<sup>32</sup> Art. 3º, do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

<sup>33</sup> O STF, por maioria, nos autos do Inquérito 4112/DF, decidiu que: “é cabível aplicação analógica do art. 191 do CPC (atual 229, do CPC/2015) ao processo penal”. (Informativo 737/STF).

Extensiva é a interpretação, em que o intérprete amplia o significado de uma palavra com o intuito de alcançar o real significado da norma penal<sup>34</sup>. Por outro lado, na interpretação analógica, também denominada de *intra legem*, o significado que se busca é retirado do próprio dispositivo, levando-se em conta os termos abertos e genéricos utilizados pelo legislador.

[...] Na interpretação analógica o código atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido no dispositivo. É o que ocorre, por exemplo, no art. 121, §2º, I, do Código Penal, que dispõe ser qualificado o homicídio quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe. Percebe-se que o legislador fornece uma fórmula casuística (mediante paga ou promessa) e, em seguida, apresenta uma fórmula genérica (ou por outro motivo torpe) (CUNHA, 2016, p. 63).

A interpretação extensiva é gênero, sendo espécie a interpretação extensiva em sentido estrito e analógico. Para se identificar de qual espécie se trata, é necessário verificar se a lei penal traz fórmulas casuísticas e genéricas (interpretação analógica) ou se não fornece um padrão (interpretação extensiva em sentido estrito), neste último caso ficando a cargo do intérprete a extensão do conteúdo da lei objeto de interpretação (GRECO, 2013).

A analogia, por outro lado, é uma regra de integração do ordenamento jurídico. Decorre de uma lacuna, de um vazio normativo, e, não de uma lei pendente de interpretação. “[...] Consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna (o vazio) do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio direito” (CUNHA, 2016, p. 64).

A analogia é admitida em direito processual penal, desde que sua aplicação importe em benefício para o réu (*analogia in bonam partem*) e desde que exista efetiva lacuna legal (vácuo normativo) a ser preenchida. Pode ser de dois tipos: analogia *legis* ou analogia *iuris* (jurídica). Aquela caracteriza-se por utilizar outra disposição normativa

<sup>34</sup> Cite-se, entre outros exemplos: o vocábulo “arma”, que integra o art. 157, §2º, I, do CP, engloba qualquer instrumento, apto a servir para o ataque (revólver, faca de cozinha, lâmina de barbear, entre outros). O art. 235, do CP, refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia, o art. 260, do CP (perigo de desastre ferroviário) envolve além do serviço ferroviário o serviço de metrô.

Este tipo de interpretação, todavia, é admitida com ressalvas pelas cortes Superiores. *Vide* entre outros o Resp 476.315, da 6ª Turma do STJ, publicado no DJ em 22.02.1010: “O princípio da estrita legalidade penal impede a interpretação extensiva para ampliar o objeto descrito na lei penal. Na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida – quer pelo meio empregado quer pela sua não incidência – tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal”.

para suprir a lacuna existente, a analogia *iuris*, por sua vez, tem como característica o emprego de um princípio geral do direito para regular um caso, ante a ausência de norma aplicável. Contudo, “[...] até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é regra e não a exceção” (NUCCI, 2009, p. 92).

Destaca-se como exemplo de analogia *in bonam partem* a aplicação dos arts. 1.024, §3<sup>o</sup><sup>35</sup> (conversão dos embargos de declaração em agravo), 1.024, §4<sup>o</sup><sup>36</sup> e 5<sup>o</sup><sup>37</sup> (ratificação e complementação de recurso posterior), e art. 1.025 do CPC/2015<sup>38</sup> (prequestionamento) ao processo penal. O econômico (e impreciso) regramento que é feito acerca do assunto no CPP indica a importância do CPC/15 para preencher vários vácuos da legislação processual penal<sup>39</sup> (MAZZEI, 2016).

Em resumo, o quadro acima exposto reforça a hipótese de aplicação subsidiária, supletiva e residual do Código de Processo Civil ao processo penal e da existência de um diálogo entre a legislação processual civil e penal<sup>40</sup>.

### 3. O Modelo de Precedentes do CPC/2015 e sua Aplicabilidade ao Processo Penal

Preliminarmente, há que se destacar, conforme exposto em tópico anterior, que os precedentes, sendo ínsitos à Teoria do Direito, não pertencem apenas à *Commom Law*, sendo possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito.

O art. 926, do CPC/2015 e seguintes do Código de Processo Civil, delineou um “modelo geral de precedentes”, com institutos e diretrizes a serem observadas pelos diversos ramos processuais existentes, a ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente a cada um dos vários ramos do direito processual.

<sup>35</sup> Art. 1.024, §3º, CPC/2015: “O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias”. §3º: “O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração, como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (dias), complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1º”.

<sup>36</sup> Art. 1.024, §4º, CPC/2015: “Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração”.

<sup>37</sup> Art. 1.024, §5º, CPC/2015: “Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

<sup>38</sup> Art. 1.025, do CPC/2015: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere, existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

<sup>39</sup> Para melhor compreensão do tema, recomenda-se a leitura do artigo: Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

<sup>40</sup> Trata-se de um diálogo de fontes, conforme Cláudia Lima Marques. In: *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do Direito*: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

[...] O CPC é a lei processual infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional. O CPC é norma nova e não é mera alteração cosmética, significa uma mudança profunda de paradigmas. A ausência de normas específicas que regulem os demais processos atrai a aplicação supletiva e subsidiária do CPC (art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP). Considerando o sistema processual como um todo o CPC compõe o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais ordenamentos processuais... O CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re) Codificação, portanto, permeável, plástico, adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. A aplicação dos precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 461).

Assim como há uma teoria geral do processo, denominada por alguns de teoria do processo<sup>41</sup>, dedicada [...] “à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34), existe no Código de Processo de Civil de 2015, a sistematização de um modelo geral de precedentes tipicamente brasileiro<sup>42</sup>.

O modelo desenhado no CPC/2015 contém elementos que, além de fornecerem subsídios para a adequada compreensão do que é um precedente para o direito brasileiro, fixam pressupostos para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à sua aplicação, superação, distinção, modulação de efeitos, entre outros, ou seja, o aplicador do direito deve conhecê-las antes de examinar o direito processual.

Aqui é possível traçar um paralelo com a teoria geral do processo. Sendo esta [...] “mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito processual, uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais” (JARDIM, 2001, p. 19-20). Assim, é também o modelo de precedentes.

Pode ser compreendido como um modelo geral de precedentes, haja vista que [...] “os conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais, que compõem seu conteúdo, têm pretensão universal” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34). Classifica-o como geral, por [...] “não ter a pretensão de servir integralmente a determinadas realidades normativas” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34).

<sup>41</sup> O tema fora minuciosamente desenvolvido por Fredie Diddier Jr, na obra: *Sobre a teoria geral do processo essa desconhecida*. Salvador: Juspodivn, 2013.

<sup>42</sup> A análise do modelo de precedentes brasileiro, por si só, demandaria trabalho autônomo. Embora, o modelo de precedentes delineado no ordenamento jurídico pátrio, tenha sido inspirado no modelo do direito inglês, e, sobretudo no norte americano, contém diversos institutos que lhe são peculiares, como por exemplo, as súmulas vinculantes. Ademais, uma leitura mais detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permite identificar que ora, se adota a concepção de precedentes como analogia, ora como regras e, também como princípios, ou seja, várias são as possibilidades interpretativas. (Vide: MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. *Revista de Direito GV*. São Paulo: 2012 p. 587-624). Por fim, o ordenamento jurídico detém significativas características e institutos, inerentes à tradição jurídica de *civil law*, o que torna o modelo de precedentes aqui concebido peculiar.



Portanto, o modelo geral de precedentes codificado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 deve ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente aos diversos ramos do direito processual, devendo cada um, observadas as prescrições contidas no “modelo geral”, desenvolver seu próprio modelo.

Afasta-se, com isso, a afirmação de que não é necessário o desenvolvimento de um modelo próprio de precedentes para o processo penal<sup>43</sup>. Outrossim, [...] “Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil” (ZANETI, 2016, p.453-454).

O processo penal tutela a liberdade<sup>44</sup>, ou seja, bem jurídico distinto do tutelado pelo processo civil, cujo mote é o patrimônio, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

Destaca-se ademais, que no rol de provimentos judiciais descritos no art. 927, do CPC<sup>45</sup>, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, não está elencado o *Habeas corpus*. Todavia, no processo penal, diversas decisões proferidas em sede de HC, vinculam julgamentos posteriores<sup>46</sup>, servindo de fundamento inclusive, para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais e para a edição de súmulas vinculantes<sup>47-48</sup>.

Todavia, até mesmo a vinculatividade do efeito das decisões proferidas em *Habeas corpus*, por vezes, mostra-se peculiar. É o caso, por exemplo, do HC 126.292, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do saudoso ministro Teori Zavascki.

<sup>43</sup> Nesse sentido: Hermes Zaneti Júnior, *in: Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP*. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). *In: Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458-459.

<sup>44</sup> O direito processual penal consistiria, portanto, “em um conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum”. (Vicente Grego Filho, *In: Manual de processo penal*. 10ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-88).

<sup>45</sup> Art. 927, CPC/2015: “Os juízes e os tribunais observarão: I– as decisões do Supremo Tribunal Federal; II– Os enunciados de súmula vinculante; III– Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos; IV– os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V– Orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

<sup>46</sup> *Vide*, entre outros, o precedente firmado após o julgamento do HC 82959, que culminou na declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, que previa que a pena para a prática de crimes hediondos seria cumprida integralmente em regime fechado. Entendeu o STF que aludido artigo era incompatível com o princípio da individualização da pena. Este entendimento acabou culminado na edição da súmula vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

<sup>47</sup> A Súmula Vinculante nº11, por exemplo, fora editada após o julgamento HC 91952, com o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>48</sup> Os exemplos acima mencionados servem apenas para ilustrar parte do que fora dito. Todavia, uma análise mais detida das decisões e das súmulas editadas pelo STF em matéria penal e processual penal, aponta que reiteradamente entendimentos firmados em julgamentos de *Habeas corpus*, tornam-se precedentes.

Explica-se: O STF fixou a tese de que era possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sem que com isso, restasse prejudicado o princípio da presunção de inocência. Após o julgamento, diversas prisões foram executadas ao longo do país<sup>49</sup>.

No entanto, posteriormente, o ministro Celso de Mello em decisão proferida em outro *Habeas corpus* (HC 135.100/MG), superou o entendimento antes adotado, afirmando que não há efeito vinculante de decisão proferida em HC.

Ressalte-se, também, que o Partido Ecológico Nacional e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias nºs 43 e 44, pedindo que o art. 283, do CPP <sup>50</sup> fosse declarado constitucional, assim, prisões, caso se desse provimento ao mérito, só poderiam ser efetivadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou, no curso da instrução processual, se for hipótese de preventiva ou temporária. No dia 01 de setembro de 2016 iniciou-se o julgamento conjunto de aludidas ações, tendo o ministro Marco Aurélio, dado provimento à medida cautelar para suspender a execução provisória da sentença ainda não transitada em julgado e a liberação dos réus presos em virtude do entendimento anteriormente fixado. Contudo, o plenário do STF ao retomar o julgamento de aludidas ações, firmou posicionamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88, sendo possível, desta forma, a execução provisória de sentença penal ainda não transitada em julgado<sup>51</sup>.

Há que se destacar, por oportuno, que o direito penal, e, conseqüentemente, o processo penal, são regidos por princípios que lhe são próprios, entre os quais, destacam-se: a) o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – art. 2º, do CP); b) princípio da individualização da pena (“A lei regulará a individualização da pena); c) princípio da responsabilidade pessoal (“Nenhuma pena passará da pessoa do acusado”); d) princípio da culpabilidade (art. 59, do CP) e) princípio da irretroatividade e extra-atividade da lei penal (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) e f) princípio da adequação social<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Cite como exemplo as prisões de Luis Estevão, ex-senador, e Benedito Domingos ex-governador do Distrito Federal, amplamente divulgadas pela mídia.

<sup>50</sup> Art. 283, do CPP: “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”.

<sup>51</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 01 fev. 2017.

<sup>52</sup> Luigi Ferrajoli, afirma serem 10 os postulados do direito penal e processual penal, em um sistema garantista: 1) *nulla poena sine crimine*; 2) *nullum crimen sine lege*; 3) *nulla lex (poenallis) sine necessitate*; 4) *nulla necessitas nisi iniuria*; 5) *nulla iniuria sine actione*; 6) *nulla actio sine culpa*; 7) *nulla culpa sine iudicio*; 8) *nullum iudicium sine accusatione*; 9) *nulla accusatio sine probatione*; 10) *nulla probatio sine defensione*. (In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 69).

Aludidos axiomas, são, em síntese, a positivação no Código Penal e no CPP, das garantias constitucionais elencadas ao longo de todo o texto constitucional, em especial, das previstas no art. 5º e incisos da CRFB/88. Ressalte-se, contudo, que este rol não é taxativo, até porque os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O panorama acima exposto reforça a tese de que é necessário o desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o processo penal. Não se afirma com isso, entretanto, que o modelo de precedentes delineado no CPC/2015 não é aplicável ao processo penal.

O modelo do CPC/2015, conforme já exposto, é um modelo geral, contém, portanto, diretrizes e institutos a serem observados pelos demais ramos processuais. Ele fornece subsídios para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à aplicação dos precedentes.

Mais ainda, o próprio art. 3º, do CPP prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.

Mas o modelo de precedentes do CPC/2015 não é aplicável irrestritamente ao processo penal, porque além dele ser um modelo geral, ou seja, não fora concebido para servir integralmente a uma realidade normativa, para que seja aplicado, é necessário que ocorra uma omissão no CPP a respeito do que se pretende aplicar e que haja compatibilidade do instituto de transporte e absorção. Aplicá-lo de maneira irrestrita ao processo penal, por certo, torná-lo-ia discrepante frente à realidade na qual estaria inserido.

Quanto ao primeiro requisito (omissão), tem-se, que o CPP não desenvolveu um modelo de precedentes próprio, portanto, este quesito resta cumprido. No que diz respeito à segunda exigência, os precedentes não são incompatíveis com o direito processual penal.

Se no processo civil, que se destina precipuamente a tutelar direitos patrimoniais, a jurisprudência, deve se manter íntegra, estável e coerente, sob pena de afronta à segurança jurídica, e, sobretudo da proteção da confiança, com mais razão, esta lógica deve ser seguida no processo penal, que tem como mote o maior valor do ser humano, qual seja, sua liberdade.

O modelo de precedentes busca em última análise evitar a indeterminação do discurso jurídico, o que por certo, conduz a arbitrariedades. Assim sendo, se provimentos arbitrários mostram-se danosos à tutela de direitos patrimoniais, o são ainda mais, para a tutela da liberdade.

A compatibilidade do modelo de precedentes do CPC/2015 deve ser analisada, também, sobre outra perspectiva. A aplicação do modelo do CPC não pode conflitar com a lógica e princípios próprios do Código de Processo Penal, ou seja, [...] “jamais poderá implicar em analogia *in malam partem*, e não poderá criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 454-455).

Caso seja proferida decisão de efeito vinculante favorável ao réu relativa a direito penal material, aplica-se à regra contida no art. 2º, §1º, do CP e art. 5º, XL, da CFRB/88, ou seja, os efeitos da decisão serão de incidência imediata, e, retroagirão para beneficiar infrações praticadas antes da fixação do precedente. [...] “A irretroatividade da lei penal incriminadora e a retroatividade da lei penal benéfica são princípios constitucionais paralelos. E os princípios dotados de força vinculativa imediata, de cogente eficácia, impõem-se desde logo” (COSTA JÚNIOR, 2011, p.5).

Em se tratando de decisão a respeito de norma processual<sup>53</sup>, segue-se o disposto no art. 2º, do CPP, ou seja, seus efeitos são de aplicação imediata.

Por fim, caso a decisão com efeito vinculativo trate de questão mista, ou seja, que diz respeito a direito penal material e a direito processual, em regra<sup>54</sup>, entende-se ser aplicável o mesmo critério do direito penal, ou seja, tratando-se de norma benéfica, retroage para beneficiar o réu, caso seja prejudicial, os casos anteriores à fixação do precedente serão regulados pelo entendimento anterior (ultratatividade do entendimento mais benéfico).

Resta claro, portanto, que o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável ao processo penal. A aplicação não é irrestrita, deve observar a lógica e princípios do direito processual penal. Os precedentes nunca podem criar novos tipos penais, nem tampouco, configurar em *analogia in malam partem*.

Não se afasta com isso, a necessidade de desenvolvimento de um modelo de precedentes próprios para o direito processual penal.

#### 4. Considerações Finais

O objetivo desta breve exposição fora analisar, sinteticamente, ou seja, de forma horizontal e pouco aguda, se o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 é aplicável ao processo penal.

Demonstrou-se que precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas de *Common Law*, isso porque são inerentes à Teoria do direito, assim, integram também os ordenamentos jurídicos de *civil law*.

Aludida questão, embora se mostre eminentemente teórica, é de extrema relevância, isso porque, sendo o precedente, inerente à Teoria do Direito, não é insito apenas à *Common Law*, daí ser possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito.

<sup>53</sup> Não nos parece que a decisão que afirmou ser possível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, seja meramente processual, isso porque a norma que veda a possibilidade de execução provisória da sentença está contida diretamente no art. 5º, LVII, da CF/88. Não se trata de uma norma de processo penal.

<sup>54</sup> O STF assim decidiu quando do julgamento do HC nº 79.390/RJ (referente à Lei nº 9.099/95), HC nº 83.864/DF (referente à Lei nº 9.271/96 que deu nova redação ao artigo 366, do CPP). No entanto, no julgamento do HC nº 123.492/MG, referente às leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, o STF decidiu que seriam de aplicabilidade imediata aos procedimentos do júri.

A não inclusão do processo penal no rol do art. 15 da nova codificação processual civil não implica dizer que os ditames deste não serão aplicados naquele. Na verdade, além de se tratar de rol puramente exemplificativo, pela válvula inserta no art. 3º do CPP, há comunicação com o CPC/15 nas partes em que a legislação processual civil comum, diante da evidente posição de o novo CPC de se tornar um eixo para um processo comum, de inspiração constitucional. Existe, portanto, um diálogo entre a legislação processual civil e processual penal.

Assim como há uma teoria geral do processo, denominada por alguns de teoria do processo, existe, no Código de Processo de Civil de 2015, a sistematização de um modelo geral de precedentes tipicamente brasileiro.

O modelo desenhado no CPC/2015 contém elementos que, além de fornecer subsídios para a adequada compreensão do que é um precedente para o direito brasileiro, fixam pressupostos para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à sua aplicação, superação, distinção, modulação de efeitos, ou seja, o aplicador do direito deve conhecê-las antes de examinar o direito processual.

O modelo de precedentes exposto no art. 926 e seguintes do CPC/2015, por ser geral, deve ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente aos diversos ramos do direito processual, devendo cada um, observadas as prescrições contidas no “modelo geral”, desenvolver seu próprio modelo, o que afasta afirmação de que não é necessário o desenvolvimento de um modelo próprio de precedentes para o processo penal.

O processo penal tutela a liberdade, ou seja, bem jurídico distinto do tutelado pelo processo civil, cujo mote é o patrimônio, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

Destaca-se ademais, que no rol de provimentos judiciais descritos no art. 927, do CPC, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, não está elencado o *Habeas corpus*. Todavia, no processo penal, diversas decisões proferidas em sede de HC, vinculam julgamentos posteriores servindo de fundamento inclusive para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais e para a edição de súmulas vinculantes. Todavia, até mesmo a vinculatividade do efeito das decisões proferidas em *Habeas corpus*, por vezes, mostra-se peculiar.

O panorama acima exposto reforça a tese de que é necessário o desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o processo penal. Não se afirma com isso, entretanto, que o modelo de precedentes delineado no CPC/2015 não é aplicável ao processo penal.

A aplicação do modelo de precedentes do CPC/2015 ao processo penal depende, contudo, de dois requisitos: é necessário que ocorra uma omissão no CPP a respeito do que se pretende aplicar, e, que haja compatibilidade do instituto de transporte e absorção. Aplicá-lo de maneira irrestrita ao processo penal, por certo, torná-lo-ia discrepante frente à realidade na qual estaria inserido.

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que o Código de Processo não desenvolveu um modelo de precedentes próprio, portanto, este quesito resta cumprido. No que diz respeito à segunda exigência, os precedentes não são incompatíveis com o direito processual penal.

O modelo de precedentes busca em última análise evitar a indeterminação do discurso jurídico, o que por certo, conduz a arbitrariedades. Assim sendo, se provimentos arbitrários mostram-se danosos à tutela de direitos patrimoniais, o são ainda mais, para a tutela da liberdade.

A compatibilidade do modelo de precedentes do CPC/2015 deve ser analisada, também, sobre outra perspectiva. A aplicação do modelo do CPC não pode conflitar com a lógica e princípios próprios do Código de Processo Penal. Os precedentes nunca podem criar novos tipos penais, nem tampouco, configurar em *analogia in malam partem*.

Resta claro, portanto, que o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável ao processo penal. Não se afasta com isso, a necessidade de desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o direito processual penal.

Por fim, com tais notas, espera-se que a temática venha a ser debatida com mais profundidade a partir dos pontos mais nervosos que se pode tirar do diálogo entre o Código de Processo Penal com o novo Código de Processo Civil, diplomas concebidos em épocas distintas, com modelos de direito processual também com bastante diversidade.

### Referências Bibliográficas

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. *Finding analogies between cases: On Robert Alexy's third basic operation in the application of law*. In: \_\_\_\_\_; Bernal, Carlos (Eds). Beijing: Nomos, 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2017469](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017469)>. Acesso em: 01 fev. 2017.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. O que os Direitos Fundamentais têm a ver com democracia à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Espírito Santo*, 2014. Filosofia e direito: ética, hermenêutica e Jurisdição.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Impactos do novo CPC no processo penal*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, KARL. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: \_\_\_\_\_; PERELMAN, Chaim (Eds). *Bruxelas: Bruylant*, 1978.

\_\_\_\_\_. *Rethoric and the rule of law*. A Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. *Revista de Direito GV*. São Paulo: 2012, p.587-624.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

\_\_\_\_\_. Breve história (ou estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 16, p. 177-203, 2014.

\_\_\_\_\_. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 453-466.

\_\_\_\_\_; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. Vol.4. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.







Detalhe da imagem da capa



# **Observatório Jurídico**



# Modernização do Poder Judiciário<sup>1</sup>

Ives Gandra\*

O Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO, há aproximadamente um ano, está promovendo uma série de debates, programas audiovisuais e palestras sobre a necessidade de modernização do Poder Judiciário. Já participaram, com sugestões, no primeiro grupo de entrevistados, os juristas Maria Cristina Peduzzi, Marco Aurélio Mello, Marivaldo Pereira, Márlon Reis, Renato Nalini, Janaina Paschoal, Oscar Vilhena, Diego Werneck, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Jobim, José Eduardo Faria, Edson Fachin, Carlos Ayres Britto e eu. Sou curador do Projeto.

Alguns aspectos foram bem realçados por estes reconhecidos operadores do Direito: “lentidão da Justiça; o tamanho do Judiciário brasileiro; a disfuncionalidade gerada pelo excesso de processos; as mudanças no novo Código de Processo Civil e os motivos que ainda nos afastam de gozarmos de uma Justiça célere e eficiente no País”.

Pessoalmente, entendo que um fator de instabilidade no Direito Brasileiro atual decorre, nada obstante ser o Poder Judiciário, de longe, o poder que melhores servidores têm para o desempenho de suas funções (em primeira instância, todos concursados e nos Tribunais com eficiente participação da advocacia e do Ministério Público), e padece de um excessivo protagonismo da Suprema Corte.

A Constituição Federal fez questão de realçar que a harmonia e a separação dos poderes são os alicerces de um Estado Democrático de Direito (artigo 2º). As invasões de competência são vedadas pela lei suprema, com mecanismos para preservá-la. Tanto é assim que, mesmo nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º), não cabe ao STF legislar, mas sim ao Parlamento.

Pode a Suprema Corte declarar que o Congresso está se omitindo de forma inconstitucional; mas não pode fazer a lei no lugar do Legislativo. A Constituição exigiu, pois, que o Poder Judiciário seja apenas um legislador negativo – não dar curso a leis inconstitucionais –, mas nunca um legislador positivo – fazer a lei no lugar do Parlamento.

Pode o Congresso barrar a invasão de sua competência (artigo 49, inciso XI), não aceitando decisões neste sentido, pois manda a disposição da lei suprema que é sua função zelar por sua competência normativa perante os outros Poderes.

<sup>1</sup> Artigo publicado no portal jurídico JOTA (<https://jota.info/>).

\* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG), e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS).

A meu ver, os parlamentares só não o fazem por receio dos processos penais em curso, havendo um número apreciável de deputados e senadores envolvidos.

Se, todavia, houver um conflito de Poderes e um deles recorrer a Forças Armadas, estas estarão acima dos três Poderes, para repor a ordem e a lei, nos termos do artigo 142 da Constituição Federal.

Há, portanto, um sistema de freios e contra freios na lei suprema, não devendo nenhum dos poderes invadir área de competência do outro, pois pode colocar em risco a estabilidade democrática.

A matéria tem sido objeto de discussões, ainda no plano acadêmico – até em bancas por titulação universitária –, mas esta ingerência do Poder Judiciário, cada vez maior, na área própria de atuação de outros Poderes é perigosa.

Essa atuação invasiva ocorreu, entre muitas outras, na definição de fidelidade partidária (artigo 17), na posse de candidatos derrotados a governador (artigo 81), na criação do aborto eugênico, em *habeas corpus* para abortários clandestinos (artigo 128 do Código Penal), na união estável de pessoas do mesmo sexo (artigo 226, §3º), na prisão de parlamentares (artigo 53, §3º) e em muitas outras hipóteses, o que gera permanente insegurança jurídica.

Não é a Constituição nem a lei conformadas por um Congresso eleito por 140 milhões de brasileiros que prevalece, mas a opinião de um sodalício constituído por apenas 11 cidadãos, que, embora excelentes juristas, foram eleitos por um homem só, o presidente da República.

Creio que a matéria deve sair da reflexão acadêmica para um amplo debate nacional, com a presença, inclusive, dos membros dos Tribunais Superiores.

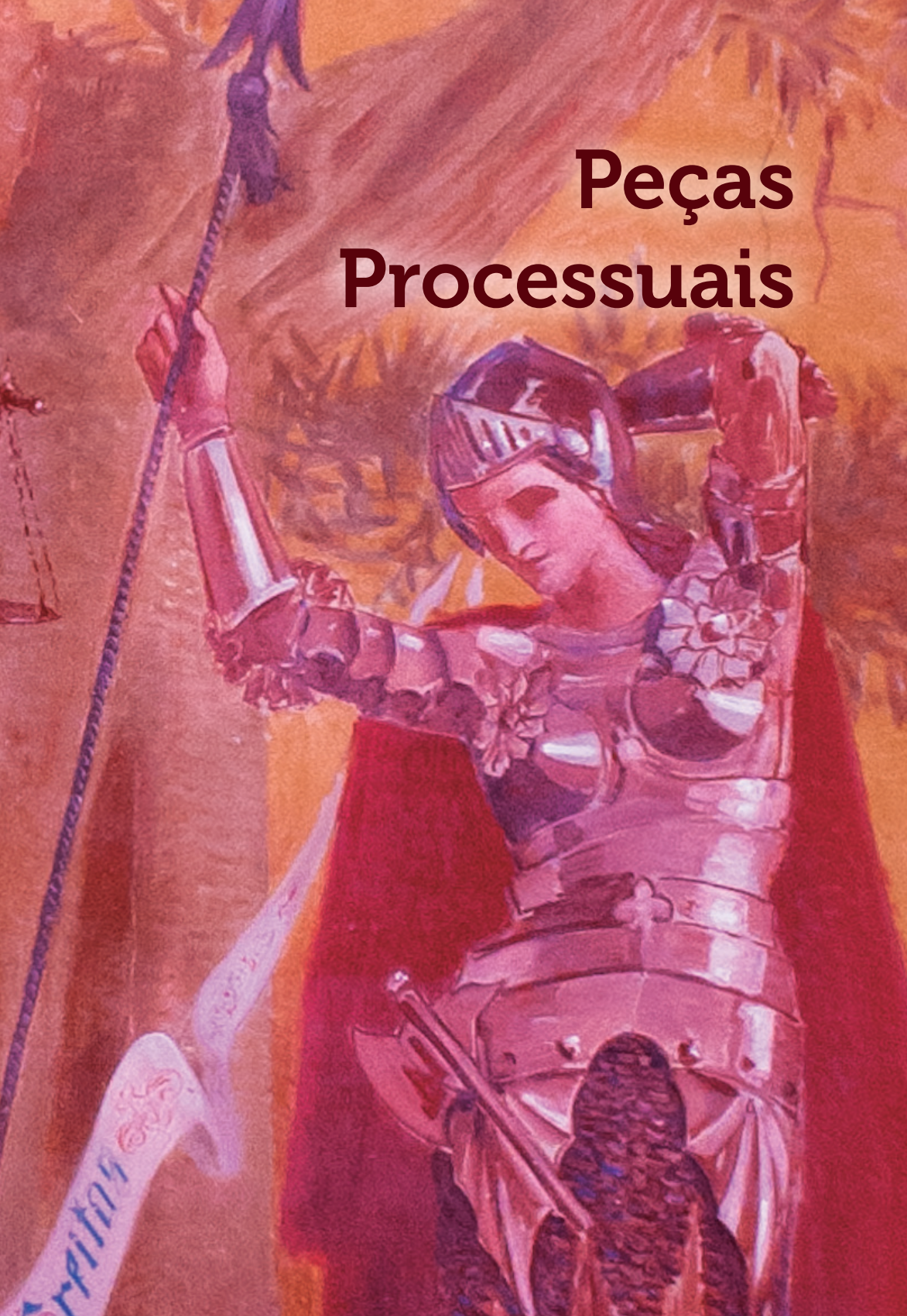




Detalhe da imagem da capa



# Peças Processuais





## Parecer

• • •

*Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. A problemática acerca de recurso de revisão interposto contra decisão proferida por Promotoria de Justiça de Fundações, especificamente no que diz respeito à sua atribuição em analisar anualmente as contas e a evolução patrimonial das fundações.*

Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de expediente instaurado pela FUNRIO – Fundação de Apoio, Ensino e Assistência à Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro e ao Hospital Gaffrée e Guinle, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em que solicita à Chefia Institucional que requisite, à 2ª Promotoria de Justiça de Fundações, o recurso de revisão interposto, para que, na sua atribuição de órgão revisor, possa reformar a decisão proferida por aquele órgão de execução, que não aprovou as contas da requerente relativas ao exercício 2007.

Informa a requerente que: (i) interpôs recurso de revisão nos autos do Processo Administrativo MPRJ nº 2008.00088055, diante da decisão proferida pela 2ª Promotoria de Justiça de Fundações, que indeferiu a prestação de contas da Fundação do ano de 2007; (ii) o feito foi encaminhado ao Conselho Superior do Ministério Público, que não conheceu do recurso por lhe faltar competência, tendo os autos retornado à Promotoria de Justiça de Fundações, sem julgamento, apesar da regra vigente no art. 9º, II, da Resolução GPGJ nº 68/1979, que dispõe ser o Procurador-Geral de Justiça a instância revisora das decisões proferidas pelas Promotorias de Fundações; (iii) o feito foi arquivado sem atendimento do pleito formulado, em afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do Promotor Natural.

Por fim, informa que as contas apresentadas, apesar do atraso, atendem às exigências técnicas e contábeis descritas nos arts. 63 a 68 da Resolução GPGJ nº 68/1979, devendo ser indicadas, no caso, as ressalvas que exijam correções e conferida oportunidade ao requerente para saná-las, não sendo possível que eventuais ressalvas possam gerar a reprovação integral das contas apresentadas.

Em apenso, foram juntados outros requerimentos da requerente, com idênticos fundamentos, alternando-se, apenas, o exercício indicativo da prestação de contas devida: (a) MPRJ nº 2017.00571326, relativo ao ano de 2008; (b) MPRJ nº 2017.00571332, relativo ao ano de 2011; (c) MPRJ nº 2017.00571334, relativo ao ano de 2013; e (d) MPRJ nº 2017.00571337, relativo ao ano de 2014.

O feito veio a esta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 4.

## II

A matéria versada nestes autos diz respeito à possibilidade, ou não, de a Chefia Institucional conhecer de recurso interposto contra decisão proferida por Promotoria de Justiça de Fundações, especificamente no que diz respeito à sua atribuição em analisar anualmente as contas e a evolução patrimonial das fundações.

A esse respeito, principiando pela Resolução GPGJ nº 68, de 13 de novembro de 1979, que estabelecia normas para a atuação dos órgãos do Ministério Público em matéria fundacional, observa-se que era do Procurador-Geral de Justiça a atribuição para conhecer dos recursos interpostos contra decisões proferidas pelos órgãos de execução, entre outras temáticas, no tocante à apreciação de contas. Dispunha, a esse respeito, o seu art. 9º:

Art. 9º – No prazo de 10 dias, contado da ciência do despacho do órgão de atuação, caberá a interposição de recurso, para revisão, pelo Procurador-Geral da Justiça, das seguintes decisões:

- I) apreciação de ato de instituição e dotação e de estatutos, ou de alteração desses;
- II) apreciação de contas;
- III) apreciação de pedido de autorização ou de aprovação de atos de administração da fundação;
- IV) outras deliberações finais.

Posteriormente, quando da promulgação da Lei Complementar nº 106/2003, essa atribuição foi revogada pelo art. 41, I, “a”, do referido diploma normativo, que deslocou tal atribuição para o Conselho Superior do Ministério Público, *verbis*:

Art. 41 – Cabe ao Conselho Superior do Ministério Público:

I – Decidir:

- a) Os recursos interpostos dos atos dos Promotores com atribuição em matéria de fundações;

Tendo em vista a necessidade de atualizar o sistema de velamento das Fundações, foi editada, em 26 de dezembro de 2013, a Resolução GPGJ nº 1.887. Este ato normativo revogou as disposições da Resolução GPGJ nº 68/1979, permanecendo em vigor somente aquilo que não conflitava com a novel regulamentação, *verbis*:

Art. 13 – Até a edição de novo ato normativo pelo Procurador-Geral de Justiça no exercício da competência prevista no art. 2º, *caput*, desta Resolução, permanecem em vigor, naquilo que não conflitam com a presente, as normas da Resolução GPGJ nº 68, de 20 de novembro de 1979.

Art. 14 – A presente Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

No que diz respeito à competência para conhecer de recurso contra decisão emanada de órgão de execução em matéria fundacional, a Resolução GPGJ nº 1.887/2013 foi silente, especialmente frente à normatização da temática recursal na Lei Complementar nº 106/2003, como antes dito.

Em momento posterior, sobreveio a Lei Complementar nº 174/2016, que revogou a alínea a do inciso I do art. 41 desse diploma normativo, *verbis*:

LEI COMPLEMENTAR Nº 174, DE 20 DE OUTUBRO DE 2016.

ALTERA A LEI COMPLEMENTAR Nº 106, DE 3 DE JANEIRO DE 2003.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º – Fica revogada a alínea “a” do inciso I do art. 41 da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003.

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

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2016.

**FRANCISCO DORNELLES**

Governador em exercício

Com isso, foi revogada a parte da Lei Complementar nº 106/2003, que revogara a atribuição do Procurador-Geral de Justiça para examinar os recursos interpostos contra as decisões dos Promotores de Justiça de Fundações. A revogação da norma revogadora, como é basilar, não tem o condão de reprecuar os efeitos da norma originariamente revogada. É o que dispõe o art. 2º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Na atualidade, o que se vislumbra é a inexistência de qualquer instrumento de controle interno, no âmbito do Ministério Público, que permita a revisão do *facere*, influenciando no juízo valorativo da alçada exclusiva das Promotorias de Justiça de Fundações.

Portanto, não é dado ao Procurador-Geral de Justiça incursionar em seara afeta à independência funcional dos membros do Ministério Público, sob pena de afronta direta a um princípio de estatura constitucional (CR/1988, art. 127, §1º).

### III

Em razão do exposto, o parecer é no sentido de que o requerimento seja indeferido, dada a impossibilidade jurídica do pedido. Empós, pelo seu encaminhamento à 2ª Promotoria de Justiça de Fundações, para pensamento aos respectivos autos dos processos de prestação de contas.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

## Peça

• • •

*Peça Processual. 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Ressarcimento ao erário, compartilhamento de provas e indisponibilidade de bens. Inquérito Civil nº 2011.00047580, instaurado para apurar irregularidades na licitação e posterior execução das obras de reforma e adequação do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014.*

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.**

Ref.: IC 2011.00047580

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, CNPJ 28.305.963.0001-40, por intermédio da **3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital**, sede na Av. Nilo Peçanha, 26, 4º andar, Castelo, RJ, local onde receberá intimações, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais previstas no art. 129, item III, Constituição da República Federativa do Brasil; art. 173, item III, Constituição do Estado do Rio de Janeiro; art. 25, item IV, Lei nº 8.625/93; art. 34, item VI, alínea “a”, Lei Complementar nº 106/03 e art. 5º da Lei nº 7347/85, vem propor a presente

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, PEDIDO LIMINAR DE COMPARTILHAMENTO DE PROVAS E INDISPONIBILIDADE DE BENS**

em face de:

**1) ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A**, sociedade empresária líder do Consórcio Maracanã, CNPJ 10.220.039/0001-78, com sede na Praia de Botafogo, 300 – 11º andar, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22250-040;

**2) CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A**, sociedade empresária integrante do Consórcio Maracanã, CNPJ 17.262.213/0001-94, com sede na Av. do Contorno, 8123, Cidade Jardim, Belo Horizonte, MG, CEP 30110-062;

**3) DELTA CONSTRUÇÕES S/A**, sociedade empresária integrante do Consórcio Maracanã, CNPJ 10.788.628/0001-57, com sede na Av. Rio Branco, 156 / 31º ANDAR, SALA 3117 (Grupo 401), Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20040-003;

**4) HUDSON BRAGA**, brasileiro, ex-secretário de obras do estado – SEOBRAS, CPF 498.912.607-63, residente e domiciliado na Rua Coronel Eurico de Sousa Gomes Filho, 66/201, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22620-320;

**5) JOEL DA SILVA MYRRHA**, brasileiro, membro da comissão de fiscalização do contrato – SEOBRAS, CPF 497.894.737-53, residente e domiciliado na Rua Coronel Paulo Malta Rezende, 180, bloco 02, Apt.1202, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22631-005;

**6) WILSON JOSÉ FERNANDES**, brasileiro, membro da comissão de fiscalização do contrato – EMOP, CPF 254.784.867-87, residente Estrada do Pontal. 855, bloco 3, apt. 301, Recreio dos Bandeirantes, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22.785-560;

**7) RAFAEL GIANNI DI VAIO**, brasileiro, membro da comissão de fiscalização do contrato – EMOP, CPF 599.781.807-10, residente e domiciliado na Rua São Miguel, 306/101, Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, ou no endereço Rua M Viriato Vargas, 54 – CS, Alto da Boa Vista, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20531-050;

**8) MARCO ANTÔNIO RODRIGUES MARINHO**, brasileiro, responsável pela Diretoria de Planejamento e Projeto da EMOP, CPF 208.991.907-82, residente e domiciliado na Rua Alvares de Azevedo, 97/303, Icaraí, Niterói, RJ, CEP 24220-020;

**9) ÍCARO MORENO JUNIOR**, brasileiro, ex-diretor presidente da EMOP, CPF 723.884.557-15, residente e domiciliado na Rua Helade, 37 – casa, Engenho de Dentro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20730-490;

**10) JOSÉ CARLOS PINTO DOS SANTOS**, brasileiro, ex-coordenador de projeto – EMOP, CPF 267.186.267-91, residente e domiciliado na Av. dos Flamboyants, 100, bloco 01, Apt.1006, Condomínio Península, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22776-070;

**11) CÁTIA CRISTINA DE OLIVEIRA CASTRO**, brasileira, autora do projeto básico – EMOP, CPF 029.634.547-40, residente e domiciliada na Rua Lair Rocha Turque, 141, Chácara do Paraíso, Nova Friburgo, RJ, CEP 28605-350;

**12) ERNANI KNUST GRASSINI**, brasileiro, responsável pela Coordenadoria de Preços da EMOP, CPF 284.098.257-91, residente e domiciliado na Rua Mariz e Barros, 350/1204, Icaraí, Niterói, RJ, CEP 24220-121;

pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

## SUMÁRIO

### 1. BREVE INTROITO

### 2. DAS DIVERSAS IRREGULARIDADES NA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO

2.1. Projeto genérico. Não atendimento dos requisitos previstos na Lei nº 8.666/93

2.2. Exigências desarrazoadas de atestação de qualificação técnica que macularam o caráter competitivo do certame e a isonomia entre os licitantes

2.3. Conclusões acerca do Edital e Projeto Básico para a execução de obras de reforma do Complexo Maracanã



### **3. DAS IRREGULARIDADES NO PROJETO EXECUTIVO. DELEGAÇÃO SEM DECISÃO ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADA. DESVINCULAÇÃO DO PROJETO BÁSICO**

- 3.1. Adequabilidade do orçamento da EMOP em relação às referências oficiais e aos valores praticados no mercado
- 3.2. Nova cobertura da Arena Maracanã
- 3.3. Análise dos projetos de sistemas de ar condicionado/ventilação mecânica e sistemas eletrônicos
- 3.4. Duplicidade de mão de obra nas composições dos serviços e de serviços e coeficientes de produtividade majorados

### **4. ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO SOBRE AS IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE REFORMA DO COMPLEXO MARACANÃ. EXISTÊNCIA DE SOBRECUSTOS**

- 4.1. Irregularidades na execução da obra. Fiscalização deficiente
- 4.2. Irregularidades na execução da obra. Concessões de reajustes contratuais em prazo inferior ao mínimo determinado em lei
- 4.3. Dos benefícios fiscais concedidos sem a correspondente repactuação do valor do contrato

### **5. DA NULIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO / DOS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS**

#### **6. CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

- 6.1. Da Tipologia dos Atos de Improbidade Administrativa
- 6.2. Dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública
- 6.3. Dos atos de improbidade que causam lesão ao erário

### **7. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO ADEQUADO E EFICIENTE. NOVAS INTERVENÇÕES NO COMPLEXO MARACANÃ PARA AS OLIMPÍADAS QUE VIOLARAM A ECONOMICIDADE**

#### **8. IRREGULARIDADES ESPECÍFICAS**

- 8.1. Das Diversas Irregularidades na Elaboração do Projeto Básico de Engenharia
- 8.2. Exigências de qualificação técnica pelo Edital que culminaram na frustração do caráter competitivo do certame
- 8.3. Excessivo número de termos aditivos formalizados
- 8.4. Existência de sobrepreço

#### **9. PERTINÊNCIA SUBJETIVA AD CAUSAM**

#### **10. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

## **11. DOS FUNDAMENTOS DOS PEDIDOS LIMINARES**

11.1. Da Necessidade do Compartilhamento de Provas

11.2. Da Indisponibilidade de Bens

## **12. DO PEDIDO PRINCIPAL**

### **I DOS FATOS**

#### **1. BREVE INTROITO**

A presente demanda tem por base os elementos colhidos ao longo das investigações conduzidas pelo Ministério Público Estadual no Inquérito Civil nº 2011.00047580, instaurado para apurar irregularidades na licitação e posterior execução das obras de reforma e adequação do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014.

No ano de 2010, o Estado do Rio de Janeiro, por meio de sua Secretaria de Obras, com interveniência da Empresa de Obras Públicas do Estado, lançou o Edital de CONCORRÊNCIA NACIONAL Nº 045/2010/SEOBRAS<sup>1</sup>, com objetivo de selecionar interessados na elaboração do Projeto Executivo e execução das obras de reforma e adequação do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014, tendo o Projeto Básico orçado o valor da obra em R\$ 720.707.135,01 (setecentos e vinte milhões, setecentos e sete mil, cento e trinta e cinco reais e centavo), dos quais, R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais) seriam obtidos por meio de empréstimo junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e o restante constituído de recursos do Tesouro Estadual.

#### **2. DAS DIVERSAS IRREGULARIDADES NA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO**

##### **2.1. Projeto genérico. Não atendimento dos requisitos previstos na Lei nº 8.666/93.**

A elaboração do Projeto Básico ficou a cargo da EMOP, através dos servidores JOSÉ CARLOS PINTO DOS SANTOS e CÁTIA CRISTINA DE OLIVEIRA CASTRO, respectivamente coordenador e autora do Projeto, e foi objeto de inúmeras críticas pelos órgãos de fiscalização e controle, pois, em linhas gerais, inviabilizou uma análise profunda de quantitativos e custos, tendo em vista que o documento não contemplou elementos essenciais à caracterização do objeto e não apresentou o nível de detalhamento exigido pela Lei nº 8.666/93, o que, por si só, já seria razão suficiente para anular a licitação que foi desenvolvida.

A própria Assessoria Jurídica da SEOBRAS, desde março de 2010, sinalizava as deficiências do Projeto Básico<sup>2</sup>, que, saliente-se, deixaram de ser corrigidas pela Administração.

<sup>1</sup> Fls. 39/82 do Anexo I, Volume I do IC.

<sup>2</sup> Fls. 03/37 do Anexo I, Volume I do IC.

Em análise expedita do Edital de Licitação, o Tribunal de Contas da União<sup>3</sup> também identificou inúmeras irregularidades no Projeto Básico. Essas irregularidades serão apresentadas em pormenores na exposição da fundamentação jurídica desta exordial. Por ora, traz-se um panorama geral ao conhecimento do nobre julgador apenas para que se tenha uma visão holística das deficiências.

O Memorial Descritivo do Projeto Básico contou com 80 páginas, 37 desenhos de arquitetura, planilha orçamentária com cerca de 2.950 itens e cronograma físico-financeiro sendo objeto de análise pelo TCU. O Tribunal adotou como estratégia preliminar de investigação um comparativo entre o projeto adotado para a reforma do Maracanã e os documentos técnicos utilizados nas licitações visando à contratação de obras de reforma ou construção de outros estádios para a Copa 2014.

A Tabela que segue apresenta a quantidade de plantas anexas ao Projeto Básico e lista os projetos disponíveis.

ESTÁDIO	QTD PLANTAS	ELEMENTOS PB
Mineirão (Belo Horizonte) – Reforma	1.309	Arquitetura – Interna, Externa; Sondagem; Topografia; Movimentação de Terra; Demolições e Escavações; Fundações; Estrutura de Concreto; Estrutura Metálica; Ar Condicionado; Impermeabilização; Hidráulica – Água Pluvial, Água Potável, Água Quente, Drenagem Superficial, Gás, Esgoto Sanitário; Elétrica – Instalações, Geradores, Entrada de Energia; Iluminação – Interna, Externa, Pública, Esportiva, de Emergência; Acústica; Sonorização; Vídeo e Projeção; Telas e Painéis Eletrônicos; Telecomunicações; Automação; Alarme e Detecção de Incêndio; Combate a Incêndio; CFTV; Segurança Patrimonial; Controle de Acesso; Paisagismo; Sistema Viário; Memoriais de Cálculo; Orçamento; Composições de Custo Unitário; Cronograma Físico-Financeiro
Verdão (Cuiabá) – Demolição e Construção	702	Arquitetura; Arquitetura de Interiores; Paisagismo; Luminotécnica; Comunicação Visual; Infraestrutura; Estrutura de Concreto; Estrutura Metálica; Hidráulica; Incêndio; Elétrica; Telecomunicações; Sistemas Eletrônicos; Alarme e Detecção de Incêndio; Climatização; Gramado.

<sup>3</sup> Em razão do financiamento da obra com recursos do BNDES o TCU também exerceu o controle e fiscalização (fls. 05/17 do IC).

Arena Amazônia (Manaus) – Demolição e Construção	401	Arquitetura; Sonsagem; Topografia; Fundações; Estrutura de Concreto; Estrutura Metálica; Infraestrutura; Climatização; Hidráulica; Elétrica; Iluminação; Telecomunicações; Gramado; Paisagismo; Memoriais de Cálculo; Orçamento; Composições de Custo Unitário; Cronograma Física-Financeiro
Maracanã (Rio de Janeiro) – Reforma	37	Arquitetura; Sondagem; Memorial Descritivo; Orçamento; Cronograma Físico-Financeiro

Mesmo tendo ciência de que o número de plantas não é critério suficiente para avaliar a qualidade de um projeto, é possível perceber, diante de tão elevada discrepância em relação a licitações de objeto semelhante, que, no caso do Maracanã, os projetos disponíveis não eram suficientes para caracterizar o objeto e inequivocamente demonstrar os métodos construtivos e a origem dos quantitativos adotados na planilha de orçamento.

Toda obra pública de edificação deve observar a Orientação Técnica nº 001/2006 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras – IBRAOP e a Norma Técnica Brasileira NBR 13531/1995 – Elaboração de Projetos de Edificações, que estabelecem um rol de elementos mínimos constantes de qualquer projeto básico de edificação.

Conforme atestado pelo TCU<sup>4</sup>, a despeito dessas definições técnicas, nenhum dos elementos que compõem o objeto foi suficientemente detalhado, não atendendo minimamente ao que preveem os documentos orientadores citados. Esses elementos, na realidade, não foram efetivamente projetados, mas tão somente tiveram seus custos unitários pré-estimados e inseridos no orçamento.

Assim, não se permitia nem mesmo questionamento por parte dos licitantes (na formulação da proposta) a respeito das quantidades e preços da planilha. Daí que, se não havia memorial de cálculo, se as escassas plantas sequer apresentaram cotas, não havia como se questionar ou conferir os quantitativos inseridos na planilha.

Interessante repisar que não se tratava de uma obra simples, tanto que a EMOP tratou de exigir dos licitantes a apresentação da Metodologia de Execução de Serviços, permitida pela Lei nº 8.666/1993 (art. 30, §8º) apenas para obras, serviços e compras “de grande vulto e de alta complexidade técnica”. Isso, justamente por se tratar de uma obra de elevado nível de complexidade, e inquestionável materialidade, que se exige da Administração, ao licitar sua execução, a completa caracterização de todos os elementos que a compõem, de forma a não submeter nem o Poder Público nem o futuro contratado a riscos desnecessários.

<sup>4</sup> Fls. 05/17 do IC.

Ainda acerca do inespecífico Projeto Básico, o TCU identificou que a planilha orçamentária que acompanhava o edital foi composta por uma enorme quantidade de itens (cerca de 2.950, incluindo itens em repetição) exatamente para permitir a realização de serviços que eventualmente viessem a ser necessários durante a execução da obra, ainda que não se tivessem elementos para previamente estimar suas quantidades de forma precisa.

Ocorre que em auditoria de obras tal artifício é chamado de “*planilha guarda-chuvas*”, pois flexibiliza a execução do contrato mediante o incremento na quantidade de alguns itens e a redução de outros, à medida que se percebe a necessidade de sua execução. Apesar de recorrente, tal prática é diametralmente contrária aos preceitos do Direito Administrativo pátrio, tanto que a jurisprudência a vem rechaçando<sup>5</sup>. Como não se sabe ao certo as quantidades de serviços a serem apropriados, é impossível estimar satisfatoriamente o custo total do empreendimento, ferindo os princípios básicos da Administração Pública, como a legalidade, moralidade, vinculação ao edital, isonomia entre os licitantes, busca da proposta mais vantajosa, e estabelecimento de prioridades na realização de políticas públicas.

Também não se pode deixar de mencionar que o TCU identificou a ineficiência da Administração na correta estimativa de profissionais para elaboração do Projeto Básico, na medida em que não foram alocados profissionais suficientes para elaboração de um projeto adequado visando à contratação da reforma pretendida, em violação à Resolução nº 218/1973 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, que regulamenta a Lei nº 5.194/1966.

No que se refere à planilha orçamentária, o TCU identificou a inexistência de projetos de engenharia suficientes para caracterizar os serviços contratados. *Atestou que a planilha beirava uma mera* peça de ficção, ao arrolar longa lista de itens a respeito dos quais não seria possível extrair qualquer juízo de certeza sobre quantidades ou, até mesmo, necessidade.

A inópia da planilha orçamentária era tamanha que, nas palavras do TCU, até mesmo um leigo era capaz de perceber que não se tratava de uma “*composição de custo unitário*”, como determina o art. 70, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. A título de exemplo, termos

<sup>5</sup> Jurisprudência TCU acerca de planilha guarda-chuva.

É vedado firmar contratos do tipo “guarda-chuva”, ou seja, com objeto amplo e/ou com vários objetos, devendo ser promovidos os devidos certames licitatórios em quantos itens forem técnica e economicamente viáveis (Acórdão nº 1.663/2005 TCU Plenário).

DOU de 27.10.2005, S. 1, p. 289 – o TCU determinou à PETROBRAS que se abstivesse de firmar contratos do tipo “guarda-chuva”, ou seja, com objeto amplo e/ou com vários objetos, promovendo os devidos certames licitatórios em quantos itens forem técnica e economicamente viáveis (item 9.7.3, TC-005.991/2003-1, Acórdão nº 1.663/2005-Plenário): Assim, temos que as “instalações de plataformas”, mesmo considerando a natureza comercial da PETROBRAS, a grande demanda por construções, reformas ou instalações de plataformas, voltadas à extração/processamento de produtos necessários à consecução de sua atividade-fim, ainda assim, o objeto contratado, por sua complexidade, demanda incerta e inassiduidade, não se caracterizaria como contratos típicos de natureza contínua. O que se verifica, ao contrário, é um contrato contendo uma miscelânea de atividades, com graduações variáveis de necessidade, importância e utilização, aplicando-se-lhe, perfeitamente, a denominação conhecida vulgarmente por “contrato guarda-chuva”, por tais peculiaridades de amparo a qualquer situação. (item 9.2.1.15) (...) No presente caso, entendemos que esse contrato tem objeto muito semelhante ao contrato analisado no item anterior firmado entre a PETROBRAS e a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT, ou seja, um contrato com vasto e incerto objeto, o qual enquadra-se no notório conceito de “contrato guarda-chuva”. (item 14.2.4 TC-005.991/2003-1, Acórdão 20051031, Plenário).

como “*miscelânea montagem*” ou “*complemento de infra-estrutura*” são tão genéricos que não têm qualquer significado objetivo, possibilitando futuros desentendimentos entre as partes contratantes, em claro prejuízo para a Administração Pública.

Outro ponto relevante identificado pelo TCU diz respeito aos critérios de aceitabilidade de preços global e unitário previstos no Edital. Assim dispôs o instrumento:

11.13 Serão desclassificadas as propostas que não atenderem, no todo ou em parte, às disposições deste Edital, aquelas com preço excessivo, e aquelas que tiverem preço manifestamente inexequível.

11.14 Considerar-se-á de preço excessivo a proposta com valor superior ao valor estimado da obra estabelecido no item 5.1, deste Edital.

11.17 O Licitante terá sua proposta de preços desclassificada, nas seguintes hipóteses:

(...)

f) Apresentar Preços Unitários com uma *variação de 30% (trinta por cento)*, para mais ou para menos, do valor estimado no orçamento, incluindo o BDI utilizado na proposta apresentada.

De fato, é comum a adoção do orçamento estimado como limite global da proposta. Contudo, a permissão de variação de até 30% nos custos unitários foi inadequada, pois possibilitaria a realização do conhecido “jogo de planilha”, consistente na alteração contratual, durante a execução da obra, para aumentar a quantidade dos itens superestimados em relação ao mercado e reduzir a dos itens subestimados, beneficiando a contratada em detrimento da Administração Pública.

Com isso, a proposta vencedora da licitação pode vir a deixar de ser a mais vantajosa para a Administração, em função das alterações implementadas ao longo da execução da obra.

E foi exatamente o que ocorreu no caso concreto. Observou-se que a delegação da elaboração do projeto executivo ao contratado e os 16 termos aditivos assinados com alterações de toda ordem oneraram em quase 50% o valor inicial do contrato, muito perto do limite estabelecido na lei de licitações, revelando-se bastante prejudicial à Administração Pública.

## **2.2. Exigências desarrazoadas de atestação de qualificação técnica que macularam o caráter competitivo do certame e a isonomia entre os licitantes**

Foram examinados também os requisitos que o edital exigia para qualificação técnica (operacional e profissional) dos licitantes, tanto pelo Tribunal de Contas da União quanto pela Controladoria Geral da União – CGU. Esse aspecto é de grande relevância em toda licitação, pois pode ser um meio de restrição ao caráter competitivo do certame, ao impedir a participação de interessados que potencialmente teriam condições de prestar os serviços adequadamente e a preços justos à Administração.

As exigências especiais de habilitação, quaisquer que sejam as particularidades do objeto, devem manter vínculo com a lei de licitações e estar justificadas no processo, sob pena de serem consideradas restritivas à competitividade do certame.

Pois bem. O Edital de Concorrência Nacional nº 045/2010/SEOBRAIS continha uma série de exigências específicas (cite-se como exemplo o item 9.3.4) de qualificação técnica de difícil comprovação. O curioso é que para uma série de serviços aos quais se determinava a apresentação de atestados, o próprio instrumento convocatório admitia a possibilidade de subcontratação (item 19 do Edital), em evidente conflito intrínseco.

Difícilmente uma empresa, por maior que seja, deteria *expertise* para a realização de serviços tão vastos conforme os listados no Edital. Aliás, o mercado tem se pautado pela especialização e cada empresa busca a sua “*core competence*”, delegando aquilo que não lhe seja vital do ponto de vista estratégico para outras mais aptas. É o que ocorre com as grandes construtoras, por exemplo, que atuam como gerentes do empreendimento, subcontratando diversos serviços como demolição, automação, estruturas metálicas, entre outros.

Na análise do Edital sobre as exigências de qualificação técnica, a CGU<sup>6</sup> identificou que os excessos cometidos pela Administração, mormente quanto à execução de parcelas sem relevância para a entrega do objeto (por exemplo, a exigência de atestado para a fixação de assentos – serviço de fixação de parafusos executado por equipe mínima sem nenhuma complexidade técnica) e aos itens passíveis de subcontratação, frustraram o caráter competitivo do certame.

Não à toa quatro das seis licitantes foram eliminadas justamente pela ausência de qualificação técnica para realizar a obra.

A tabela abaixo apresenta as devidas justificativas de não atendimento dos requisitos exigidos:

CONSÓRCIO	SOCIEDADES EMPRESÁRIAS INTEGRANTES	ITENS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO ATENDIDOS DO EDITAL
CONSÓRCIO BRASIL 2014	SANERIO ENGENHARIA LTDA., BA ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA. E HEXAGONAL CONSTRUÇÕES LTDA.	<p>9.3 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, SUBITENS 9.3.2 E 9.3.4 (“C”, “D”, “E”, “F” e “G”)</p> <p>9.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, SUBITENS 9.4.3 E 9.4.4.1</p> <p>9.7.7 – METODOLOGIA DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, SUBITENS “I” E “II” (9.7.3.1 E 9.7.1.2)</p>

<sup>6</sup> Fls. 04/56 do Anexo III do IC.

<p>CONSÓRCIO CONSTRUCAP – CETENCO – CONVAP (MARACANÃ)</p>	<p>CONSTRUCAP – CCPS ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A, CETENCO ENGENHARIA S/A e CONVAP ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S/A</p>	<p>9.3 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, SUBITENS 9.3.2 E 9.3.4 (“C”, “D”, “E”, “F” e “G”)</p>
<p>CONSÓRCIO NOVO MARACANÃ</p>	<p>CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A e CARIOCA CHRISTIANI-NILSEN ENGENHARIA S/A</p>	<p>9.3 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, SUBITENS 9.3.2 e 9.3.4 (“F” e “G”)</p>
<p>CONSÓRCIO NOVO MARACANÃ – PAULITEC – ESTACON – RECOMA</p>	<p>POLITEC CONSTRUÇÕES LTDA., ESTACON ENGENHARIA S/A e RECOMA CONSTRUÇÕES COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.</p>	<p>9.3 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, SUBITEN 9.3.4 (“A”, “C”, “F” e “G”)</p>

### 2.3. Conclusões acerca do Edital e Projeto Básico para a execução de obras de reforma do Complexo Maracanã

Para além do falho Projeto Básico e Edital elaborados pela Administração, veio a domínio público no início de dezembro de 2016, informação de que uma das sociedades empresárias integrantes do Consórcio Maracanã – a CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ – firmou acordo de leniência com o Ministério Público Federal e com o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência onde assume a formação de cartel para a realização das obras destinadas à construção e reforma dos estádios para a Copa do Mundo de 2014, entre elas a do Maracanã, o que reforça o prévio arranjo entre os licitantes e o Poder Público no direcionamento da licitação, sugerindo que a formatação de edital e projeto básico genérico permeado de exigências desarrazoadas tinha por objetivo único fraudar a licitação, eivando-a de nulidade insanável.

Além da CGU, o TCU também identificou indícios de restrição ao caráter competitivo da licitação quando da análise do Projeto Básico e Edital do certame, entre os quais:

- Limite de quantidade de empresas que poderiam constituir cada consórcio;
- Exigência, para fins de habilitação, de experiência em serviços não relevantes materialmente ou sem complexidade técnica;
- Limite de quantidade de contratos para comprovação de experiência para fins de habilitação;
- Exigência de visita para participação na licitação;



- Exigência de apresentação de Metodologia de Execução de Serviços, contemplando algumas informações que deveriam ser fornecidas pela própria Administração e outras irrelevantes ou injustificáveis.

A conclusão apresentada pela Corte de Contas federal acerca do estudo realizado sobre o Projeto Básico das obras de reforma e adequação do Complexo Maracanã gizou que, além de indícios de irregularidades relativos à restrição ao caráter competitivo da licitação, o projeto utilizado na licitação não caracterizou satisfatoriamente o objeto pretendido, de forma que não seria possível aos órgãos de fiscalização, concorrentes e mesmo à Administração apontar com precisão os serviços que seriam efetivamente realizados, bem como o custo final da obra, em clara violação aos mandamentos da Lei nº 8.666/93.

Ao lado das impressões finais da Corte de Contas federal, não se ignora a conclusão extraída da análise do Projeto Básico e Edital por parte da Controladoria Geral da União<sup>7</sup>.

Diante da contundência apresentada, mister trazer ao conhecimento do d. Juízo no corpo desta exordial:

5.1) Após a análise dos esclarecimentos apresentados pela SEOBRAS/RJ e tendo em vista que não foram acatados por parte desta Controladoria-Geral da União, conforme apontado no texto deste documento, mantiveram-se as constatações dos seguintes fatos:

a) o edital de concorrência analisado continha cláusulas impertinentes, que não preservam a administração, tais como: exigências de atestados para serviços pouco significativos em relação ao total do empreendimento e/ou com autorização para sua subcontratação, o que contraria o que dispõe a Lei de Licitações, situação agravada pela incompletude dos projetos e que culminaram na desclassificação de quatro dos seis consórcios participantes do certame;

b) ficou evidenciada a adoção de critérios de habilitação sem respaldo legal. Mesmo para uma licitação tipo técnica e preço (o que não é o caso), o critério adotado seria inadequado tendo em vista carecerem de objetividade e vinculação direta e mensurável sobre a qualidade da obra. Assim sendo, a decisão quanto à classificação ou desclassificação coube a uma análise subjetiva da comissão de licitação;

c) no memorial descritivo não foi apresentada a solução escolhida, o que dificulta a formação de uma visão global da obra e impede a identificação de seus elementos constitutivos. Verificou-se, também,

<sup>7</sup> Fls. 54/56 do Anexo III do IC.

a falta de detalhamento das soluções técnicas adotadas, o que acarretará grande liberdade na elaboração do projeto executivo a ser contratado. Desse modo, o projeto a ser executado poderá ter qualidade inferior à idealizada, bem como uma variação dos quantitativos inicialmente propostos e, conseqüentemente, aditivos contratuais futuros;

d) não existe especificação técnica de nenhum equipamento pertencente aos sistemas eletrônicos e nem do sistema de ar condicionado, o que impossibilita o levantamento do real custo de cada sistema e, em último caso, eleva sobremaneira a estimativa do empreendimento, pois, diante da falta de informações, o proponente tende a selecionar o modelo mais caro, reduzindo assim seus riscos. Apenas a título ilustrativo, cite-se o caso dos 73 conjuntos de fechaduras eletromagnéticas do item 13.3 (controle de acesso). Sem as informações técnicas necessárias para a seleção do modelo correto, é possível escolher fechaduras com forças de tração variando de 30 a 600 Kgf, com acabamento para portas de madeiras, vidro ou ferro e com preços variando de R\$ 150,00 a R\$ 1.000,00 cada;

e) o projeto disponibilizado aos licitantes se constitui de 37 plantas arquitetônicas por meio das quais não há possibilidade de orçar, com a precisão requerida para esta etapa do projeto e para a envergadura e importância da obra, estruturas metálicas, sistemas de ar condicionado, sistemas de automação predial, estruturas de concreto e armaduras, instalações elétricas e hidráulicas. A título de comparação é importante pontuar que o projeto utilizado para a licitação do Estádio Verdão em Cuiabá/MT era composto de 733 pranchas;

f) as composições de custos apresentados pela EMOP, notadamente nos sistemas especiais, sistema de ar condicionado, quadros elétricos, não detalham os insumos, mas apenas apresentam a descrição do item e seu valor unitário total. Não permitem, por conseguinte, nenhuma análise do que se propõe fornecer em cada item;

g) na planilha orçamentária disponibilizada aos licitantes foram detectadas uma série de falhas, listadas a seguir:

- previsão de quantitativos não respaldada em projetos/especificações técnicas;
- diferença de valores entre a planilha orçamentária e a composição de custos unitários;
- utilização de unidade inadequada;
- superestimativa por falta de especificações e projetos;

- inconsistência entre itens e valores da planilha orçamentária;
- existência de indícios de preços unitários acima daqueles praticados no mercado.

Em relação aos itens da nossa amostra R\$ 130.610.608,00 (21,02% do total dos custos orçamentários), apurou-se um sobrepreço da ordem de R\$ 28,20 milhões, o qual corresponde a um sobrepreço percentual de cerca de 18% do montante quando se considera para esses serviços as especificações utilizadas na Arena Amazônica. O cálculo efetuado é procedimento cautelar, adotado por falta de projeto e especificações adequadas.

5.2) Os fatos constatados levam às seguintes conclusões:

a) Há impossibilidade de manifestação quanto à adequação do valor contratado pelas falhas de projeto supracitadas, ou seja, pela impossibilidade de identificação dos serviços, equipamentos e insumos necessários à realização da intervenção prevista. Merece destaque o fato de a licitação para a seleção da empresa ter sido do tipo “menor preço global” e sob regime de “empreitada por preço unitário”, o que significa que a empresa contratada tem direito a acréscimo no valor constante de sua proposta em vista de qualquer alteração nas quantidades previstas no contrato original;

b) O projeto básico licitado não preenche os requisitos da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que:

- a solução escolhida não foi desenvolvida de forma a fornecer uma visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- a documentação fornecida não apresenta soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- não são identificados os tipos de serviços a executar, nem os materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;
- não foram fornecidas informações que possibilitassem o estudo e a dedução dos métodos construtivos, das instalações provisórias e das condições organizacionais para a obra.

### **3. DAS IRREGULARIDADES NO PROJETO EXECUTIVO. DELEGAÇÃO SEM DECISÃO ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADA. DESVINCULAÇÃO DO PROJETO BÁSICO**

Inobstante as irregularidades encontradas pelos órgãos de fiscalização incidentes sobre o Projeto Básico, a respeito das quais o Poder Público não promoveu a sanatória, o procedimento licitatório teve sequência e, dos dois concorrentes remanescentes, sagrou-se vencedor o Consórcio Maracanã, composto pelas sociedades empresárias ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A, CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A e DELTA CONSTRUÇÕES S/A com a proposta de R\$ 705.589.143,72 (setecentos e cinco milhões, quinhentos e oitenta e nove mil, cento e quarenta e três reais e centavos), valor 2,14% abaixo do montante definido no orçamento base da licitação.

Foi assinado então, em 11 de agosto de 2010, o Contrato nº 101/2010 estabelecendo o regime de execução por preço unitário e com prazo para a elaboração do projeto executivo e execução da obra definido em 900 dias consecutivos.

Aqui, mister frisar uma questão relevante. Não é comum a delegação da elaboração do Projeto Executivo ao contratado. Deve a Administração assumir tal responsabilidade evitando prejuízos futuros. A delegação excepcional é admitida, mas exige decisão administrativa tecnicamente motivada, mormente quando diante de projetos de comprovada complexidade.

Tal exigência já era sinalizada pela Assessoria Jurídica da SEOBRAS em seu parecer<sup>8</sup>, pois a utilização excepcional e motivada da faculdade presente no art. 7º, §1º, da Lei nº 8.666/93, decorre de expressa recomendação da Procuradoria Geral do Estado, consubstanciada no Parecer nº 02/09 FAG:

Já tive a oportunidade de sustentar que a elaboração do projeto executivo pelo contratado deve ser considerada uma exceção e, portanto, justificada em cada caso sob aspecto técnico. Isso porque alarga-se sobremaneira o poder de direção técnica que o contratado exerce sobre a obra, o que pode facilitar uma indesejável manipulação dos insumos a serem empregados na fase de execução do contrato, em especial por meio de sucessivos termos aditivos.

Tal entendimento também é consagrado na doutrina:

Não é só por razão de legalidade, mas também de lógica, é de se entender que a possibilidade de atribuir ao empreiteiro a elaboração do Projeto Executivo é excepcional, e não uma faculdade que se pode utilizar diante de qualquer caso concreto. (MENDES, Renato Geraldo. O Regime Jurídico da Contratação Pública, p. 163, *apud* Parecer nº 02/09 FAG).

<sup>8</sup> Ver Anexo, I, Volume I, do IC.

Apesar da opinião do órgão consultivo, não se localizou no processo administrativo a devida justificativa técnica da Administração para a delegação do projeto executivo, o que veio a demonstrar a formalização de inúmeros termos aditivos e a oneração elevada do valor inicialmente pactuado para a execução do objeto contratado.

Assinado o contrato com o Poder Público, o Consórcio Maracanã elaborou o Projeto Executivo, que não passou despercebido à análise da Controladoria Geral da União<sup>9</sup> tampouco à do Tribunal de Contas do Estado<sup>10</sup>. Diversas irregularidades foram encontradas, identificados responsáveis e, quando possível, quantificado o dano.

Antes de adentrar especificamente sobre cada um dos pontos levantados pelos órgãos de fiscalização técnica, importante salientar que o valor da proposta vencedora, orçado em R\$ 705.589.143,72 (setecentos e cinco milhões, quinhentos e oitenta e nove mil e cento e quarenta e três reais e centavos), já havia saltado para R\$ 931.885.382,19 (novecentos e trinta e um milhões, oitocentos e oitenta e cinco mil e trezentos e oitenta e dois reais e centavos) ainda no bojo do Projeto Executivo.

Isso porque a cobertura original do Maracanã, inicialmente projetada para receber apenas reparos na estrutura, foi integralmente condenada após nova avaliação técnica do Consórcio vencedor da licitação, tendo sido apresentado novo projeto de cobertura tensionada pela empresa *Hightex*, que chegou ao valor de R\$ 274.707.076,00 (duzentos e setenta e quatro milhões, setecentos e sete mil e setenta e seis reais) no curso do Projeto Executivo.

Dito isto, passa-se à apresentação, em linhas gerais, da análise tópica elaborada pela Controladoria Geral da União sobre o projeto Executivo das obras do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014.

### **3.1. Adequabilidade do orçamento da EMOP em relação às referências oficiais e aos valores praticados no mercado**

A CGU selecionou os serviços mais representativos do orçamento oficial constante do Projeto Executivo, a partir da verificação de suas composições de preço unitário, correspondendo a um montante efetivo de 76,8% do orçamento total previsto pela EMOP (o que consubstancia um valor de R\$ 716.118.748,24) e promoveu uma comparação com os valores praticados no mercado<sup>11</sup>.

Dos R\$ 716.118.748,24 (setecentos e dezesseis milhões, cento e dezoito mil e setecentos e quarenta e oito reais e centavos) efetivamente analisados na planilha orçamentária oficial *foi constatado pela CGU um sobrepreço na ordem de R\$ 174.496.105,19 (cento e setenta e quatro milhões, quatrocentos e noventa e seis mil e cento e cinco reais e centavos)*<sup>12</sup>, sendo que grande parte dele concentrado em poucos itens<sup>13</sup>, o que implicou

<sup>9</sup> Anexo V do IC.

<sup>10</sup> A análise realizada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro será apresentada no capítulo da fundamentação jurídica.

<sup>11</sup> As respectivas planilhas com composição de custos unitários encontram-se às fls. 11/21 do Anexo V do IC.

<sup>12</sup> A tabela de fl. 22 do Anexo V do IC resume a análise.

<sup>13</sup> Dez itens do total apresentado na planilha oficial continham um sobrepreço de R\$ 133.455.442,97, referente a 76, 5% do total do sobrepreço (fl. 22 do Anexo V do IC).

a alteração na concepção adotada no Projeto Executivo e/ou nos quantitativos dos serviços integrantes, fatores que determinaram forte repercussão sobre o orçamento inicialmente estimado para a reforma do Complexo Maracanã.

### 3.2. Nova cobertura da Arena Maracanã

A nova concepção da cobertura da Arena Maracanã levou o Poder Público a realizar pesquisa de mercado com alguns fornecedores internacionais.

A empresa vencedora – *Hightex Group plc.* – apresentou proposta de R\$ 274.707.075,00 (duzentos e setenta e quatro milhões, setecentos e sete mil e setenta e seis reais)<sup>14</sup>, acima do valor por ela mesma fornecido quando da pesquisa de mercado realizada na fase do Projeto Básico, na ordem de R\$ 221.151.866,00 (duzentos e vinte um milhões, cento e cinquenta e um mil e oitocentos e sessenta e seis reais).

Para analisar o valor contratado pelo Governo Estadual; a CGU realizou pesquisa junto à página eletrônica da empresa *Hightex* e constatou que ela instalou coberturas com características semelhantes à da Arena Maracanã nas seguintes estruturas: Estádio Olímpico de Kiev, na Ucrânia, Estádio Nacional de Varsóvia, na Polônia, e no *Green Point 2010 Stadium*, na África do Sul.

Os projetos arquitetônicos e estruturais da cobertura desses estádios foram elaborados pelo mesmo escritório contratado para a Arena Maracanã e executados pela mesma empresa, mas demonstraram valores muito superiores para a arena brasileira quando comparados com as outras listadas.

Segue, a título de exemplo, um comparativo entre os custos executados somente com as membranas que formaram as coberturas dessas arenas:

CONTRATO	QTDE PTFE (m <sup>2</sup> )	VALOR	€/ m <sup>2</sup>
Estádio Nacional de Varsóvia, Polônia	55.000	€ 13.000.000,00	€ 236.36
Green Point 2010 Stadium, Cape town, África do Sul	30.000	€ 5.000.000,00	€ 166.67
First National bank ("FNB"), Johannesburg, África do Sul	50.000	€ 7.000.000,00	€ 140,00
<b>Arena Maracanã</b>	<b>47.350</b>	<b>€ 37.603.968,61</b>	<b>€ 794,17</b>

Da tabela acima, verifica-se que o custo do serviço (fornecimento e instalação do sistema de membranas da cobertura) adotado para a Arena Maracanã foi muito superior aos demais analisados, *excedendo em cerca de três vezes o previsto para o Estádio*

<sup>14</sup> As tabelas de custos constam de fls. 26/27 do Anexo V do IC.

*de Varsóvia e cerca de cinco vezes as arenas africanas.* Esta diferença significou relevante *sobrepço* e incrementou o lucro do Consórcio em detrimento do Poder Público.

Não obstante a flagrante existência de *sobrepço*, importante mencionar que o Maracanã, nas obras que recebeu nos anos de 1999 e 2007, teve reforçada sua estrutura de cobertura, razão pela qual, de início, não se havia cogitado da derrubada total de sua estrutura e substituição por outra de material totalmente distinto.

Aliás, de acordo, inclusive, com informações verbais do presidente da comissão de fiscalização, a nova cobertura estaria dependente de avaliação técnica quanto à capacidade para suportar a carga adicional oriunda da estrutura do tipo tensionada, escolhida como solução inicial, que segundo descrito no item 8.1 do Memorial Descritivo, é uma estrutura extremamente leve formada por cabos e membrana tensionada (tenso-estrutura).

Noutro prisma, diga-se que houve questionamento por parte do Corpo Instrutivo da Egrégia Corte de Contas para saber se a nova reforma implementada atenderia não só aos eventos relacionados com a Copa do Mundo de 2014 como também aos Jogos Olímpicos e Paralímpicos.

Ao serem indagadas pela Corte de Contas **“se houve ou não a necessidade de reforma significativa no Estádio do Maracanã, visando à realização dos Jogos Olímpicos e das Paraolimpíadas de 2016”**, as autoridades responsáveis pela obra apresentaram resposta lacônica:

1 – Alguns aspectos foram contemplados, mas não com o objetivo específico relativo aos Jogos Olímpicos. Alguns aspectos foram contemplados porque se adequavam às normas de segurança, acessibilidade etc., atendendo a requisitos internacionais (considerando que a Copa também foi um evento internacional).

2 – Segundo nossos registros, não havia foco direcionado no que diz respeito a atendimento às Olimpíadas. Isso pode ser confirmado através dos Termos de referência dos Editais de Obra e de Gerenciamento, onde não há menção às palavras “Olimpíadas” ou “Jogos Olímpicos”.

Data vênua, diante de todo o quadro acima explicitado, é de clareza solar a violação aos princípios da eficiência e da economicidade.

### **3.3. Análise dos projetos de sistemas de ar condicionado/ventilação mecânica e sistemas eletrônicos**

Não se ignora que as falhas no Projeto Básico resultaram em liberdade nas especificações/definições dos serviços a serem executados quando da elaboração do Projeto Executivo. Tal fato já foi reiteradamente apresentado ao longo da exposição dos tópicos anteriores.

Em relação especificamente aos projetos do sistema de ar condicionado, as alterações foram tão significativas que descaracterizaram por completo o que fora estipulado no Projeto Básico. Este havia projetado a necessidade de uma TAXA de REFRIGERAÇÃO – TR em 1.626,20 TR'S para a Arena Maracanã, mas ao analisar o Memorial Descritivo do Projeto Executivo, a CGU constatou que o novo projeto estimou, em termos de equipamentos, uma capacidade de 3.172,5 TR'S para o sistema de ar condicionado.

Houve, portanto, um acréscimo de aproximadamente 100% entre a carga térmica calculada originariamente e aquela que seria executada após a elaboração do Projeto Executivo, sem qualquer explicação técnica a justificar o incremento. Ou seja, o Projeto Executivo apresentado não se constituiu em mero detalhamento do sistema proposto no Projeto Básico, como manda a lei, mas em um novo projeto, distinto daquele licitado, contrariando os preceitos legais da Lei de Licitações.

Agrava o fato informação prestada por representantes da CGU de que em julho de 2011, ainda na fase inicial da obra, o projetista responsável pelo sistema de ar condicionado do Projeto Executivo afirmou, em reunião com o órgão federal e o Governo do Estado do Rio de Janeiro, que sequer tinha conhecimento do Projeto Básico utilizado na licitação, comprovando a completa desconsideração do mesmo e a conseqüente desvinculação do processo licitatório<sup>15</sup>.

A mesma dinâmica foi repetida com relação ao sistema de ventilação e exaustão mecânica. O Projeto Básico apresentou custos com o referido sistema na ordem de R\$ 1.478.076,96. O Projeto Executivo previu, além de inúmeros itens não constantes do Projeto Básico, a necessidade de instalação de 16 (dezesseis) precipitadores hidrodinâmicos para cozinhas e lanchonetes que dele também não constavam. O gasto com esses equipamentos ficou orçado em R\$ 1.976.290,00, valor superior a todo o sistema de ventilação mecânica previsto no Projeto Básico.

Ou seja, quando da elaboração do Projeto Executivo e execução da obra, houve um aumento substancial em todos os quantitativos de equipamentos, ventiladores, materiais e rede de dutos. Ademais, foram incluídos no Projeto Executivo, sem a adequada justificativa, equipamentos não constantes do Projeto Básico, como os tais precipitadores hidrodinâmicos, o que resultou em acréscimo de R\$ 18.591.502,04 (dezoito milhões, quinhentos e noventa e um mil e quinhentos e dois reais e centavos) no valor do projeto (equivalente a 1.257%), em clara afronta à Lei nº 8.666/93.

Essa dinâmica reproduziu-se em relação a outros itens da obra, a demonstrar a completa desvirtuação do objeto licitado, em clara violação ao caráter competitivo do certame, ao princípio da isonomia e da vinculação ao objeto licitado, contribuindo para um sobrecusto de elevada monta ao final da execução, quase ultrapassando o limite legal estabelecido.

<sup>15</sup> Fl. 35 do Anexo V do IC.



### **3.4. Duplicidade de mão de obra nas composições dos serviços e de serviços e coeficientes de produtividade majorados**

A CGU verificou a existência de duplicidade de alguns profissionais computados na Administração local, como encarregados e feitores, que também constavam nas composições dos serviços, contaminando todo o orçamento elaborado pela EMOP.

Somente para cinco serviços constantes da planilha orçamentária (itens 05.100.937-6; 04.009.002-6; 05.100.939-6; 05.002.071-6 e 05.105.316-6) foi possível apurar uma superestimativa de R\$ 1.351.808,12<sup>16</sup>, o que é elevado para apenas cinco composições.

Tal prática enseja um aumento de custo injustificado e irregular, mormente se considerado que uma quantidade significativa de itens não passou pela análise da CGU.

O mesmo procedimento de duplicidade foi observado em relação aos serviços e coeficientes de produtividade e a alguns insumos, que não refletiram a realidade executada. Em relação a estes itens, a análise pontual e não abrangente da CGU identificou sobrepreço na ordem de R\$ 5.420.796,87. Essas alterações, aparentemente pequenas, são responsáveis por grandes variações no orçamento do empreendimento.

## **4. ANÁLISE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO SOBRE AS IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE REFORMA DO COMPLEXO MARACANÃ. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE. EXISTÊNCIA DE SOBRECUSTOS.**

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro promoveu fiscalização quanto aos aspectos físico, financeiro, orçamentário e operacional sobre o Edital de Concorrência Nacional SEOBRAS nº 45/2010, o Contrato nº 101/2010 e termos aditivos dele decorrentes. Ademais, empreendeu quatro auditorias governamentais específicas com o objetivo de verificar a conformidade na execução contratual das obras e serviços de engenharia para a reforma do Complexo Maracanã.

Referida fiscalização da Corte de Contas deu ensejo a 26 processos, reunidos por conexão processual, que deram ensejo à análise conjunta proferida no Proc. TCE 106.660-0/13<sup>17</sup>, referente à 3ª Auditoria Governamental.

Foi detectada pelo Corpo Instrutivo e pelo próprio Conselheiro-Relator uma série de irregularidades relacionadas a sobrecustos na orçamentação da obra, à fiscalização deficiente, a concessões de reajustes contratuais em prazo inferior ao mínimo determinado em lei, a benefícios fiscais alcançados pelas sociedades empresárias consorciadas sem a respectiva repactuação do valor contratual, visando à restauração de seu equilíbrio econômico-financeiro, entre outras.

Várias dessas irregularidades haviam sido sinalizadas pelo Tribunal e, ou foram atendidas de forma intempestiva ou não foram atendidas pela autoridade competente. O Conselheiro informa em seu voto que desde 30/09/2010, quando os

<sup>16</sup> Fls. 48/49 do Anexo V do IC.

<sup>17</sup> Ver Voto GC-1 30122/2016 no Anexo XI do IC.

autos ingressaram na Corte de Contas, o Tribunal vinha comunicando a autoridade acerca de irregularidades detectadas e, mesmo após três sessões plenárias com determinações de providências, somente após aquela realizada em 26/03/2013, já ao final da obra, é que algumas foram atendidas.

Diante desta situação, uma vez que os valores medidos indevidamente, apontados nos relatórios técnicos do TCE, não foram sanados mediante estornos em medições posteriores, consubstanciaram-se em danos incorridos, que foram levantados pela Corte de Contas.

#### **4.1. Irregularidades na execução da obra. Fiscalização deficiente.**

Ao analisar a execução da obra de reforma do Complexo Maracanã para a Copa do Mundo de 2014, o Corpo Instrutivo do TCE deparou-se com uma série de irregularidades, sintetizadas em um controle deficiente, falho e impreciso, referente à formalização, execução, medição e atestação de serviços, o que contribuiu para comprometer a transparência da execução contratual e possibilitar a ocorrência de dano ao erário.

A análise tópica dessas irregularidades foi apresentada no Voto do Conselheiro-Relator e será aqui reproduzida para que se tenha a real dimensão do dano produzido ao erário, ao menos aquele que foi já identificado e quantificado, e dos respectivos responsáveis, não obstante entender este *Parquet* que, diante de toda a narrativa fática aqui apresentada, a licitação restou contaminada pela pecha da nulidade em sua integralidade.

### **CONSOLIDAÇÃO DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS NA 2ª AUDITORIA GOVERNAMENTAL REALIZADA PELO TCE**

**Responsáveis:** Joel da Silva Myrrha – SEOBRAS, Wilson José Fernandes – EMOP, Rafael Gianni di Vaio – EMOP e José Maurício Mendonça – SEOBRAS, membros da Comissão de Fiscalização do Contrato.

**Subitem da decisão:** Atestação em duplicidade dos itens 05.105.324-6 e 05.105.325-6, já contemplados na composição do BDI.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Após a fundamentada análise das justificativas apresentadas, o Corpo Instrutivo conclui que a inclusão de itens “Alimentação dos empregados” e “Transporte dos empregados” no CUSTO DIRETO das novas planilhas orçamentárias finais, já contemplados anteriormente na proposta orçamentária inicial como itens integrantes da parcela de BDI, configura duplicidade de orçamentação que, atestados e pagos, conforme planilha orçamentária constante na 37ª medição dos serviços, às fls. 10.601 do Processo TCE n.º 117.240-5/14, enseja duplicidade de realização de despesa, gerando dano ao erário no valor de R\$ 9.608.071,20 (inclusive BDI, porém não reajustado e não atualizado).

Quanto à responsabilização e nexo de causalidade do ato administrativo praticado, assim como no item 1.1 da presente instrução, configura-se a participação ativa do Diretor Presidente da EMOP, Sr. Ícaro Moreno Junior, e a aceitação (tácita ou não) do Secretário de Estado de Obras, Sr. Hudson Braga, ensejando a sugestão de Citação a ambos.

Quanto ao cálculo do dano, o Corpo Instrutivo considera, para efeito do cálculo do dano, a diferença em favor da Administração Pública, no valor de R\$ 3.677.114,06 (= R\$ 4.540.245,99 – R\$ 863.131,93), conforme mencionado subitem 1.1 acima.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 6.492.779,74** ou 2.162.601,92 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação de forma irregular do item 01.051.126-5, referente a desenhos de estrutura metálica (projeto executivo), incompletos, em desacordo com Art. 90 da Lei Estadual nº 287/79.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Contudo, os autos demonstram que o item de serviço 01.051.126-5 é referente, de fato, ao projeto de estrutura metálica de apoio à arquibancada, constatado como executado, mas de forma incompleta (sem as listas com os pesos dos materiais utilizados, dado importante no processo de compreensão do projeto, fabricação e montagem da estrutura), denotando somente a notificação aos responsáveis, pela atestação irregular dos serviços.

Deste modo, o CI sugere a Notificação dos membros da Comissão de Fiscalização que atestaram as medições, Srs. Joel da Silva Myrrha – matr. 944.145-2 – SEOBRAS, Wilson José Fernandes – matr. 354.078-8 – EMOP e Rafael Gianni di Vaio – matr. 353.185-2, EMOP, pela atestação de forma irregular do item 01.051.126-5, referente a desenhos de estrutura metálica (projeto executivo), incompletos, em desacordo com Art. 90 da Lei Estadual nº 287/79, ante o relatado às fls. 1023/1023v.

Ressalte-se que foi afastada a responsabilidade do Sr. José Maurício Mendonça – matr. 921.407-3 – SEOBRAS, por não constar nos autos a sua participação na atestação dos serviços.

**Subitem da decisão:** Proceder à atestação de serviços relativos ao item – 11.016.228-6, baseando-se num projeto executivo sem conter as informações quanto aos pesos dos materiais.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo atesta que as justificativas apresentadas não demonstraram a pertinência dos quantitativos atestados para o item – 11.016.228-6, limitando-se à argumentação de que a Equipe de Auditoria teve uma interpretação pouco precisa do Projeto.

Contudo, apesar da confusa redação, o Parecer Técnico atesta que a apuração de dano relativa a este item de serviço é tratado quando da apuração de dano das outras Auditorias, o que pode ser comprovado no tópico III.3 – DA ANÁLISE DO CORPO INSTRUTIVO RELATIVA AO PRESENTE PROCESSO TCE-RJ 106.660-0/2013 (3ª AUDITORIA GOVERNAMENTAL AO CONTRATO N.º 101/10).

**Responsável: Ícaro Moreno Junior – Diretor-presidente da EMOP.**

**Subitem da decisão:** Não cumprimento do item I.B.3 da decisão plenária de 15/12/2009, Processo TCE-RJ nº 108.444-7/09, incorrendo, por via de consequência, em culpa *in vigilando*, quando da elaboração do projeto básico para a obra do Estádio Maracanã para Copa 2014, que apresentou significativas modificações entre o projeto básico e o executivo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Técnico, após percuente análise, consolidou financeiramente todas as alterações ocorridas nas 5 (cinco) Rerratificações realizadas no Contrato, observa-se que os acréscimos (existentes e novos) atingiram 121% e os decréscimos atingiram 98% do valor contratado, demonstrando, clara e inequivocamente, a insuficiência do Projeto Básico, segundo entendimento jurisprudencial do TCU (Acórdãos 749/10 e 581/11) e desta Corte de Contas, configurando o denominado "JOGO DE PLANILHA".

Desta forma, sugere a Notificação do Sr. Ícaro Moreno Júnior, Diretor Presidente da EMOP, pela não observância do art. 63, inciso IV, da Lei Complementar nº 63/90, em razão do não cumprimento do item I.B.3 da decisão plenária de 15/12/2009, Processo TCE-RJ nº 108.444-7/09.

**Responsáveis: José Carlos Pinto dos Santos, Coordenador do Projeto EMOP e Cátia Cristina de Oliveira Castro, autora do Projeto Básico – EMOP.**

**Subitem da decisão:** Elaboração de Projeto Básico, de forma imprecisa, indicando que o mesmo não foi baseado em estudos preliminares adequados à importância da obra, acarretando significativas modificações entre o projeto básico e o executivo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Técnico, após percuente análise, consolidou financeiramente todas as alterações ocorridas nas 5 (cinco) Rerratificações realizadas no Contrato, observa-se que os acréscimos (existentes e novos) atingiram 121% e os decréscimos atingiram 98% do valor contratado, demonstrando, clara e inequivocamente, a insuficiência do Projeto Básico, segundo entendimento jurisprudencial do TCU (Acórdãos 749/10 e 581/11) e desta Corte de Contas, configurando o denominado "JOGO DE PLANILHA".

Desta forma, sugere a Notificação do Sr. José Carlos Pinto dos Santos e da Sra. Cátia Cristina de Oliveira Castro, qualificados acima, pela elaboração de Projeto Básico de forma imprecisa, sem base em estudos preliminares adequados à importância da obra, acarretando significativas modificações entre o projeto básico e o executivo.

**Responsáveis: Marco Antônio Rodrigues Marinho, Responsável técnico e autor do orçamento relativo ao Contrato nº 101/10 – SEOBRAS.**

**Subitem da decisão:** Elaboração de Planilha orçamentária do Projeto Básico de forma imprecisa, acarretando significativas modificações entre o Projeto básico e o Executivo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Não Acolhimento das justificativas.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Técnico, após percuciente análise, consolidou financeiramente todas as alterações ocorridas nas 5 (cinco) Rerratificações realizadas do Contrato, observa-se que os acréscimos (existentes e novos) atingiram 121% e os decréscimos atingiram 98% do valor contratado, demonstrando, clara e inequivocamente, a insuficiência do Projeto Básico, segundo entendimento jurisprudencial do TCU (Acórdãos 749/10 e 581/11) e desta Corte de Contas, configurando o denominado “JOGO DE PLANILHA”.

Desta forma, sugere a Notificação do Sr. Marco Antônio Rodrigues Marinho, Responsável técnico e autor do orçamento relativo ao Contrato nº 101/10 SEOBRAS, pela elaboração de parte do Projeto Básico (orçamento) de forma imprecisa, sem base em estudos preliminares adequados à importância da obra, acarretando significativas modificações entre o projeto básico e o executivo.

### **CONSOLIDAÇÃO DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS NA 3ª AUDITORIA GOVERNAMENTAL REALIZADA PELO TCE**

**Responsáveis:** Joel da Silva Myrrha – SEOBRAS, Wilson José Fernandes – EMOP e Rafael Gianni di Vaio – EMOP.

**Subitem da decisão:** Disponibilização de projetos executivos desatualizados e/ou incompletos que não retratavam fielmente os serviços executados.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Foram verificadas na Auditoria incongruências entre os projetos executivos fornecidos (os mais atualizados disponíveis, segundo informação dos Fiscais), infringiu-se disposição contratual (cláusula 14ª) e legal (art. 7º da Lei nº 8666/93), pela execução de itens de obras sem que os respectivos projetos executivos estivessem finalizados.

**Subitem da decisão:** Atestação de serviços executados em desacordo com os projetos executivos e por descumprir a 14ª Cláusula Contratual (Execução das obras em obediência ao projeto).

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Segundo o Corpo Técnico, as informações prestadas se contradizem, uma vez que admitem possíveis divergências entre projetado e executado, ao passo que afirmam que todos os serviços foram atestados após verificação da congruência para com os projetos executivos. A resposta não justifica os fatos específicos citados às fls. referidas, tampouco os demais identificados ao longo de todo o relatório de inspeção.

**Subitem da decisão:** Inclusão, medição e pagamento indevidos do item 05.001.595-6 na planilha orçamentaria, conforme.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Não há justificativa para a inclusão do item no orçamento, uma vez que, independentemente

da “normalidade” das condições da obra, a contratada é obrigada a manter o canteiro limpo, organizado e desimpedido, de acordo com a Norma Regulamentadora – NR 18, que estabelece regras para a Indústria da Construção, cujo efeito vinculante lhe dá força de Lei, no sentido amplo, uma vez que regulamenta aspectos da CLT, e os custos de tais obrigações encontram-se embutidos nos valores de cada item, compondo item da administração local, distribuídos nos diversos itens de limpeza das diversas situações de obra lançadas em planilha, ou ainda incorporados ao BDI. Caberia à fiscalização cobrar que os padrões legais desejados (NR 18) fossem cumpridos dentro das previsões orçamentárias.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 17.604.490,36** ou 5.863.667,98 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação de serviço utilizando item de maior valor unitário (05.100.928-6), em detrimento de item, com descrição idêntica, de menor valor unitário (05.100.813-5), acarretando medição de diferença a maior de R\$ 379.764,59, sem a incidência da taxa de BDI, até a Medição 35<sup>a</sup>.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Em que pese a possibilidade do item 05.100.813-5 ter sido substituído espontaneamente pelo Departamento de Custos da EMOP (COPRE) ou sem a interveniência da Fiscalização, tratava-se de item constante do Edital de Concorrência e do Contrato de Obras (fls. 80, Proc. TCE-RJ nº 113.951-2/10), não podendo o mesmo ser alterado, salvo por acordo entre as partes com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei Federal nº 8.666/93). Assim sendo, deveria, ao menos, causar espécie à Fiscalização do Contrato a alteração do valor de item contratado e já medido (conduta esperada do fiscal médio, diligente e probo). Destarte, age com negligência a Fiscalização por não se manifestar acerca de irregularidade introduzida no contrato sob sua responsabilidade.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 6.242.791,61** ou 2.079.336,38 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação dos seguintes serviços com sobrecustos:

a) Item 05.004.043-6, conforme relatado no item “a.1”, fls. 1.823-v/1.824, deste relatório.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** As razões de defesa não explicam a adoção de um item de maior valor e menor complexidade em relação a item pré-existente de menor valor e maior complexidade. Ademais, existe no sistema EMOP item catalogado para tal serviço, 05.004.045-0 (Limpeza ou preparo de superfície de concreto com jato de água pressurizada ou ar, em condições que permitam um rendimento médio de 5m<sup>2</sup>/h, m<sup>2</sup>, R\$14,02), ou 05.004.050-0 (Limpeza ou preparo de superfície de concreto com jato de água pressurizada ou ar, em condições que permitam um rendimento médio de 15m<sup>2</sup>/h, m<sup>2</sup>, R\$11,91), conforme situação específica.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 7.613.993,42** ou 2.535.053,50UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação dos seguintes serviços com sobrecustos:

b) Item 05.004.044-6, conforme relatado no item “a.2”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Não foi juntado à resposta qualquer documentação, norma técnica, estudo teórico ou experimental, monografia ou tese, referente à suposta “formação de par galvânico” entre a escória de cobre e o aço das armaduras, tampouco qualquer laudo ambiental elaborado por entidade competente, acerca da “sustentabilidade” do abrasivo mineral, ou mesmo, estudos e apropriações que comprovem o maior rendimento desse abrasivo em detrimento do originalmente especificado.

Não foi apresentada qualquer documentação técnica consubstanciada acerca das alegações, uma vez que, pelos princípios positivos das ciências afetas à matéria (metalurgia, eletroquímica, corrosão, entre outras), não há fundamento que as respalde.

Registre-se que o Corpo Instrutivo apresentou consistente análise técnica que, ao final, concluiu que houve uma majoração de 455,57% (quatrocentos e cinquenta e cinco, cinquenta e sete por cento).

**Valor do Dano Apurado:** R\$ 19.829.702,65 ou 6.604.837,18 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação dos seguintes serviços com sobrecustos:

c) Item 05.006.050-6, conforme relatado no item “a.3”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** As razões de defesa não se ativeram ao fato de que o item novo introduzido possuía custo 22,46% superior ao preexistente (de maior complexidade e menor produtividade), fato pelo qual, necessariamente, deveria ter custo inferior ao excluído. Tampouco foi apresentada defesa pela não utilização do item catalogado no caderno de encargos do EMOP, com custo 50% menor.

**Valor do Dano Apurado:** R\$ 4.641.834,68 ou 1.546.092,89 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Atestação dos seguintes serviços com sobrecustos:

d) Item 11.024.107-6, conforme relatado no item “b.1”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Os ensaios aferem o melhor resultado da argamassa polimérica com ponte de aderência incorporada, em relação à argamassa polimérica de referência. A majoração dos custos do novo item em 10,04% superior ao preexistente fica assim, a princípio, justificada pela maior qualidade no produto recebido pela Administração.

Ocorre que, conforme se verifica das fls. 2.301 a 2.319, a orçamentação do item se utilizou para determinação do consumo, a densidade da argamassa fresca de 2,075 Kg/mm<sup>3</sup> ao invés do consumo informado no catálogo do fabricante acostado, que é de 1,520 Kg/mm<sup>3</sup>. Ademais, foi utilizado um custo unitário de R\$ 115,00, por saco de 25 Kg, ao passo que consta cotação a R\$ 43,30 (fl. 2.305).

Tais erros levam a um sobrepreço de 123,6% ou R\$ 49,99/m<sup>2</sup>, para uma camada aplicada com acabamento de pedreiro (orçamento original).

**Valor do Dano Apurado:** será apurado na análise do item 9, abaixo.

**Subitem da decisão:** Atestação dos seguintes serviços com sobrecustos:

e) Item 05.004.046-6, conforme relatado no item “b.2”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** A resposta oferecida pelos Fiscais não guarda relação com o fato apontado no item b.2, do Relatório de Auditoria, qual seja, substituição de item relativo à saturação de superfícies de concreto. Não se ativeram ao fato de que o item novo tem custo 5.756,86% superior ao preexistente, item 05.001.478-5 (Saturação prévia de estrutura de concreto existente antes da concretagem, medida pela área de projeção) (fls. 2726v./2730).

O Corpo Instrutivo dividiu o presente item, por responsabilidade, com vistas à apuração do Dano, conforme segue.

**Valor do Dano Apurado 1:** R\$ 28.486.134,47 ou 9.488.103,95 UFIR-RJ.

**Valor do Dano Apurado 2:** R\$ 2.101.073,88 ou 699.821,43 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição, atestação e pagamento indevidos dos itens de serviços 07.002.019-6 e 11.024.107-6 em quantitativos superiores aos efetivamente executados.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo atesta a existência de serviços medidos em duplicidade e, ainda, a prestação de serviços fora da especificação contratada, tendo sido constatada a aplicação de argamassa com espessura insuficiente e sem acabamento final, de forma irregular e falha, sem sarrafeamento.

**Valor do Dano Apurado:** R\$ 23.528.800,27 ou 7.836.925,12 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição e atestação de serviços inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia (item 07.002.019-6).

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Segundo o Corpo Instrutivo, os fiscais recaíram em negligência, imperícia ou imprudência os Fiscais ao informarem que “cabe à Comissão de Fiscalização verificar se os serviços foram efetivamente e adequadamente executados pelo Consórcio de acordo com os projetos aprovados e em caso de atendimento a essas condições não haveria razão em não atestá-los” e receberem, medirem e atestarem os serviços de aplicação de argamassa polimérica projetados em uma única camada, com espessura variável e falhas, sem o serviço de desempenamento e sarrafeamento (fls. 1.827 a 1.829), conforme composição elaborada para o item 07.002.019-6.



**Valor do Dano Apurado: R\$ 1.755.797,61** ou 584.817,51 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição, atestação e pagamento indevidos de serviços inócuos, fictícios, desnecessários e / ou superdimensionados, com base em hipóteses equivocadas:

Item “c” – Serviços de reforço estrutural dos pilares do 5º pavimento.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo apresenta profundo estudo técnico que demonstra que os fatos constatados na Auditoria permanecem sem justificativas, uma vez que a defesa apresentada pelo projetista não combateu os cálculos apresentados no Relatório de Auditoria, onde se demonstrou a inutilidade dos serviços executados, posicionamento reforçado agora, com novos exemplos.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 8.293.115,51** ou 2.762.254,11 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição, atestação e pagamento indevidos de serviços inócuos, fictícios, desnecessários e / ou superdimensionados, com base em hipóteses equivocadas:

Item 4.6.2 – Estrutura Metálica.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Técnico refuta individualmente os argumentos apresentados, reiterando integralmente as análises anteriormente feitas às fls. 1839v, nas quais verificou-se que os quantitativos alterados não encontram respaldo na realidade, quer do projeto, quer da montagem de estruturas metálicas.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 18.288.930,73** ou 6.091.639,99 UFIR-RJ.

**Responsável: Ernani Knust Grassini, responsável pela Coordenadoria de Preços da EMOP – COPRE.**

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário (05.100.928-6) de item de serviço majorado em relação a serviço idêntico preexistente na planilha orçamentária contratual (05.100.813-5).

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Conforme tratado quando da análise das razões de defesa apresentadas em atendimento ao subitem 7, do item I da decisão Plenária, o serviço já constava do Edital de Concorrência e do Contrato de Obras (fls. 80, Proc. TCE-RJ nº 113.951-2/10), não podendo ser alterado, salvo por acordo entre as partes com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei Federal nº 8.666/1993).

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 7.**

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico:

a) Item 05.004.043-6, conforme relatado no item “a.1”, às fls. 1.823 v/1.824 deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8.a) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 8 a).

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico:

b) Item 05.004.044-6, conforme relatado no item “a.2”, fls. 1.824/1.824-v., deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8.b) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 8 b).

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico: c) item 05.006.050-6, conforme relatado no item “a3”, às fls. 1.824-v/1.825 deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8.c) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 8 c).

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico: d) Item 11.024.107-6, conforme relatado no Item “b.1”, às fls. 1.825/1.825-v deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8.d) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 8d).

**Subitem da decisão:** Elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico: e) Item 05.004.046-6, conforme relatado no item “b.2”, às fls. 1.825 v/1.826-v deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera, no que cabe especificamente ao item inquinado, a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8.e) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014, onde se apontam as impropriedades das composições elaboradas.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 8e.**

**Subitem da decisão:** Concepção e validação de quantitativos de itens de serviço superestimados (itens 07.002.019-6 e 11.024.107-6), configurando prática de ato antieconômico, conforme relatado no item “b.3”, às fls. 1.826-v/1.828.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitens 8.d), 9 e 10 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitens 9 e 10.**

**Responsável:** Marco Antônio Rodrigues Marinho, responsável pela Diretoria de Planejamento e Projeto da EMOP.

**Subitem da decisão:** Validação/aprovação de projetos e/ou laudos técnicos inadequados, inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia:

a) Item 07.002.019-6, conforme relatado no item “b.4”, às fls. 1.828/1.829 deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitens 8.d), 9 e 10 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitens 9 e 10.**

**Subitem da decisão:** validação/aprovação de projetos e/ou laudos técnicos inadequados, inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia:

b) Item “c” - Serviços de reforço estrutural dos pilares do 5º pavimento, conforme relatado às fls. 1.829/1.833 deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 11 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 11 (Item c).**

**Subitem da decisão:** validação/aprovação de projetos e/ou laudos técnicos inadequados, inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia:

c) Item 4.6.2 - Estrutura Metálica, conforme relatado às fls. 1.833-v/1.840 deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 11 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 11 (Item 4.6.2).

**Responsável:** Hudson Braga, Secretário de Estado de Obras.

**Subitem da decisão:** Pelo descumprimento das determinações Plenárias de 13.11.12, itens 5.1, 5.2, 5.3, 5.8, 5.9, 5.10, 5.11 e 5.13 do Processo TCE-RJ nº 107.867-5/12, ante ao relatado às fls. 1.808-v/1.814-v deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Rejeição das Razões de Defesa.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera que, conforme já relatado às fls. 1.808-v deste processo, o Jurisdicionado trata a Comunicação exarada no Voto GC-3 4614/2012 (MABA), datado de 13/11/2012, agora a Notificação conforme acima, como solicitação de informações, quando na verdade deveriam constituir respostas informativas da adoção de providências elencadas no item 5 do Voto de 13.11.12, haja vista tratar-se de determinações para cumprimento imediato, à época dos fatos. Assim, o descumprimento das determinações permanece.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitens 9 e 10.

**Subitem da decisão:** Encaminhar os boletins de apropriação e as memórias de cálculo dos serviços realizados com os guindastes nos locais das arqui bancadas (itens 19.004.166-6, 19.004.206-6, 19.004.208-6, 19.004.211-6, 19.004.212-6, e 11.016.228-6), com Identificação individualizada de cada equipamento, datas, locais dos serviços, discriminação dos serviços realizados, devidamente assinados pelos responsáveis, e demais informações que se façam pertinentes para comprovação da não ocorrência do custo em duplicidade do insumo equipamento no item 11.016.228-6, ante o relatado às fls. 1.814/1.814-v deste relatório.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** A documentação encaminhada pelo jurisdicionado foi analisado pelos Técnicos desta Corte que identificaram a duplicidade de insumo, fato que será objeto de Notificação.

**Valor do dano preliminar/estimado:** R\$ 1.218.588,11.

**Subitem da decisão:** Excluir da planilha orçamentária o item 05.001.595-6, tornar nulo o saldo contratual relativo ao mesmo e estornar os valores pagos indevidamente (R\$ 13.275.876,40), conforme informado às fls. 1.815/1.816-v., deste processo.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 4 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 4.

**Subitem da decisão:** Excluir da planilha orçamentária o item 05.100.928-6 e tornar nulo o saldo contratual relativo ao mesmo, introduzido na conversão do

orçamento do projeto básico para o projeto executivo, visto se tratar de item de serviço cuja descrição é idêntica ao do item 05.100.813-5, pré-existente na planilha orçamentária, e estornar a diferença de R\$ 379.764,59 medida indevidamente, conforme informado às fls. 1.820/1.821 do relatório.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 7 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 7.**

**Subitem da decisão:** Substituir o item de serviço 05.004.043-6, acrescido na 4ª Re-ra (TA nº 8), pelo item constante do sistema de custos EMOP, item 05.004.045-0, e estorne o valor R\$ 1.961.033,33, medido e pago indevidamente, conforme relatado no item “a.1” às fls.1.823-v/1.824.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8 a) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 8a.**

**Subitem da decisão:** Estornar o valor R\$ 3.160.101,56, relativo ao item 05.004.044-6, acrescido na 4ª Re-ra (TA nº 8), medido e pago indevidamente, conforme relatado no item “a.2” às fls.1.824/1.824-v.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8 b) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 8b.**

**Subitem da decisão:** Substituir o item 05.006.050-6, acrescido na 4ª Re-ra (TA nº 8), pelo constante do catálogo EMOP, item 05.004.0045-0, bem como estornar o valor R\$ 1.564.905,21, medido e pago indevidamente, conforme informado no item “a.3” às fls. 1.824-v/1.825.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8 c) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado: Conforme análise do item I, subitem 8c.**

**Subitem da decisão:** Substituir o item 05.004.046-6, acrescido na 4ª Re-Ra (TA nº 8), pelo anteriormente existente na orçamentação, item 05.001.478-05, bem como estornar o valor R\$ 9.523.638,32, medido e pago indevidamente, conforme relatado no item “b.2” às fls. 1.825-v/1.826-v.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 8e, do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 8e.

**Subitem da decisão:** Estornar os valores de R\$ 5.810.489,98 (item 07.002.019-6) e R\$ 1.208.367,03 (item 11.024.107-6) medidos e pagos indevidamente, conforme relatado no item "b.3" às fls. 1.826-v/1.828.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 9 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 9.

**Subitem da decisão:** Estornar o valor R\$ 2.494.816,11, relativo ao item 07.002.019-6, medido e pago indevidamente, sem justificativa técnica, conforme relatado no item "b.4" às fls. 1.828/1.829.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 10 do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 10.

**Subitem da decisão:** Estornar os valores: R\$ 3.791.810,19, referente aos serviços de reforço estrutural do 5º pavimento relativos aos itens 05.002.082-6, 11.013.058-6, 11.013.059-6, 11.013.060-6; R\$ 194.509,85 do orçamento 8400.005/11 - Demolição de marquises; e R\$ 1.714.617,83, referente aos itens 07.160.031-6, 07.160.044-6, 05.001.647-6, 05.001.648-6, medidos e pagos indevidamente, sem justificativa técnica, conforme relatado no item "c" às fls. 1.829/1.833.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 11. c) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 11c.

**Subitem da decisão:** Estornar o valor R\$ 11.385.257,22, relativo aos itens 11.016.228-6 e 01.001.391-6, acrescidos na 4ª Re-ra (8º TA), medidos e pagos indevidamente, conforme relatado no item 4.6.2 Estrutura Metálica às fls. 1.833-v/1.840.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Item não atendido.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Instrutivo reitera integralmente a análise feita em relação às razões de defesa apresentadas para o item I, subitem 11. c) do Voto aprovado em Sessão de 25/02/2014.

**Valor do Dano Apurado:** Conforme análise do item I, subitem 11c.

## **CONSOLIDAÇÃO DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS NA 4ª AUDITORIA GOVERNAMENTAL REALIZADA PELO TCE**

**Responsáveis:** Joel da Silva Myrrha – SEOBRAS, Wilson José Fernandes – EMOP e Rafael Gianni di Vaio – EMOP, Membros da Comissão de Fiscalização do Contrato.

**Subitem da decisão:** Emissão de ordem de serviço, referente aos serviços de reforço estrutural dos degraus das arquibancadas remanescentes Norte e Sul, sem amparo de projetos executivos, e medição e atestação de serviços inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia, de acordo com o relatado no item “c”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Proposta alterada.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Os técnicos desta Corte de Contas, ressaltam que, à época da elaboração do relatório, a obra ainda estava em andamento, tendo sido sugeridas, por este motivo, NOTIFICAÇÃO para os responsáveis pela medição/atestação dos serviços e pela validação/aprovação dos projetos e/ou laudos técnicos; e DETERMINAÇÃO ao Secretário de Estado de Obras para que estornasse o valor correspondente a R\$ 20.370.748,55.

Todavia, no presente momento, considerando que o Contrato já se encontra concluído, integralmente medido, pago e com o objeto já recebido – não podendo haver saneamento mediante estornos em medições posteriores, será sugerida CITAÇÃO dos responsáveis para que apresentem razões de defesa ou recolham ao erário estadual o débito apurado.

Ressaltam, ainda, as instâncias instrutivas, que, nesta CITAÇÃO, ao contrário das sugeridas nos itens oriundos do presente processo, não será incluído o Secretário de Estado de Obras à época dos fatos, haja vista que a sugestão de DETERMINAÇÃO para estorno dos valores pagos indevidamente, constante do relatório de inspeção, não foi efetivada.

Alteração: Substitui a Notificação por Citação.

**Valor do Dano Apurado:** R\$ 31.331.723,35 ou 10.435.906,93 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição e atestação de serviços, referentes ao reforço estrutural das quatro novas rampas de acesso ao Estádio Maracanã, inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia, conforme relatado no item “d”.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Proposta Alterada.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** Os técnicos desta Corte de Contas ressaltam que, à época da elaboração do relatório, a obra ainda estava em andamento, tendo sido sugeridas, por este motivo, NOTIFICAÇÃO para os responsáveis pela medição/atestação dos serviços e pela validação/aprovação dos projetos e/ou laudos técnicos; e DETERMINAÇÃO ao Secretário de Estado de Obras para que estornasse o valor correspondente a R\$ 7.310.980,95.

Todavia, no presente momento, considerando que o Contrato já se encontra concluído, integralmente medido, pago e com o objeto já recebido – não podendo haver saneamento mediante estornos em medições posteriores – o valor medido e pago a maior configura-se como dano, conforme considerações apresentadas na instrução, às fls. 11.623 do processo TCE-RJ nº 117.240-5/13 (itens 1; 2; 3; e 4). Desta forma, será sugerida CITAÇÃO dos responsáveis para que apresentem razões de defesa ou recolham ao Erário estadual o débito apurado.

Ressaltam, ainda, as instâncias instrutivas, que, nesta CITAÇÃO, ao contrário das sugeridas nos itens oriundos do presente processo, não será incluído o Secretário de Obras à época, haja vista que a sugestão de DETERMINAÇÃO para estorno dos valores pagos indevidamente, constante do relatório de inspeção, não foi efetivada.

Alteração: Substitui a Notificação por Citação.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 11.102.227,92** ou 3.697.907,58 UFIR-RJ.

**Subitem da decisão:** Medição e atestação de serviços, referentes ao revestimento de alto desempenho, inadequados, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia, de acordo com o relatado no item 3.6.

**Posição do Corpo Instrutivo:** Proposta Alterada.

**Análise do Relator, em face da manifestação do Corpo Instrutivo:** O Corpo Técnico desta Corte de Contas ressalta que, à época da elaboração do relatório, a obra ainda estava em andamento, tendo sido sugeridas, por este motivo, NOTIFICAÇÃO para os responsáveis pela medição/atestação dos serviços, pela elaboração de composição de custo unitário, pela validação de item de serviço com sobrecusto, e pela validação/aprovação dos projetos e/ou laudos técnicos; e DETERMINAÇÃO ao Secretário de Estado de Obras para que estornasse o valor correspondente a R\$ 8.818.186,02.

Todavia, no presente momento, considerando que o Contrato já se encontra concluído, integralmente medido, pago e com o objeto já recebido – não podendo haver saneamento mediante estornos em medições posteriores – o valor medido e pago a maior configura-se como dano, conforme considerações apresentadas na instrução, às fls. 11.623 do processo TCE-RJ nº 117.240-5/13 (itens 1; 2; 3; e 4).

Desta forma, será sugerida CITAÇÃO dos responsáveis para que apresentem razões de defesa ou recolham ao Erário estadual o débito apurado.

Ressaltam ainda as instâncias instrutivas que, nesta CITAÇÃO, ao contrário das sugeridas nos itens oriundos do presente processo, não será incluído o Secretário de Obras à época, haja vista que a sugestão de DETERMINAÇÃO para estorno dos valores pagos indevidamente, constante do relatório de inspeção, não foi efetivada.

Alteração: Substitui a Notificação por Citação.

**Valor do Dano Apurado: R\$ 11.221.552,59** ou 3.737.652,00 UFIR-RJ.



## DANO APURADO

Com base nos registros acima, a Consolidação de todos os danos pelo Tribunal de Contas apurados nas Auditorias Governamentais referentes ao Contrato nº 101/10 chega ao montante de R\$ 198.531.946,49 (*cento e noventa e oito milhões, quinhentos e trinta e um mil e novecentos e quarenta e seis reais e centavos*), atualizado para o exercício de 2016.

**Consequência:** Este valor foi objeto de determinação da Corte de Contas ao Secretário de Estado de Fazenda para que providenciasse a retenção, de forma solidária, a créditos que as sociedades empresárias integrantes do Consórcio Maracanã titularizassem contra o Estado.

### 4.2. Irregularidades na execução da obra. Concessões de reajustes contratuais em prazo inferior ao mínimo determinado em lei.

Não passaram despercebidos à análise do Tribunal de Contas<sup>18</sup> os reajustamentos contratuais em periodicidade inferior a 12 meses, em desacordo com os termos das Leis números 8.880/94, 9.069/95 e 10.192/01, que ditam que a periodicidade do reajuste de preços nos contratos administrativos é de um ano.

Além da violação ao que determina o ordenamento jurídico quanto à periodicidade mínima a ser observada para o reajustamento do preço dos contratos administrativos, a Corte de Contas também identificou inúmeras inconsistências entre os valores finais do reajuste e aqueles inicialmente dimensionados no curso do processo administrativo em que foi determinada a contratação do Consórcio Maracanã, encontrando divergência, por exemplo, no reajustamento de serviços da 2ª periodicidade, onde foi firmado termo de R\$ 29.186.116,79 contra um valor apresentado em memória de cálculo de R\$ 22.157.623,33.

Essas irregularidades somam-se a outras identificadas pela Corte de Contas e contribuem para macular a licitação objeto desta ação civil pública.

### 4.3. Dos benefícios fiscais concedidos sem a correspondente repactuação do valor do contrato

A Lei nº 12.350/10 instituiu o Regime Especial de Tributação para Construção, Ampliação, Reforma ou Modernização de Estádios de Futebol (RECOPA) com o objetivo claro de beneficiar as construtoras dos estádios de futebol para a Copa do Mundo de 2014.

Os benefícios fiscais conferidos às empresas consorciadas se materializaram da seguinte forma:

- 1) Do início do Contrato até 19/1/2012: as faturas referentes a todos os itens efetivamente executados ou cujo fornecimento tenha ocorrido nesse período foram emitidas sem qualquer desoneração tributária adicional, além daquelas concedidas à época da licitação;

<sup>18</sup> Fls. 2966/2968 do IC.

2) De 19/1/2012 até 22/5/2013: as faturas referentes a todos os itens efetivamente executados ou cujo fornecimento tenha ocorrido nesse período, contemplaram somente a desoneração das contribuições para o PIS/COFINS incidentes sobre o faturamento do Consórcio;

3) A partir de 22/5/2012: as faturas referentes a todos os itens efetivamente executados ou com fornecimentos a partir dessa data contemplam, além da desoneração tributária das contribuições para o PIS/COFINS, a desoneração dos custos de aquisição dos bens e serviços (IPI), refletindo diretamente na margem final do Contrato.

Trabalho do Tribunal de Contas do Estado, consubstanciado no Voto GC-1 30122-16, do Proc. TCE nº 106.660-0/2013<sup>19</sup>, identificou que as sociedades empresárias integrantes do Consórcio Maracanã – Norberto Odebrecht Brasil S/A e Andrade Gutierrez S/A – passaram a contar com os benefícios fiscais instituídos pela Lei nº 12.350/10 a partir da adesão ao programa, respectivamente, em 24/04/12 e 22/05/12, pela Receita Federal do Brasil, através do Ato Declaratório Executivo nº 09 da RFB.

Ao longo da investigação, ventillou-se informação de que o contrato teria sido repactuado por conta das isenções concedidas através do 6º Termo Aditivo. Entretanto, o referido termo aditivo cuida de “Adequação de quantidades e serviços da planilha contratual, com alteração de valor e apresentação de nova planilha de serviços ao Contrato nº 101/10, bem como a redução de valor do BDI, gerando um acréscimo de R\$ 55.028.390,76 (7,01%), passando o valor do contrato para R\$ 839.915.642,77”, o que não permite concluir que a Administração reequilibrou o contrato a seu favor.

E essa desoneração, destarte, impactando diretamente nos custos preambularmente estipulados, guarda relevo expressivo para fins de observância do princípio da economicidade, na medida em que, caso não considerada para fins de revisão das despesas assumidas com a realização da obra, ensejaria a elevação ilegítima e discrepante do lucro conferido, de maneira individual, às contratadas.

Isso porque a tributação dos consórcios se dá de maneira autônoma, baseando-se nas apurações e benesses fiscais na participação individual de cada consorciada, o que, por óbvio, aguça a ideia de que os consórcios privados, em sendo entes despersonalizados, não possuem autonomias inerentes às pessoas jurídicas.

Corroborando com o aduzido, tem-se a normatização inserta nos artigos 2º e 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.199, de 14 de outubro de 2011, que, não obstante regulamentarem o cumprimento de obrigações acessórias atinentes a tributos federais, indicam expressamente que o faturamento e tributação das atividades desempenhadas pelos consórcios não deve ocorrer na pessoa do Consórcio, mas sim na das empresas consorciadas. Veja-se:

---

<sup>19</sup> Anexo XI do IC.

Art. 2º As empresas integrantes de consórcio constituído nos termos dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976, respondem pelos tributos devidos, em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

§1º O consórcio que realizar a contratação, em nome próprio, de pessoas jurídicas ou físicas, com ou sem vínculo empregatício, poderá efetuar a retenção de tributos e o cumprimento das respectivas obrigações acessórias, ficando as empresas consorciadas solidariamente responsáveis.

§2º Se a retenção de tributos ou o cumprimento das obrigações acessórias relativos ao consórcio forem realizados por sua empresa líder, aplica-se, também, a solidariedade de que trata o §1º.

Art. 3º Para efeito do disposto no caput do art. 2º, cada pessoa jurídica participante do consórcio deverá apropriar suas receitas, custos e despesas incorridos, proporcionalmente à sua participação no empreendimento, conforme documento arquivado no órgão de registro, observado o regime tributário a que estão sujeitas as pessoas jurídicas consorciadas.

(...)

§5º Sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º, cada pessoa jurídica consorciada deverá efetuar a escrituração segregada das operações relativas à sua participação no consórcio em seus próprios livros contábeis, fiscais e auxiliares.

§6º Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal utilizados para registro das operações do consórcio e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados deverão ser conservados pela empresa líder ou pela consorciada eleita de que trata o §3º, e pelas empresas consorciadas até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes de tais operações.

Desta feita, resta assente que as obrigações fiscais, em se tratando de consórcio, se estabelecem, de forma direta, entre o ente tributante e as empresas consorciadas, razão pela qual os benefícios fiscais conferidos pela Lei nº 12.350/10, caso não considerados para fins de revisão dos custos inicialmente assumidos com a execução da obra, culminariam na elevação abrupta dos ganhos auferidos, individualmente, por cada uma das empresas contratadas, o que, segundo informação prestada pelo próprio Corpo Instrutivo do TCE, pode ter chegado a R\$ 95.000.000,00 (noventa e cinco milhões de reais).

## II DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 5. DA NULIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DE TODOS OS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS

As investigações produzidas no âmbito da Lava Jato, operação de combate à corrupção nacionalmente conhecida, trouxeram a domínio público no início de dezembro de 2016 informação de que uma das sociedades empresárias integrantes do Consórcio Maracanã – a CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ – firmou acordo de leniência com o Ministério Público Federal e com o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência em que confessou ter havido formação de cartel para a realização das obras destinadas à construção e reforma dos estádios para a Copa do Mundo de 2014, entre elas a do Maracanã.

Paralelamente, a Operação Calicute, desenvolvida pela Polícia e Ministério Público Federais, que culminou com a prisão do ex-Governador Sérgio Cabral, sua esposa e diversos assessores diretos, também revelou promíscuo esquema de pagamento de propina pelas empreiteiras integrantes do Consórcio Maracanã para as obras de reforma do estádio.

Essas duas notícias reforçam o prévio arranjo entre os licitantes e o Poder Público no direcionamento da licitação, sugerindo que a formatação de edital e projeto básico genérico permeado de exigências desarrazoadas tinha por objetivo único fraudar a licitação, eivando-a de nulidade insanável.

Há que se ressaltar que o Ministério Público Estadual, dentro de suas atribuições, promoveu pedido de compartilhamento das provas produzidas no âmbito do Ministério Público Federal, a partir das notícias veiculadas na mídia, que resultaram na denúncia contra o ex-governador Sérgio Cabral e outros, porém não se obteve êxito. Porém, as provas carreadas no presente inquérito civil são suficientes para o ajuizamento da presente demanda.

Aliás, o prosseguimento das diligências/investigações, bem assim a vinda de provas produzidas no âmbito federal, poderá elucidar a participação de outros personagens públicos e privados viabilizando o aditamento da inicial e/ou ajuizamento de novas ações.

Independentemente de novas provas, a jurisprudência e a doutrina já autorizam a declaração de nulidade dos atos/contratos administrativos praticados às margens da juridicidade administrativa, conforme amplamente demonstrado pelas provas que instruem a presente ação.

Nesse sentido, ALEXANDRE SANTOS DO ARAGÃO<sup>20</sup>, proficuamente, expõe não haver óbice na cumulação de ações em um mesmo processo. Fazendo referência ao entendimento sustentado por ROGÉRIO PACHECO ALVES e EMERSON GARCIA, expõe:

<sup>20</sup> Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Págs.644/645.

Concordamos com a posição segundo a qual “a independência das sanções cominadas no art. 12 em relação às demais sanções de natureza cível, penal ou administrativa, torna indubitoso que apesar da ausência de previsão específica quanto à anulação do ato ou mesmo em relação a reprimendas outras previstas na legislação extravagante, continuam elas passíveis de serem aplicadas. Tal, inclusive, poderá se dar na mesma relação processual, o que pressupõe a legitimidade do autor para a dedução de ambas as pretensões, a compatibilidade do rito e a existência de pedido expresse nesse sentido. (...) Identificada a nulidade do ato, nada impede e tudo aconselha que o autor da ação civil prevista na Lei nº 8.429/1992 formule pedido no sentido de que ela seja declarada por sentença. Caso não o faça, o reconhecimento da nulidade do ato não integrará o dispositivo da sentença, servindo unicamente para fundamentá-lo”. “Na verdade estaremos diante da cumulação de ações em um mesmo processo. Os pedidos que não constituem objeto específico da ação de improbidade administrativa devem ter suas condições de ação aferidas autonomamente, mas na mesma petição inicial, no mesmo processo. (...) Quando a ação de improbidade administrativa for proposta pelo Ministério Público, ele terá legitimidade para requerer a declaração da nulidade do ato ou contrato celebrado pela Administração Pública em razão de outras competências suas como a de propositura de ação civil pública comum”.

O entendimento doutrinário encontra amparo também na jurisprudência prevalecente dos Tribunais. Cite-se, à guisa de exemplo, julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – ART. 17, §7º, DA LEI 8.429/92 – CORRÉUS AOS QUAIS NÃO SE IMPUTA A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEFESA PRÉVIA – DESNECESSIDADE – MEDIDA PROVISÓRIA ANTERIOR À EC 32/2001 – MATÉRIA PROCESSUAL – POSSIBILIDADE. 1. A *ratio essendi* do §7º do art. 17 da Lei 8.429/92 é a de evitar o nascimento de uma ação de improbidade temerária, destituída de base razoável, em prol da honorabilidade da administração e do agente público acusado da prática de ato ímprobo. 2. *In casu*, havendo a cumulação lícita de ações, onde não se imputa a alguns corréus a prática de ato de improbidade administrativa, mas apenas se requer a anulação dos atos administrativos que os beneficiaram, não há porque notificá-los para a apresentação de defesa prévia, ato este, diga-se de passagem, que implicaria um retardamento desnecessário do andamento

processual. 3. (...) Recurso especial provido. STJ, Recurso Especial nº 1.124.919 – SP, Relatado pelo Ministro Humberto Martins. Julgado em 08.09.2009, pela Segunda Turma.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO E QUE IMPÕE A PRESENÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO POLO PASSIVO. PROVIMENTO AO RECURSO AO ABRIGO DO ART. 557, §1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I – Se na hipótese de procedência da ação de improbidade administrativa haverá necessidade de atuação do Estado do Rio de Janeiro para anular o ato administrativo, evidente a sua legitimidade passiva; II – Recurso ao qual se acolhe nos termos do art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil. (Agravo de instrumento nº 2007.002.32822, DES. ADEMIR PIMENTEL – Julgamento: 14/07/2008 – DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CIVEL).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO COM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE INCORPORAÇÃO AO CORPO DE BOMBEIROS DE CANDIDATOS NÃO INSCRITOS EM CONCURSO PÚBLICO. INCLUSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO POLO PASSIVO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE CONDUTA A SER IMPUTADA AO ESTADO. O ato que resultou na incorporação de pessoas aos quadros públicos emanou de agente público competente. Consequente manifestação de vontade da própria Administração Pública, uma vez que seus agentes agem na qualidade de prepostos. Por conseguinte, presente a necessidade de inclusão do Estado do Rio de Janeiro no pólo passivo, sobremaneira se considerarmos que a pretensão autoral é também de declaração de nulidade do ato administrativo. Aplicação possível da figura da inversão de legitimidade, possibilitando ao ente público cujo ato é impugnado atuar no pólo ativo para auxiliar o Ministério Público. RECURSO PROVIDO MONOCRATICAMENTE (AI nº 2007.002.32775, Des. Carlos Santos de Oliveira - Julgamento: 13/12/2007 – 9ª Câmara Cível).

Assim, impõe-se a declaração da nulidade do CONTRATO SEOBRAS nº 101/10 e de todos os atos jurídicos prévios e dele decorrentes, afastando toda a eficácia jurídica subsequente.

Ressalte-se, por fim, que, no caso em exame, inexistente qualquer ponderação a ser feita quanto à eventual modulação dos efeitos da anulação, certo que:

- 1) os atos praticados foram revestidos de absoluta má-fé;
- 2) houve clara afronta à Lei nº 8666/93 e a toda a principiologia que norteia a Administração Pública;
- 3) houve sobrepreço identificado pelos órgãos de fiscalização e controle do Estado e da União apontando dano ao erário.

## **6. CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **6.1. Da Tipologia dos Atos de Improbidade Administrativa**

A norma matriz dos atos de improbidade administrativa possui assento constitucional, insculpida no artigo 37 da Constituição da República:

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:

(...)

§4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Com o escopo de conferir densidade normativa ao indigitado preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, contemplando três categorias de atos de improbidade administrativa:

- I) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros;
- II) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário;
- III) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

### **6.2. Dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública**

Especialmente no que se refere aos atos que atentam contra os princípios que norteiam a Administração Pública, antes de se individualizá-los, importante lembrar,

sucintamente, o papel normativo desempenhado pelos princípios no pensamento jurídico contemporâneo.

A superação do positivismo jurídico a partir da segunda metade do Século XX abriu caminho para o desenvolvimento de uma linha de pensamento que se convencionou designar pós-positivismo, em que se promove a valorização do papel desempenhado pelos princípios e o reconhecimento de sua normatividade.

Como lecionam LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In: A Nova Interpretação Constitucional*. Organizado por Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 336).

Há, de fato, consenso no discurso jurídico contemporâneo quanto ao caráter normativo dos princípios, rejeitando qualquer compreensão que os atribua apenas uma dimensão axiológica, destituída de eficácia e densidade jurídicas.

A atual dogmática constitucional não hesita em reconhecer que o ordenamento jurídico encontra-se estruturado normativamente em princípios e regras que, embora tenham traços distintivos próprios, apresentam um denominador comum fundamental: ostentam eficácia normativa.

Fixada a ideia hoje enraizada no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro de que os princípios possuem normatividade jurídica, cumpre lembrar a doutrina de CELSO RIBEIRO BASTOS, para quem violar um princípio constitui fato muito mais grave do que violar uma norma/regra isolada, *verbis*:

Não se faz aplicação isolada do princípio; ele se concretiza sempre através de normas nas quais devemos ler os princípios, isto é, reconhecer que eles são critérios, do ponto de vista da interpretação, supraordenados às próprias normas que compõem o campo de estudo, no caso, o direito administrativo. Por isso, é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento de uma norma isolada. Esta pode significar um aspecto menor, secundário do direito administrativo; entretanto, a lesão ao princípio consiste em ferir as



próprias estruturas desse direito, a ossatura que compõe esse feixe normativo. (Bastos, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23).

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a sua importância basilar ao asseverar:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada (*In: Elementos de Direito Administrativo*; editora Revista dos Tribunais).

Tomando por base a noção conceitual até aqui apresentada, importante o apontamento aos princípios violados no presente caso.

O *princípio da legalidade* restou inegavelmente manchado pela conduta dos demandados, vez que a noção de legalidade reduz seu sentido à ideia de conformidade dos atos com as normas jurídicas.

*In casu*, o princípio da legalidade foi maculado com o prévio arranjo entre agentes públicos e sociedades empresariais consorciadas, com as inúmeras violações à Lei 8.666/93, desde a elaboração do Projeto Básico de forma imprecisa, indicando que o mesmo não foi baseado em estudos preliminares adequados à importância da obra, passando pelas irregularidades identificadas na planilha orçamentária, cunhada por técnicos do TCE como “mera peça de ficção” e pelo controle deficiente, falho e impreciso, referente à formalização, execução, medição e atestação de serviços, comprometendo a transparência da execução contratual e ocasionando dano ao erário.

O *princípio da moralidade* constitui pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, devendo sua preservação ser perseguida a todo o momento, sob o risco de ruína da organização estatal democrática. A respeito do alcance da moralidade administrativa, e citando a lição de Maurice Hauriou, Hely Lopes Meirelles assinala-se que:

A *moralidade administrativa* constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, artigo 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina

interior da Administração" (...). O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade sem os quais toda a atividade pública será ilegítima<sup>21</sup>.

O exame da moralidade do ato, outrossim, contém um decisivo componente ético. O administrador não deve cingir-se apenas à legalidade ou ilegalidade, justiça ou injustiça e à conveniência e oportunidade do ato. Deverá, também, ajustar a sua conduta aos parâmetros da moralidade.

E se o princípio da legalidade impõe ao administrador a submissão à lei, o princípio da moralidade exige que a ação administrativa tenha como motor o dever de exercer uma *boa administração*. Mais que obediência à fórmula legal, exige-se que a Administração observe "*princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito, à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária*", no dizer de José Augusto Delgado<sup>22</sup>.

Na 10ª edição da obra de Maurice Hauriou, "*Précis de Droit Administratif*", o citado autor conceituou moralidade administrativa como sendo: "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, implica saber distinguir não só o *bem* e o *mal*, o *legal* e o *ilegal*, o *justo* e o *injusto*, o *conveniente* e o *inconveniente*; mas também entre o *honesto* e o *desonesto*; há uma moral *institucional*, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo," e há a moral administrativa, que "é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo discricionário".

Ao estatuir, expressamente, os princípios da legalidade e da moralidade, na Administração Pública, constata-se, a toda evidência, que a Carta Magna emprestou aos mesmos conceitos distintos.

Desde logo deve ser rechaçada a ultrapassada ideia de que a moral pertence à esfera íntima, enquanto o Direito ao aspecto exterior. O princípio da moralidade encontra-se na Lei Maior e, também, na Lei de Improbidade Administrativa. Cumpre, agora, aos operadores do direito, dar-lhe o verdadeiro significado e efetividade.

Vê-se, portanto, que é dever do Ministério Público, por expresse mandamento constitucional e segundo imposição do artigo 25, inciso IV, letra "b" da Lei nº 8.625/93, velar fiel obediência às normas constantes do ordenamento jurídico e pela guarda do patrimônio público, buscando, por intermédio de ação civil pública, a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público e à **moralidade administrativa**.

Segundo entendimento de Maria Sílvia Di Pietro, relacionar a moralidade com a intenção do agente significa colocar a questão em termos de legalidade e esvaziar, por conseguinte, o sentido dos dispositivos constitucionais. Para a autora, "*a sua presença*

<sup>21</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª edição. Malheiros, São Paulo, 2012, p.88/89;

<sup>22</sup> Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Junho, Ano 81, Vol. 680, pp 34/46;

*há de ser mais objetiva do que subjetiva". E, ainda, "...a moral é identificável no seu objetivo ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades". "(...) Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque o próprio objetivo resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. (...) o constituinte deixou abertas as portas para o controle e, portanto, para a invalidação de determinados tipos de atos imorais" grifos aduzidos).*

Discorrendo acerca do Princípio da moralidade administrativa, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>23</sup> ensina:

Para que o administrador pratique uma imoralidade administrativa, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender. Por isso, para além da hipótese de desvio de finalidade, poderá ocorrer imoralidade administrativa nas hipóteses de ausência de finalidade e de ineficiência grosseira da ação do administrador público, em referência à finalidade que se propunha atender.

Portanto, para que o administrador vulnere este princípio, basta que administre mal os interesses públicos, o que poderá ocorrer basicamente de três modos: 1º - através de atos com desvio da finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2º - através de atos sem finalidade pública; 3º - através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.

Em relação ao *princípio da impessoalidade*, por sua vez, determina que o agente público proceda institucionalmente, atuando desinteressada e desprendidamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer terceiros, jamais movido por interesses pessoais. O prévio arranjo entre agentes públicos de alto escalão e as sociedades empresariais consorciadas atestam a violação deste relevante princípio.

Referente ao *princípio da eficiência*, também se mostra comprometido. Foi realizada uma análise e verificou-se pagamento em duplicidade, pagamento indevido, atestação de serviço utilizando item de maior valor, além de atestação de serviços inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários. Viola, sobretudo, a sociedade, que tem seu patrimônio vilipendiado.

<sup>23</sup> *Curso de Direito Administrativo*. Pág. 102/103.

Estabelecidas essas premissas, por óbvio restaram violados os *princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público*, na medida em que os demandados obraram em flagrante violação dos deveres de boa administração, em detrimento do interesse público e do bem comum, favorecendo, em seu lugar, interesses particulares.

### 6.3. Dos atos de improbidade que causam lesão ao erário

Caracterizados os atos ímprobos que atentam contra os Princípios da Administração Pública, passa-se ao exame daqueles que causaram prejuízo ao erário.

Com efeito, dispõe a Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I – facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

III – doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular (...).

Salientando apenas que o rol acima não assume natureza exaustiva, a narrativa até aqui apresentada traz a inferência segura de que os recursos públicos foram utilizados ilegalmente. Não há necessidade de repetição dos argumentos jurídicos que fundamentam a prática do ato ímprobo.

O ponto importante é apenas ressaltar a opção do legislador por um alargamento do elemento subjetivo, pois a *conduta culposa*, seja ela comissiva ou omissiva, também é albergada pela tipologia do artigo. Neste sentido, a legislador conferiu maior proteção à sociedade na repressão dos atos que causem prejuízo ao erário.

Sendo certo que a recomposição do dano ao erário é, por força constitucional, imprescritível, legitimada está a ação ministerial a qualquer tempo.

## **7. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO ADEQUADO E EFICIENTE. NOVAS INTERVENÇÕES NO COMPLEXO MARACANÃ PARA AS OLIMPIADAS, VIOLANDO A ECONOMICIDADE**

Quando as obras de intervenção no Complexo Maracanã para o recebimento da Copa do Mundo de 2014 se iniciaram, já se sabia que a cidade do Rio de Janeiro havia sido escolhida (evento realizado no ano de 2009) como sede dos Jogos Olímpicos de 2016.

Já se tinha conhecimento, portanto, que o Maracanã seria palco da abertura e encerramento das Olimpíadas, bem como estrutura para o recebimento de partidas de futebol, tanto na modalidade feminina quanto masculina. O mínimo que se esperava era um planejamento que permitisse uma só intervenção apta a receber os dois eventos. Não foi o que ocorreu.

Importante rememorar que, EM MENOS DE DUAS DÉCADAS, o Complexo do Maracanã já havia sido objeto de duas reformas (uma geral, decorrente do Contrato nº 12/99, tendo sido gastos R\$ 54.288.470,24, e outra específica para adequação das estruturas aos Jogos Panamericanos de 2007, quando foram gastos R\$ 272.308.153,22, conforme Contratos números 19/05 e 20/07 e Termos de Ajustes de Contas números 01/08, 02/07 e 03/07).

Relatórios do Corpo Instrutivo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro<sup>24</sup> demonstram que, para a Copa do Mundo de 2014, das duas intervenções anteriormente realizadas, praticamente nada foi aproveitado. Fotos do local na época das obras demonstram que somente as estruturas laterais que formam o anel do estádio foram preservadas.

É bem verdade que quando foram feitas as obras dos anos de 1999 e 2007 não se tinha conhecimento de que o Brasil sediaria os dois maiores eventos esportivos do mundo. Contudo, tal qual afirmado acima, quando da realização das intervenções para a Copa do Mundo de 2014, já se sabia que o estádio também abrigaria as Olimpíadas de 2016. Ou seja, a necessidade de novas intervenções após a Copa do Mundo para adequar o estádio às exigências do Comitê Olímpico Internacional são injustificáveis, denotando verdadeira falta de planejamento, a atentar contra os princípios da eficiência e economicidade. O mínimo que se espera de um administrador é antever a situação e buscar solução mais econômica e consentânea com o interesse público.

Apenas um parêntesis: é dispensável ficar aqui lembrando a importância dada pelo Constituinte Originário à necessidade de “planejamento” das ações daqueles que lidam com dinheiro público. Basta uma rápida leitura dos artigos 21, IX, 25, §3º, 48, II, 49, IX, 58, §2º, 68, §1º, 74, I, 84, XI e XXIII, 165, 174 entre outros, da Carta Magna de 1988, para que isso se torne evidente.

Cite-se a lição de JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (Princípios Constitucionais da Administração Pública in ‘Os dez anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas. 1999; pág. 166):

---

<sup>24</sup> Anexo V do IC.

[...] o planejamento também se liga à ideia de eficiência, sendo que esta jamais poderá ser atendida, na busca do bem comum imposto por nossa Lei Maior, se o Poder Público não vier, em padrões de razoabilidade, a aproveitar da melhor forma possível, todos os recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros existentes e colocados a seu alcance no exercício regular de suas competências. A ausência de planejamento, a negligência operacional e a inabilitação técnica geram desperdícios de recursos. Propiciam a necessidade de custos superiores àqueles que seriam necessários para a realização de uma atividade ou serviço. Implicam retardamento ou morosidade de execução, impedindo que novas atividades sejam realizadas e novas necessidades públicas sejam atendidas. São, assim, fatores que em si e por si geram óbices à satisfação adequada dos interesses comuns da coletividade. (Grifamos).

A falta de planejamento conduz à ineficiência (antítese de um dos princípios insculpidos no artigo 37, *caput*, da CF/88). E a ineficiência conduz ao desperdício de dinheiro público. A falta de planejamento é, depois da corrupção, uma das mais graves ameaças à *res publica*.

Assim, pode-se dizer que os responsáveis pela elaboração dos projetos básico e executivo e execução da obra são responsáveis por não incluírem todas as intervenções necessárias no Complexo Maracanã de uma só vez, de sorte que atendessem a um só tempo as exigências da FIFA e do COI para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, respectivamente.

A equação FALTA DE PLANEJAMENTO = INEFICIÊNCIA = DESPERDÍCIO DE DINHEIRO PÚBLICO amolda-se perfeitamente ao presente caso.

## 8. IRREGULARIDADES ESPECÍFICAS

Diante do elevado número de irregularidades praticadas nas obras de reforma do Complexo Maracanã, importante a apresentação de algumas especificidades descobertas ao longo da investigação.

### 8.1. Das Diversas Irregularidades na Elaboração do Projeto Básico de Engenharia

Ao longo da exordial o *Parquet* apresentou a inespecificidade do projeto básico desenvolvido pela SEOBRAS para a reforma do Complexo Maracanã. Eis a disciplina do projeto básico pela lei de licitações:

**Requisitos do Projeto Básico** – Os projetos básicos deverão levar em consideração os seguintes requisitos:

- Segurança;
- funcionalidade e adequação ao interesse público;

- economia de execução, conservação e operação;
- possibilidade de emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias primas existentes no local para execução, conservação e operação;
- facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da:
- durabilidade da obra ou do serviço;
- adoção de normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;
- impacto ambiental.

**Elementos do Projeto Básico** – O projeto básico, no caso de obras deve conter os seguintes elementos:

- desenvolvimento da solução escolhida;
- soluções técnicas globais e localizadas;
- identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra;
- informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos;
- subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra;
- orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

**Finalidade do Projeto Básico** – Precisar e descrever, com nível de exatidão, a obra ou o serviço de engenharia que será executado, definindo, obrigatoriamente, os métodos e o prazo de execução das obras e serviços de modo a garantir a lisura do procedimento licitatório na contratação do objeto mais adequado às necessidades da entidade, em termos qualitativos e quantitativos, bem como a homogeneização, a objetividade e a igualdade de tratamento às propostas.

Um projeto básico bem elaborado minimiza a possibilidade de haver reajustes contratuais indevidos ou superiores aos limites previstos na Lei n.º 8.666/93, alterações em quantitativos de itens contratados e modificações nas soluções técnicas, que podem trazer danos ao erário.

Um projeto básico falho ou incompleto conduz inexoravelmente a uma licitação viciada, desatendendo, portanto, aos objetivos da Administração.

*In casu*, identificou-se que o projeto utilizado na licitação não caracterizava satisfatoriamente o objeto pretendido, de forma que não seria possível apontar com precisão os serviços efetivamente realizados, bem como o custo final.

Com base na documentação analisada, verificou-se a falta de detalhamento das soluções técnicas adotadas e grande liberdade na elaboração do projeto executivo.

O Projeto Básico do Maracanã não atendeu aos requisitos da Lei 8.666/93, em seu art.6º, item IX:

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos *necessários e suficientes*, com *nível de precisão adequado*, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a *avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução*, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e *identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza*;

b) *soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem*;

c) *identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, nem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução*;

d) *informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar caráter competitivo para a sua execução*;

e) *subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso*;

f) *orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (...)*.

Também não atendeu à definição de PROJETO BÁSICO pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras – IBRAOP na Orientação Técnica nº 001/2006, consoante a qual o rol de elementos mínimos em um projeto básico de edificação é composto de:



- I– levantamento planialtimétrico;
- II– projeto arquitetônico;
- III– projeto de fundações;
- IV– projeto estrutural
- V– projeto de instalações hidráulicas;
- VI– projeto de instalações elétricas;
- VII– projeto de instalações telefônicas;
- VIII– projetos de instalações de prevenção de incêndio;
- IX– projeto de instalações especiais (p. ex. lógica);
- X– projeto de instalações de ar condicionado.

No caso de projetos esportivos exige-se ainda:

- I– cobertura;
- II– gramado;
- III– iluminação esportiva;
- IV– sonorização;
- V– painéis eletrônicos;
- VI– cftv;
- VII– controle de acesso.

Nenhum dos elementos que compõem o objeto foi suficientemente detalhado, não atendendo minimamente ao que preveem os documentos acima citados. Esses elementos na realidade não foram efetivamente projetados, mas tão somente tiveram seus custos unitários pré-estimados e inseridos no orçamento.

Chamou a atenção, também, o pagamento e elaboração de composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, utilizando item de maior valor unitário, em detrimento de item, com descrição idêntica, de menor valor unitário.

A Lei nº 8.666/93 exige, sob pena de nulidade do procedimento licitatório e consequente responsabilização do agente público, a existência do projeto básico, conforme leitura combinada do §2º, inciso I e §6º, do art. 7º:

Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I – projeto básico;

II – projeto executivo;

III – execução das obras e serviços.

§2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

§6º A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

Sobre o tema comenta Marçal Justen Filho:

Nenhuma licitação para obras e serviços pode fazer-se sem projeto básico (ou equivalente, quando o objeto não envolver atividade de engenharia). Mas é insuficiente a mera elaboração do projeto básico. Faz-se necessária sua aprovação, por ato formal e motivado da autoridade competente, a qual deverá avaliá-lo e verificar sua adequação às exigências legais e ao interesse público. A autoridade, ao aprovar o projeto, responsabiliza-se pelo juízo de legalidade e de conveniência adotado. Será competente para aprovar o projeto básico a autoridade competente para determinar a contratação da obra ou do serviço a que tal projeto se refere (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p.111, 2004).

Ary Braga Pacheco Filho, no artigo O projeto básico como elemento de responsabilidade na gestão pública, publicado na Revista do TCU nº 99 demonstra que:

É fundamental que se atente para o fato de ser o projeto básico o principal indutor do investimento do ponto de vista de obras públicas. Ele é o motor, a força propulsora de uma obra de engenharia. Sem projeto não há obra, embora existam administradores públicos – e não são poucos – que insistem em tentar provar o contrário. Somente por intermédio de projetos básicos de boa qualidade e, portanto, adequados às necessidades de cada obra, estudados à exaustão, com cautela, dentro de padrões

técnicos e em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), poderemos almejar um dia um posto junto à elite das nações que realizam grandes obras públicas com início, meio e fim (jan/mar. 2004, p. 74).

O panorama encontrado na investigação atesta a violação de entendimentos consolidados do Tribunal de Contas da União, através da Súmula nº 261, que determina a necessidade de elaboração de projeto básico adequado e atualizado, e da Súmula nº 177, que trata sobre a obrigação de definição precisa e suficiente do objeto licitado como regra indispensável da competição.

Dessa forma, as definições e conceitos acima denotam que o Projeto Básico visa ao planejamento da contratação tanto do ponto de vista técnico quanto jurídico, a fim de possibilitar a delimitação do objeto para a tomada de decisão sobre a continuação das fases do processo de contratação e posterior controle da mesma, o que não foi observado.

## **8.2. Exigências de qualificação técnica pelo Edital que culminaram na frustração do caráter competitivo do certame**

As exigências do edital no que se refere aos requisitos de qualificação técnica mostraram-se totalmente desarrazoadas, principalmente em função da permissão para a subcontratação dos mesmos serviços, na medida em que acabam por limitar o número de concorrentes.

A comprovação de qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e indispensável ao cumprimento do objeto.

Não se justifica, por exemplo, a exigência de atestado para a fixação de assentos, por se tratar de mero serviço de fixação de parafusos, executado por uma equipe mínima, sem nenhuma complexidade técnica.

Uma exigência como essa só serviu para inabilitar concorrentes que poderiam competir tranquilamente nos mesmos patamares com as vencedoras. Tanto é assim que as restrições contidas no edital inabilitaram do certame quatro das seis licitantes.

A maioria dos consórcios foi inabilitada pela conjugação de exigências de acervo técnico na execução de parcelas sem relevância para a entrega do objeto, com exigências em que se abre a possibilidade de subcontratação e que podem ser contratadas sem dificuldade.

Foi adotado na licitação o tipo menor preço. Logo, se a técnica era aspecto relevante para o resultado da licitação, então deveria ter sido examinada na fase de habilitação dos concorrentes, como requisito de qualificação técnica, nos termos do art. 27, item II, e 30, item II, da Lei nº 8666/93.

A adoção de critério de julgamento das propostas não autorizado pela Lei nº 8666/93 configurou grave infração à norma legal e ao princípio da isonomia.

O regime de execução no qual existe certa liberalidade para adoção de soluções alternativas pelos concorrentes é o de empreitada por preço integral, contido na alínea “e”, inciso VIII, art. 6º, Lei nº 8666/93.

Ademais, evidenciado que os critérios de pontuação e julgamento adotados foram inadequados para a licitação tipo técnica e preço, tendo em vista carecerem de objetividade e vinculação direta e mensurável sobre a qualidade da obra.

Assim sendo, a decisão quanto à classificação ou desclassificação coube a uma análise subjetiva da comissão de licitação, resultado vedado pela Lei nº 8.666/93.

Neste sentido, e em forma de conclusão, foram identificados pelos órgãos de controle indícios de restrição ao caráter competitivo da licitação, entre os quais:

- Limite de quantidade de empresas que poderiam constituir cada consórcio;
- Exigência, para fins de habilitação, de experiência em serviços não relevantes materialmente ou sem complexidade técnica;
- Limite de quantidade de contratos para comprovação de experiência para fins de habilitação;
- Exigência de visita para participação da licitação;
- Exigência de apresentação de Metodologia de Execução de Serviços, contemplando algumas informações que deveriam ser fornecidas pela própria Administração e outras irrelevantes ou injustificantes.

### **8.3. Excessivo número de termos aditivos formalizados**

Consoante já sinalizado inúmeras vezes ao longo desta exordial, o Projeto Básico elaborado pela SEOBRAS era bastante genérico. Tal fato contribuiu para a formalização de um projeto executivo e contrato por demais abertos, permitindo a alteração pelo contratante em detrimento da Administração Pública.

Essas alterações em quantitativos e qualitativos permitiram que se chegasse a um número de 16 aditamentos, com quatro reajustamentos contratuais, o que elevou o orçamento inicialmente projetado em quase 50%, no limite do permissivo legal, mas onerando em demasia o Poder Público.

O histórico de termos aditivos pode ser assim apresentado:

- Primeiro Termo Aditivo – Alteração da planilha de quantidades e preços, com redução e acréscimo de itens e inclusão de itens novos, sem alteração de valor, nem a apresentação de novo cronograma físico-financeiro.

- Segundo Termo Aditivo – Expectativa de as partes promoverem as devidas suspensões de exigibilidade das contribuições e dos impostos contemplados no RECOPA, no âmbito do Contrato nº 101/2010, atividades atreladas aos fatos geradores previstos no art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.176, de 22.07.11, fato que não ocorreu.
- Terceiro Termo Aditivo – Alteração da planilha de quantidades e preços, com redução e acréscimo de itens e inclusão de itens novos para incorporação de serviços contemplados no Projeto Executivo e atendimento aos preços aprovados pelo Tribunal de Contas da União, em virtude de decisão constante de processo destinado ao crédito contraída pelo Estado do Rio de Janeiro junto ao BNDES (Acórdão 2.333/2011-TCU-Plenário) com alteração de valor, sem apresentação de novo cronograma físico-financeiro, gerando um acréscimo de R\$79.298.108,29 (11,24%), passando o valor do Contrato para R\$784.887.252,01.
- Quarto Termo Aditivo – Formalização da planilha estimativa de desoneração (Anexo I) desenvolvida com base nas atividades atreladas aos fatos geradores previstos no art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.176, de 22/07/11, a qual seria empregada na revisão do valor contratual decorrente da incorporação dos benefícios fiscais provenientes das suspensões de exigibilidade das contribuições e dos impostos contemplados no RECOPA no âmbito do Contrato nº 101/10.
- Termo de Apostilamento – Reajuste de preços/atualização monetária, referente à 1ª anualidade relativa aos serviços de dezembro/2011 a dezembro/2012, ao valor de R\$29.186.116,79.
- Quinto Termo Aditivo – Alteração da composição do Consórcio Maracanã Rio 2014 do Contrato nº 101/2010, doravante constituída pelas empresas Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção S.A. (empresa líder) e a Construtora Andrade Gutierrez S.A., na forma do disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/93, bem como ratificou as demais cláusulas e condições do contrato original e os demais Termos Aditivos.
- Sexto Termo Aditivo – Adequação de quantidades e serviços da planilha contratual, com alteração de valor e apresentação de nova planilha de serviços ao Contrato nº 101/10, bem como a redução de valor do BDI, gerando um acréscimo de R\$55.028.390,76 (7,01%), passando o valor do contrato para R\$839.915.642,77.

- Termo de Apostilamento – Reajuste de preços/atualização monetária, referente à 2ª anualidade relativa aos serviços de dezembro/2010 e janeiro/2011 a dezembro/2011, ao valor de R\$7.468.626,07.
- Sétimo Termo Aditivo – Alteração dos Parágrafos Sétimo e Oitavo da Cláusula Quarta – Das Condições de Pagamento e dos Parágrafos Terceiro, Quarto e Quinto da Cláusula Sexta – Das Medições.
- Oitavo Termo Aditivo – Alteração da planilha de quantidades e preços, com alteração de valor e apresentação de nova planilha de serviços, bem como a redução do valor do BDI, gerando um acréscimo de R\$19.526.780,77, passando o valor do contrato para R\$859.442.423,48.
- Termo de Apostilamento – Complementação dos reajustamentos da 1ª e 2ª periodicidade, ao valor de R\$30.370.425,10.
- Nono Termo Aditivo – Prorrogação do prazo por 85 dias (de 01.03.13 a 25.05.13, acrescido de 60 dias para fins de comissionamento).
- Termo de Apostilamento – Complementação dos reajustamentos da 1ª e 2ª periodicidade, ao valor de R\$25.009.899,18.
- Décimo Termo Aditivo – Adequação da planilha de quantidades e serviços, com alteração de valores, com acréscimo de R\$190.557.408,14, passando o valor do Contrato para R\$1.142.034.898,76.
- Décimo Primeiro Termo Aditivo – Suspensão do prazo por 55 dias e prorrogação do prazo por 33 dias, passando o término do prazo do Contrato para 19.08.13.
- Décimo Segundo Termo Aditivo – Prorrogação do prazo contratual por 60 dias, a contar de 20/10/2013 até 19/12/2013.
- Décimo Terceiro Termo Aditivo – Prorrogação do prazo contratual por 90 dias, a contar de 19/12/2013 até 20/03/2014 e alteração quantitativa e qualitativa sem modificação no valor contratual.
- Décimo Quarto Termo Aditivo – Alteração quantitativa e qualitativa, sem alteração de valor.
- Décimo Quinto Termo Aditivo – Prorrogação do prazo contratual por 60 dias, a contar de 21/03/2014 até 20/05/2014.
- Décimo Sexto Termo Aditivo – Alteração quantitativa e qualitativa, sem alteração de valor.

Nesse contexto, tem-se que a simples aceitação pelo Consórcio dos preços de referência da Administração é um procedimento equivocado para a celebração de termos aditivos, pois o mesmo acaba por resguardar prerrogativa de decidir se aceita ou não o preço estipulado para cada serviço de acordo com sua conveniência e interesse.

#### 8.4. Existência de sobrepreço

A ocorrência de sobrepreço foi verificada por todos os órgãos de fiscalização e controle (TCE, CGU e TCU) que analisaram os Projetos Básico e Executivo de reforma do Complexo Maracanã. Muitos foram os casos, alguns apresentados mais detalhadamente ao longo da exordial.

De forma adicional, vale ressaltar o trabalho apresentado pela Controladoria Geral da União, que ao debruçar-se sobre parcela dos itens integrantes das planilhas orçamentárias integrantes dos Projetos Básico e Executivo, constatou um sobrepreço no valor de R\$ 174.496.105,19 em R\$ 716.118.748,24 analisados, com base nos preços unitários dos itens considerados representativos da planilha orçamentária de referência.

A concentração do sobrepreço foi identificada em um reduzido número de serviços, o que implica que a alteração na concepção adotada no projeto executivo vigente ou nos quantitativos destes serviços poderia acarretar forte repercussão sobre o orçamento estimado para a reforma do Complexo do Maracanã, o que ocorreu *in casu*.

A existência de diferença entre os custos cotados pela Administração e os custos obtidos pela CGU por meio da análise dos orçamentos de outras arenas é motivo suficiente para obtenção de novas cotações, sob pena de impor um prejuízo substancial ao erário público.

A tabela a seguir ilustra a composição desta seleção segundo as diferentes categorias de serviços especificadas no orçamento.

GRUPO	CATEGORIA DE SERVIÇO	PREÇO TOTAL ORÇADO PELA ADMINISTRAÇÃO	VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS SELECIONADOS PELA CGU	PERCENTUAL
1	Serviços de escritório, laboratório e campo	R\$34.262.723,54	R\$30.543.870,02	89,1%
2	Canteiro de obra	R\$3.327.870,43	R\$1.959.861,08	58,9%
3	Movimento de terra	R\$1.540.939,75	-	-

4	Transportes	R\$930.011,07	-	-
5	Serviços Complementares	R\$705.692.369,10	R\$77.571.248,50	73,3%
6	Galerias, drenos e conexões	R\$3.751.345,20	-	-
7	Argamassas, injeções e consolidações	R\$381.117,72	-	-
8	Bases e Pavimentos	R\$127.534,11	-	-
9	Serviços de parques e jardins	R\$2.226.662,25	-	-
10	Fundações	R\$2.409.493,03	-	-
11	Estruturas	R\$83.523.254,19	R\$70.170.203,90	84,0%
12	Alvenarias e divisórias	R\$4.761.836,25	R\$2.899.978,66	60,9%
13	Revestimento de paredes, teto e pisos	R\$51.571.320,01	R\$33.394.920,41	64,8%
14	Esquadrias de madeira, serralheria, ferragens	R\$27.062.312,92	R\$5.653.822,65	20,9%
15	Instalações elétricas, hidráulicas, sanitárias e mecânicas	R\$16.517.980,54	R\$1.735.286,11	10,5%



16	Coberturas, isolamentos e impermeabilização	R\$9.850.030,54	R\$9.513.093,41	90,6%
17	Pintura	R\$2.462.862,57	-	-
18	Aparelhos hidráulicos, sanitários, elétricos, mecânicos	R\$580.978.130,55	R\$500.548.906,29	86,2%
19	Aluguel de equipamentos	-	-	-
20	Custos rodoviários	R\$507.588,42	-	-
21	Iluminação pública	-	-	-
22	Reflorestamento e exploração florestal	-	-	-

Vale ressaltar que os preços unitários e totais de referência apresentados no cálculo do sobrepreço final não consideram a desoneração tributária promovida pelo Governo Federal por meio da Lei nº 12.350 de 2010, que institui o Regime Especial de Tributação para Construção, Ampliação, Reforma ou Modernização de Estádios de futebol (Recopa).

A não observância à referida previsão legal ensejou ônus adicional ao erário, visto que a Administração remunerou o Consórcio segundo o contrato firmado anteriormente à referida lei, que executou despesas inferiores às inicialmente previstas na sua proposta vencedora da licitação, aumentando, assim, o lucro acertado inicialmente.

## 9. PERTINÊNCIA SUBJETIVA E INDIVIDUALIZADA *AD CAUSAM*

Não obstante toda a descrição fática constante na exordial, importante apontar de modo sintético a razão pela qual cada um dos demandados foi inserido na sujeição passiva da demanda, de acordo com a tipologia constante dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.429/92.

A presente demanda veicula três ações distintas, a saber: (i) aquela que imputa ato de improbidade administrativa aos agentes públicos e aos particulares que se beneficiaram dos atos; (ii) aquela voltada à anulação do termo de contrato celebrado entre O ESTADO DO RIO DE JANEIRO (por meio da SEOBRAS) e o CONSÓRCIO MARACANÃ e (iii) aquela voltada ao ressarcimento ao Erário.

**ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A, CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A e DELTA CONSTRUÇÕES S/A**, sociedades empresárias integrantes do Consórcio Maracanã, contratado para a elaboração de projeto executivo e execução das obras de reforma do Complexo Maracanã. Responsáveis por formação de cartel e arranjo com autoridades máximas do Governo Estadual, através do pagamento de propina, para aquisição do contrato de forma fraudulenta. Beneficiárias diretas dos danos impingidos ao erário estadual.

**HUDSON BRAGA**, Secretário de Estado de Obras, autoridade máxima de representação do governo estadual no Contrato SEOBRAS 101/2010. Responsável por fraudar o processo licitatório para dirigir o contrato ao consórcio vencedor. Responsável pela liberação dos pagamentos dos faturamentos às sociedades empresárias. Realizou controle deficiente, falho e impreciso, referente à formalização, execução, medição e atestação de serviços, comprometendo a transparência da execução contratual, além de possibilitar a ocorrência de dano ao erário, pela prática de ato de gestão temerária e antieconômica no Contrato nº 101/2010, quando da alteração das condições editalícias, desequilibrando-o econômico-financeiramente, com desvantagem para a Administração Pública.

**ÍCARO MORENO JUNIOR**, Diretor-Presidente da EMOP. Autoridade máxima no âmbito da unidade integrante da Administração Indireta estadual e também signatário do contrato. Incorreu em *culpa in vigilando* quando da elaboração do projeto básico para a obra do Estádio Maracanã para Copa 2014, da fiscalização deficiente e atestação irregular de serviços prestados.

**JOEL DA SILVA MYRRHA**, membro da Comissão de Fiscalização do Contrato e responsável pela disponibilização de projetos desatualizados e/ou incompletos que não retratavam fielmente os serviços executados, além de atestação de serviços executados em desacordo com os projetos executivos e por descumprir a 14ª Cláusula Contratual (Execução das obras em obediência ao projeto), atestação dos serviços com sobrecustos.

**WILSON JOSÉ FERNANDES**, membro da Comissão de Fiscalização do Contrato. Responsável pela medição e atestação de serviços inócuos, oriundos de hipóteses equivocadas ou incorretas, desnecessários, superdimensionados ou de custo agregado superior àqueles estritamente necessários conforme boas técnicas de engenharia.

**RAFAEL GIANNI DI VAIO**, membro da Comissão de Fiscalização do Contrato. Responsável pela medição, atestação e pagamento indevidos dos serviços em quantitativos superiores aos efetivamente executados.

**ERNANI KNUST GRASSINI**, responsável pela Coordenadoria de Preços da EMOP – COPRE e pela elaboração de composição de custo unitário de item de serviço

majorado em relação a serviço idêntico preexistente na planilha orçamentária contratual, além da composição de custo unitário e validação de itens de serviços com sobrecustos, configurando prática de ato antieconômico.

**JOSÉ CARLOS PINTO DOS SANTOS**, Coordenador do Projeto – EMOP, responsável técnico pela elaboração do Projeto Básico. Responsável pela elaboração de Projeto Básico de forma imprecisa, sem base em estudos preliminares adequados à importância da obra, acarretando significativas modificações entre o projeto básico e o executivo.

**MARCO ANTÔNIO RODRIGUES MARINHO**, responsável pela Diretoria de Planejamento e Projeto da EMOP – responsável técnico e autor do Orçamento da Obra.

**CÁTIA CRISTINA DE OLIVEIRA CASTRO**, autora do Projeto Básico – EMOP, responsável técnica pelo projeto básico e pela elaboração de Projeto Básico de forma imprecisa, indicando que o mesmo não foi baseado em estudos preliminares adequados à importância da obra, acarretando significativas modificações entre o projeto básico e o executivo, evidenciadas, principalmente, pelas expressivas alterações de quantidades de itens orçamentários.

Nesta oportunidade, cabe-nos ressaltar que o ajuizamento da presente ação civil pública não impede ou não se encerra na busca de provas visando à elucidação da participação de outros agentes públicos e/ou privados e empresas nos fatos descritos na presente inicial, mas que por falta de elementos de prova não foram incluídos no polo passivo da demanda. Assim, urge acentuar que não se cuida de arquivamento implícito a ausência de outros personagens públicos e privados. Neste caso, podemos citar as empresas contratadas para subsidiar a fiscalização da obra, por exemplo, SONDOTÉCNICA e outras.

Por fim, o aditamento à inicial ou o ajuizamento de nova demanda será possível com o andamento de novas diligências e do compartilhamento das provas produzidas pelo Ministério Público Federal, que ensejou no ajuizamento de ação penal contra agentes do Poder Público Estadual, empresários da construção e outros que tenham contribuído e/ou auferido vantagem para o ilícito civil.

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, antes de passar ao pedido principal e aos demais requerimentos, cumpre apenas fazer singela observação acerca das sanções a serem aplicadas aos demandados.

As sanções, bem como a sua dosimetria, deverão ser determinadas pelo magistrado, por ocasião da sentença condenatória, reservando-se as partes o momento das alegações finais – se for o caso de dilação probatória - para debaterem sobre os aspectos qualitativos e quantitativos das reprimendas.

A *ratio* para tal constatação é por demais simples, valendo colacionar os ensinamentos de ROGÉRIO PACHECO ALVES:

Claro, a partir de tal visão, que por inexistir qualquer campo de liberdade no que respeita à atuação dos legitimados à ação civil pública, jungidos ao princípio reitor da obrigatoriedade (também ao princípio da indisponibilidade, que é a outra face da moeda), a correlação na ação de improbidade ganha contornos próprios, assemelhando-a, neste passo, ao que se verifica no processo penal, onde não cabe ao autor da ação penal condenatória delimitar, em sua inicial, o tipo de sanção aplicável, nem tampouco a sua duração (limitação temporal). (...) (*Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011, p. 853).

(...) Solução contrária levaria a que, por exemplo, diante de fato de imensa gravidade, a pessoa jurídica lesada, manipulada pelo agente político, se antecipasse no ajuizamento da ação formulando pedido de reparação do dano e de aplicação de multa civil, pura e simplesmente, o que esvaziaria o comando contido no art. 37, §4º, da Carta Política e a própria razão de ser de todo o sistema repressivo da improbidade (...).

Do ponto de vista quantitativo, nenhuma possibilidade de limitação do pedido se apresenta ao autor, tendo em conta que se o legislador estabeleceu parâmetros sancionatórios abstratos (mínimo e máximo) é porque deseja que o juiz, considerando as peculiaridades e as conseqüências da conduta ímproba, os ajuste, na sentença, ao caso concreto, atendendo, deste modo, ao imperativo constitucional de individualização da pena (art. 5º, XLVI). Limitar o pedido, aqui, significaria usurpar a função jurisdicional de balizamento e ferir a ratio da fixação das sanções em parâmetros mínimo e máximo. Significaria, também, um injustificável açodamento na medida em que fundado em elementos ainda precários, colhidos em momento pré-processual e apartados, por isso, do contraditório.

E se o autor o fizer, nas duas situações acima aludidas, não estará o juiz vinculado ao pedido tal como formulado, dele podendo desprender-se em sua sentença. (*Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011, p. 851).

Assim sendo, de bom alvitre, por ocasião da deflagração de ação civil por ato de improbidade, que se requeira apenas a aplicação das sanções, as quais serão delineadas no momento de se prolatar a sentença condenatória, após a dialética processual, permeada pelo contraditório participativo, de forma muito similar ao que ocorre no processo penal.

### III DOS PEDIDOS

#### 11. DOS FUNDAMENTOS DOS PEDIDOS LIMINARES (COMPARTILHAMENTO DE PROVAS E INDISPONIBILIDADE DE BENS)

##### 11.1. Da necessidade do Compartilhamento de Provas

Sem delongas, inicia-se aduzindo que se tornou público que o Ministério Público Federal e o CADE formalizaram acordos com empresas, entre elas, Construtora Andrade Gutierrez, já homologado judicialmente, sendo noticiado pela Procuradoria da República no Rio de Janeiro a existência de Acordos de Delação Premiada e/ou de Leniência, motivo pelo qual surge a necessidade de registrar breves comentários acerca da possibilidade do compartilhamento de provas.

Como explicitado e remarcado em diversos trechos da narrativa fática, a presente ação civil pública fundamenta-se nas provas produzidas no inquérito civil em referência, mas que se torna necessário o compartilhamento de provas produzidas no âmbito da Justiça Federal, diante da notícia do acordo de leniência firmado pela Construtora Andrade Gutierrez, que resultou no ajuizamento de ações penais contra o ex-governador do estado e outros (ref.: AUTOS Nº 0509503-57.2016.4.02.5101 (Inquérito Policial nº 102/2016-11 – Delecor) AUTOS Nº 0509565-97.2016.4.02.5101 (Operação Calicute – prisões cautelares) AUTOS Nº 0509567-67.2016.4.02.5101 (Operação Calicute – buscas e apreensões) AUTOS Nº 0509566-82.2016.4.02.5101 (Operação Calicute – bloqueio de bens) AUTOS Nº 0509505-27.2016.4.02.5101 (Operação Calicute – monitoramento telefônico) AUTOS Nº 0506602-19.2016.4.02.5101 (quebra de sigilo telemático) AUTOS Nº 0506973-80.2016.4.02.5101 (quebra de sigilos fiscal e bancário) AUTOS Nº 0506980-72.2016.4.02.5101 (quebra de sigilo de registros telefônicos) AUTOS Nº 0506530-32.2016.4.02.5101 (homologação leniência Andrade Gutierrez) AUTOS Nº 0509504-42.2016.4.02.5101 (PIC nº 1.30.001.000680/2016-32 – MPF/PRRJ) AUTOS Nº 0507582-63.2016.4.02.5101 (compartilhamento – provas da 13ª VF/Curitiba) AUTOS Nº 0509504-42.2016.4.02.5101 (Op. Calicute – apenso do IPL 102/2016-Delecor) AUTOS Nº 0510037-98.2016.4.02.5101 (busca e apreensão – edifício Bozano Simonsen) AUTOS Nº 0510038-83.2016.4.02.5101 (busca e apreensão – joalheria Ant.º Bernardo).

Quanto à possibilidade de utilização em processo de natureza civil de prova tomada por empréstimo a inquérito ou processo penal, o Supremo Tribunal Federal desde há muito pacificou a questão. A prova colhida em sede criminal pode ser aproveitada, tanto em processos cíveis, quanto em procedimentos administrativos disciplinares. Vejam-se:

É possível compartilhar as provas colhidas em sede de investigação criminal para serem utilizadas, como prova emprestada, em inquérito civil público e em outras ações decorrentes do fato investigado.

Esse empréstimo é permitido mesmo que as provas tenham sido obtidas por meio do afastamento (“quebra”) judicial dos sigilos financeiro, fiscal e telefônico. STF. 1ª Turma. Inq 3305 AgR/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 23/2/2016 (Info 815).

Por isso, com fundamento na narrativa acima, o *Parquet* Estadual entende necessário o compartilhamento das provas produzidas na Justiça Federal e no Ministério Público Federal (Policia Federal) para adotar as medidas cabíveis atinentes às atribuições do Ministério Público Fluminense em relação ao envolvimento de autoridades públicas, detentoras e ex-detentoras de foro criminal por prerrogativa de função, que seriam mencionadas em tais documentos.

**Assim, o Ministério Público Fluminense requer que seja oficiado/solicitando:**

1) aos Juízos da 13ª Vara Federal de Curitiba e da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, com o objetivo de obter o compartilhamento, com extensão de sigilo, se for o caso, dos Termos de Delação Premiada e respectivos anexos, referentes às empresas rés desta ação, no que guardar pertinência com o objeto desta, visando ao eventual aditamento desta demanda ou à propositura de novas ações que lhe sejam conexas;

2) à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e à 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de obter o compartilhamento, com extensão de sigilo, se for o caso, dos Termos de Delação Premiada e respectivos anexos, referentes às empresas rés desta ação, no que guardar pertinência com o objeto desta, visando ao eventual aditamento desta demanda ou à propositura de novas ações que lhe sejam conexas;

3) à Controladoria Geral da União, com o objetivo de obter o compartilhamento, com extensão de sigilo, se for o caso, dos Termos de Leniência e respectivos anexos, referentes às empresas rés desta ação, no que guardar pertinência com o objeto desta, visando ao eventual aditamento desta demanda ou à propositura de novas ações que lhe sejam conexas;

4) ao Tribunal de Contas da União, com o objetivo de obter o compartilhamento, com extensão de sigilo, se for o caso, dos Termos de Leniência e respectivos anexos, referentes às empresas rés desta ação, no que guardar pertinência com o objeto desta, visando ao eventual aditamento desta demanda ou à propositura de novas ações que lhe sejam conexas;

5) ao CADE com o objetivo de obter o compartilhamento, com extensão de sigilo, se for o caso, dos Termos de Leniência e respectivos anexos, referentes às empresas rés desta ação, no que guardar pertinência com o objeto desta, visando ao eventual aditamento desta demanda ou à propositura de novas ações que lhe sejam conexas, celebrado nos autos do INQUÉRITO ADMINISTRATIVO SIGILOSO Nº 08700.006630/2016-88.

## 11.2. Da Indisponibilidade de Bens

Justifica-se a necessidade de concessão liminar a partir da contundente e comprovada narrativa até aqui feita, por meio da qual se depreende existir *interesse público relevante e superior*, sendo a medida ora pleiteada capaz de garantir o ressarcimento do dano ao erário.

O *fumus boni iuris* está consolidado não só pela verossimilhança das *condutas ilegais e imorais dos demandados*, bem assim nos documentos que instruem o presente inquérito, mormente em razão das constatações técnicas acerca das irregularidades da obra do Maracanã, conforme apontadas pelo Tribunal de Contas da União e Estado, além das ações penais promovidas pelo Ministério Público Federal contra o ex-governador do estado do Rio de Janeiro e outros agentes públicos e privados decorrentes de recebimento indevido de vantagem, que resultou em favorecimento das empresas demandadas e seus representantes, lavagem de dinheiro, existindo, conforme dito alhures, até mesmo confissão da empresa Andrade Gutierrez no acordo de leniência, sendo tais fatos amplamente veiculados na imprensa nacional, o que constitui fato notório, ou seja, que sequer precisaria de maiores provas, conquanto estejam robustamente presentes.

Recorde-se que o *dano ao erário* também está configurado em razão da relação direta entre os valores oriundos do erário estadual, diante das ilegalidades na elaboração do projeto e execução da obra sem a devida fiscalização pelas empresas contratadas e os agentes públicos nomeados para tal finalidade.

Tais valores, por óbvio, foram acrescidos ilicitamente diretamente aos patrimônios das empresas demandadas e, quiçá ao patrimônio dos agentes públicos e privados envolvidos.

A situação se explica pela reiterada atuação ilegal dos demandados, bem como porque em unidades de desígnios agiram para se locupletarem com o dinheiro público, fraudando a licitação e onerando o valor da obra, tudo em benefício próprio.

Aliás, o dolo dos demandados mostra-se tão claro, bastando apreciar que os agentes públicos e as empresas contratadas para fiscalizarem o contrato/obra deixaram de exercer o *munus* fiscalizatório, permitindo a ocorrência dos fatos explicados pelo flagrante interesse pessoal de todos os demandados, com a conivência e participação ativa da chefia do poder executivo estadual, tanto que resultou em ação penal já mencionada, diante da vantagem que recebeu, declaradamente valores desviados do contrato firmado.

Os procedimentos ilegais, conforme já comentado, subsumem-se com clareza solar aos artigos 9º I, VII e IX a XII; 10, I a III e VIII a XII; e 11, I e II da Lei de improbidade Administrativa, o que só reforça a necessidade de concessão das medidas liminares ora pleiteadas.

Quanto ao *periculum in mora*, ressalta o *Parquet* tratar-se de caso de presunção do instituto, conforme vem afirmando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ora exemplificada por meio do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. *FUMUS BONI IURIS*. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado. 2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Entre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal. 3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação). 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). 5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. 6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei nº 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função



pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível". 7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011. 8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido. 9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial. 10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. 11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados – a quem caberá, p. ex., fazer

prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial. 12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência. 13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela). 14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o *fumus boni iuris*, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens. 15. Recurso especial não provido. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp. 1319515 / ES. 22/08/2012.

E ainda que assim não fosse o entendimento jurisprudencial, de qualquer forma, resta patente o fundado receio de dano grave, fruto da própria dinâmica até aqui narrada, de que os demandados, diretamente ou por intermédio de pessoas interpostas, possam dilapidar ou “pulverizar” o patrimônio ilicitamente obtido, transferindo as vultosas quantias já mencionadas para local incerto, paraísos bancários que não possuem regras rígidas de controle, tornando extremamente difícil, senão impossível, o seu alcance e consequente perdimento em favor do Estado do RJ, colocando em risco a efetivação dos objetivos perseguidos pela Lei nº 8.429/92.

Note-se que, infelizmente, tal infortúnio já vem ocorrendo, conforme se constata da leitura das matérias jornalísticas, em que o Ministério Público Federal relata a existência de valores depositados no exterior.

Assim, para assegurar a reversão ao Estado do Rio de Janeiro dos valores superfaturados e ilicitamente amealhados (artigos 12 e 18 da Lei nº 8.429/92), torna-se imprescindível a decretação do bloqueio de todo o patrimônio, móvel e imóvel, dos demandados, sobre o qual recaem, como demonstrado, veementes indícios de ilicitude quanto à origem.

Os fatos até aqui expostos, independentemente de seus naturais e necessários desdobramentos na seara criminal, exigem a tomada de providências por parte do Ministério Público Fluminense e do Poder Judiciário estadual também na esfera cível, isto em razão da existência não só de indícios, mas de contundentes provas de danos ao patrimônio público, com o consequente enriquecimento ilícito por parte dos requeridos, todos beneficiados pelo flagrante esquema de corrupção.

Com efeito, quaisquer dos diversos elementos probantes dos autos, por si só, revelam a existência do cometimento de atos de improbidade administrativa pelos requeridos, impondo-se, por via de consequência, a decretação da medida de indisponibilidade dos bens prevista nos artigos 7º e 16, §1º da LIA, evitando-se, assim, a dissipação dos bens, fruto da aquisição ilícita e permitindo que se efetivem o ressarcimento dos danos ao erário, bem como o perdimento, em favor do Estado, dos frutos das ilicitudes.

Desta forma, afiguram-se suficientes os indícios da ocorrência de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 9º I, VII e IX a XII; 10, I a III e VIII a XII; e 11, I e II, da Lei nº 8.429/92.

E assim sendo, ao teor dos artigos 5º e 6º da Lei de Improbidade, respectivamente:

*Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.*

*No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.*

Tais regras se coadunam com o estabelecido nos artigos 12, I e II, e 18 da mesma Lei:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, estará o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – *na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o*

Poder Público receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

II – *na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (...).*

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará *o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa prejudicada pelo ilícito.*

A medida de bloqueio de bens, como se depreende da sistemática legal, volta-se à garantia dos comandos contidos nos referidos artigos 5º, 6º, 12, I e II e 18, vale dizer, o ressarcimento ao erário e o perdimento (ou reversão, na dicção legal) dos bens ilicitamente adquiridos ao sujeito passivo da conduta de improbidade, no caso presente – repita-se, – o Estado do Rio de Janeiro.

Tal medida cautelar de constrição patrimonial vem autorizada pelo art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e complementada pelo art. 16 do mesmo diploma:

Art. 7º. Quando o ato de improbidade *causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito*, caberá à autoridade responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral *ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento.*

Art. 16. Havendo *fundados indícios de responsabilidade*, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente *a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente* ou causado dano ao patrimônio público.

§1º. O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§2º. Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

É forçoso concluir que a medida cautelar, a decretação do sequestro de bens, pressupõe a demonstração do *fumus boni iuris* (art. 801, III, do Código de Processo Civil) – requisito aferido a partir da plausibilidade do direito alegado pelo autor e de suas probabilidades de êxito na ação principal – e do *periculum in mora*, consubstanciado nos riscos que a natural demora da solução da demanda pode acarretar à pretensão da parte. Não obstante notória, a presença de tais elementos será exposta mais adiante.

## 12. DO PEDIDO PRINCIPAL

Por tudo exposto, o Ministério Público requer a Vossa Excelência:

1) A notificação dos demandados para que se manifestem, na forma do art. 17, §7º, da Lei nº 8.429/92;

2) Em seguida, recebida a inicial, a citação dos réus para, querendo, contestarem a presente ação, no prazo legal e sob pena de revelia e confissão;

3) Seja decretada a nulidade do Edital de Concorrência Nacional nº 045/2010/SEOBRAS e do termo de contrato dele decorrente (Contrato nº 101/2010), desconstituindo-se, por conseguinte, todos os efeitos produzidos, como efeito lógico e corolário da decretação da nulidade;

4) A procedência do pedido para condenar os réus nas sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive no que tange às sanções correlatas aos atos que se amoldam à sistemática dos artigos 10 e 11 da LIA, conforme restará provado no decorrer da instrução processual, aí contido o ressarcimento do dano ao erário (R\$ 198.531.946,49), acrescido dos índices inflacionários e juros legais;

5) A condenação dos réus nos ônus da sucumbência, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ nº 801, de 19.03.98;

6) Seja procedida a anotação de que o órgão do Ministério Público com atribuição para atuar no feito é a 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital, que deverá ser pessoalmente intimada dos atos processuais, nos termos do art. 41, inc. IV, da Lei nº 8.625/93 e do art. 82, inc. III;

7) A dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, à vista do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/1985 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90.

Para a comprovação dos fatos aqui narrados, protesta-se, desde logo, pela produção de todas as provas em Direito admitidas e que se fizerem pertinentes, notadamente a testemunhal, a documental e pericial, além do depoimento pessoal

dos réus e bem assim a juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer necessário à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente petição inicial.

Dá-se à causa o valor mínimo de R\$ 198.531.946,49 (cento e noventa e oito milhões, quinhentos e trinta e um mil e novecentos e quarenta e seis reais e centavos).

Rio de Janeiro, 06 de março de 2017.

**FLÁVIO BONAZZA DE ASSIS**

Promotor de Justiça

**VINICIUS LEAL CAVALLEIRO**

Promotor de Justiça

**LIANA BARROS CARDOZO DE SANT'ANA**

Promotora de Justiça

**ALBERTO FLORES CAMARGO**

Promotor de Justiça

**DENISE PIERI PEÇANHA PITTA**

Promotora de Justiça

**CLAUDIA TÜRNER PEREIRA DUARTE**

Promotora de Justiça





Detalhe da imagem da capa



# Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.





Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

## **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 126.420 / RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): WOLF GRUENBERG

AGTE.(S): BETTY GUENDLER GRUENBERG

ADV.(A/S): EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

### **EMENTA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ALEGADA NULIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE SUPOSTAMENTE TERIA DETERMINADO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM APOIO EXCLUSIVO EM DELAÇÃO ANÔNIMA – INOCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA DE FARTA DOCUMENTAÇÃO REVELADORA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIMES – INSTAURAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL PARA EFEITO DA VÁLIDA DECRETAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO – DESNECESSIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES AO PROCESSO PENAL – CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO PROCESSO DE HABEAS CORPUS – PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.*

Brasília, 06 de dezembro de 2016.

**CELSO DE MELLO**

Relator

**AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 126.420 / RIO GRANDE DO SUL**

**RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO**

**AGTE.(S): WOLF GRUENBERG**

**AGTE.(S): BETTY GUENDLER GRUENBERG**

**ADV.(A/S): EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):** O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, assim resumiu e apreciou a presente causa:

1. *Por decisão monocrática o eminente Relator negou provimento ao recurso em habeas corpus da Defesa, asseverando a inexistência de ilegalidade na medida cautelar de interceptação telefônica procedida na espécie (não originada exclusivamente em delação anônima), afastando ainda a arguição de ilegalidade da quebra de sigilo telefônico dos agravantes, eis que não constituiu o primeiro ato de investigação policial, conforme afirmado pela Defesa.*

2. *O agravo regimental reitera as alegações expostas no recurso ordinário e aduz que “os fundamentos que levam os agravantes a recorrer ao Supremo Tribunal Federal são os seguintes: a) a representação pela quebra do sigilo telefônico dos Pacientes teve origem em denúncia anônima; b) a perseguição em curso na*

Ação Penal 2008.71.00.011760-5 teve origem em interceptação telefônica autorizada liminarmente, nos autos do Procedimento 2007.71.00.033448-0 antes mesmo da instauração de inquérito policial, constituindo, pois, o primeiro ato de investigação realizado pelas autoridades policiais; c) a imprescindibilidade da interceptação telefônica foi justificada com base nos próprios resultados da diligência” (...).

3. *Busca-se o provimento do recurso e ao final a concessão de writ em benefício dos ora agravantes, “declarando-se a ilicitude da interceptação telefônica e telemática realizada no Procedimento 2007.71.00.033448-0 e dos elementos de prova dela derivados, bem como o trancamento da Ação Penal 2008.71.00.011760-5”.*

4. *O agravo regimental é meramente repetitivo e não infirma os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a reproduzir arguições que foram devidamente analisadas com amparo na jurisprudência da Suprema Corte.*

5. *As arguições ora reiteradas foram oportunamente refutadas na manifestação ministerial constante dos autos, razão pela qual se pede vênia para transcrever os fundamentos já expostos e aqui integralmente ratificados:*

(...)

5. *Neste writ, agora em grau de recurso, querem os recorrentes anular parte da prova que sustentou a acusação feita pelo Ministério Público, mais especificamente a interceptação de suas comunicações telefônica e telemática realizadas nos autos do procedimento criminal nº 2007.71.00.033448-0, com o consequente trancamento da ação penal nº 2008.71.00.011760-5.*

6. *Para tanto, sustentam a nulidade das interceptações telefônica e telemática porque realizadas sem investigação prévia, com base apenas em denúncia anônima, do que decorreu a ilicitude da prova que foi utilizada pelo Ministério Público para fundamentar a acusação.*

7. *Essa pretensão foi inicialmente deduzida perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo denegada a ordem pleiteada em acórdão assim ementado:*

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUEBRA DE SIGILOS. FUNDAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO COMPROVAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. *Denúncia anônima não é prova, nem mesmo indiciária; é mera informação*, podendo até justificar iniciais providências investigatórias pela polícia ou Ministério Público, mas jamais fundamentar restrições a direitos individuais.

2. *Nada comprovando ter a quebra do sigilo sido deferida com base em exclusiva denúncia anônima*, fonte sequer admitida pelas autoridades oficiais ao feito, e *admitida a existência de outras fontes de prova* previamente à discutida quebra dos sigilos constitucionalmente protegidos, é rejeitada a arguição de nulidade.

3. *Ordem denegada.*

8. *Renovado o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça*, a ordem também foi denegada. Concluiu a então Relatora, Ministra Assusete Magalhães, que *a interceptação não foi a primeira medida que serviu de suporte à investigação*:

*Ademais, não subsiste o argumento de que a interceptação telefônica e telemática dos pacientes teria sido a primeira medida que serviu de suporte às investigações*. Isso porque, conforme decidiu o Juízo de 1º Grau, fundamentadamente, *houve extensa prova documental acostada aos autos da Representação pela Quebra do Sigilo de Dados*, apontando a prática de diversos delitos, além de indícios suficientes de autoria.

*De fato, não paira dúvida*, especialmente pela documentação de fls. 412/607, oriunda do MPF, *relativa a farto conjunto de documentos*, concernentes, inclusive, a *depoimentos tomados em sede judicial, em outros feitos, que não tramitaram em segredo de justiça*, indicando a existência de indícios de autoria de ilícitos penais, que *foi ela suficiente a embasar a representação* pela Medida Cautelar de Quebra de Sigilo Telefônico 2007.71.00.33448-0, ora impugnada.

*A certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 1ª Vara Federal de Porto Alegre – onde tramita o feito – não deixa dúvida quanto ao fato de que a investigação teve origem no Procedimento levado a efeito pelo MPF*, consistente em anexos do processo de Quebra de Sigilo, que se encontram em apenso à Ação Penal, e que, dos aludidos anexos, não consta qualquer provocação ao Órgão ministerial para o início da investigação, do que se conclui que *inexistente, naquele procedimento, qualquer denúncia anônima*.

(...)

*Consta da inicial acusatória que, ao final das investigações, foi identificada estrutura organizada, que se valeria de expedientes fraudulentos, destinada à prática de diversos crimes, com o objetivo de promover o enriquecimento ilícito de parte de seus integrantes.*

*Assim, restou sobejamente demonstrado que, pelo suposto esquema criminoso e pelo modus operandi dos investigados, a interceptação telefônica era o único meio de prova apto a esclarecer os fatos, especialmente o suposto ânimo associativo entre os investigados, em complementação à farta prova, colhida do procedimento instaurado pelo Ministério Público Federal, não tendo sido a quebra de sigilo a primeira medida de investigação adotada.*

*Da mesma forma, não subsiste o argumento de ilicitude da interceptação telefônica, e das demais provas dela derivadas, porque a Polícia Federal não teria atendido à requisição do Parquet para a instauração de Inquérito Policial.*

*A questão restou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não ser imprescindível a prévia instauração de Inquérito Policial, para que seja autorizada a medida cautelar de interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis da autoria ou participação do acusado em infração penal:*

(...)

*Consoante já assinalo, da documentação que instrui a impetração constata-se que, apesar de o monitoramento telefônico dos investigados haver sido requerido e autorizado antes da instauração de Inquérito Policial (sentença, fls. 754e), a representação policial adveio de extenso conjunto de provas, colhidas de diversos processos judiciais, que não tramitavam em segredo de justiça, com indícios suficientes de autoria, que foram encaminhados à Polícia Federal, pelo Ministério Público.*

*9. No recurso ora analisado os recorrentes reiteram a tese de ilicitude da prova ao argumento de que a interceptação das comunicações telefônica e telemática foi o primeiro ato da investigação, tendo sido requerida e autorizada sem a prévia instauração de inquérito policial, com base apenas em denúncia anônima:*

*Em suma, os fundamentos que levam os Pacientes a recorrer ao Supremo Tribunal Federal são os seguintes:*

*a) a representação pela quebra do sigilo telefônico dos Pacientes teve origem em denúncia anônima;*

*b) a persecução em curso na Ação Penal 2008.71.00.011760-5 teve origem em interceptação telefônica autorizada liminarmente, nos autos do Procedimento 2007.71.00.033448-0 antes mesmo da instauração de inquérito policial, consistindo, pois, o primeiro ato de investigação realizado pelas autoridades policiais;*

*c) a imprescindibilidade da interceptação telefônica foi justificada pelo acórdão atacado com base nos próprios resultados da diligência.*

10. *Esses argumentos, no entanto, são improcedentes.*

11. *Ao contrário do que afirmam os recorrentes, a interceptação de suas comunicações telefônicas e telemáticas não foi requerida, nem deferida, com base em denúncia anônima.*

12. *Para refutar esse argumento, o Ministério Público transcreve trecho do recurso interposto pela recorrente Betty Gruenberg, em trâmite nessa Corte, autuado sob o nº 126.207/RS, da Relatoria do eminente Ministro Celso de Mello:*

*O afastamento do sigilo telefônico e telemático da recorrente, que daria, mais adiante, origem à Ação Penal nº 2008.71.00.011760-5, decorreu de Representação formulada pelo i. DPF Luciano Flores de Lima (fls. 122/137).*

*Tal fato representou o primeiro ato de investigação realizado pela Polícia Federal. Antes da Representação, o ilustre Delegado de Polícia limitou-se a ler os documentos que, pouco mais de um mês antes, lhe haviam sido encaminhados pelo Ministério Público Federal, sem instaurar nenhum expediente formal, muito menos um inquérito policial.*

*Com efeito. Ainda no âmbito do Ministério Público Federal, foram reunidos vários volumes de documentos, consistentes em fotocópias de processos cíveis, criminais e trabalhistas, os quais tiveram curso em períodos distintos, alguns durante décadas, perante jurisdições e instâncias várias.*



Em 19/07/2007, o i. Procurador da República Dr. Antônio Carlos Welter subscreveu o OF/4º Ofício Criminal/PR/RS/Nº 4701, encaminhando “peças de informação em anexo” para que fossem autuadas e distribuídas (fl. 110).

(...)

*Esse Ofício ensejou a instauração de Procedimento MPF 1.29.000.0001056/2007-92.*

No dia imediatamente seguinte, 20/07/2007, o i. Procurador acima nominado e a i. Procuradora Dra. Ana Luísa Chiodelli Von Mendgen subscreveram o OF/4º Ofício Criminal/PR/RS/Nº 4710, dirigido à Superintendência Regional da Polícia Federal de Porto Alegre, cujo inteiro teor:

*Pelo presente ofício encaminhamos a Vossa Senhoria o expediente anexo, extraído de peças de procedimentos judiciais que tramitam perante a Justiça Federal de Porto Alegre, requisitando a instauração de procedimento para a apuração de fatos que, em tese, podem consubstanciar delitos de fraude processual e de lavagem de ativos.*

*Sendo o que havia, renovamos protestos de elevada estima e consideração. (...)*

*Assim, o MPF expressamente requisitou à Polícia Federal a instauração de inquérito policial para apuração de fatos que poderiam caracterizar crimes de fraude processual e lavagem de ativos.*

*Os numerosos documentos foram então recebidos pela Superintendência da Polícia Federal em Porto Alegre. (...)*

13. *A existência de farta documentação, consistente em cópia de processos criminais, cíveis e trabalhistas que tramitaram sem sigilo, recebida pelo Ministério Público Federal e encaminhada à Polícia Federal, é também confirmada pelos recorrentes neste feito. Trata-se, pois, de fato incontroverso.*

14. *Não há que se falar, por isso, em investigação baseada apenas em denúncia anônima. As interceptações requeridas pela autoridade policial foram fundamentadas em vários volumes de documentos que revelavam indícios da prática de crimes.*

15. *Tendo em mão esses documentos, e confirmando que, de fato, havia indícios graves da prática de delitos contra a Administração Pública, é que o Juízo Federal deferiu a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas dos recorrentes.*

16. *Como afirmou a Ministra Assuste Magalhães, no percuente voto proferido no Habeas Corpus originário, a “certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 1ª Vara Federal de Porto Alegre – onde tramita o feito – não deixa dúvida quanto ao fato de que a investigação teve origem no Procedimento levado a efeito pelo MPF, consistente em anexos do processo de Quebra de Sigilo, que se encontram em apenso à Ação Penal, e que, dos aludidos anexos, não consta qualquer provocação ao Órgão ministerial para o início da investigação, do que se conclui que inexistente, naquele procedimento, qualquer denúncia anônima” (...).*

17. *Assim, apesar da longa argumentação dos recorrentes, não há prova nos autos de que a iniciativa tomada pelo Ministério Público Federal de encaminhar à Polícia Federal a farta documentação em seu poder relativa aos crimes praticados pelos recorrentes foi fruto de denúncia anônima.*

18. *Registre-se que essa Corte não repudia a denúncia anônima como fonte de informação, entendendo apenas que somente ela, desacompanhada de qualquer outro elemento probatório, não pode servir de fundamento para a realização de medidas invasivas, que importem em restrição ao direito constitucionalmente assegurado à intimidade e à privacidade.*

19. *Mas esse, definitivamente, não é o caso destes autos.*

20. *Na sentença que condenou os recorrentes pela prática dos crimes de quadrilha e de falsidade documental, o Juízo afirmou expressamente que não havia nos autos da ação penal documento que se pudesse qualificar como denúncia anônima. Confira-se:*

*Consoante já exposto inúmeras vezes por este Juízo (...), ainda que a autoridade policial ou o Ministério Público tivessem tomado conhecimento dos fatos por meio de denúncia anônima, tal fato não seria bastante para ensejar a ilicitude da prova coligida posteriormente, a partir das investigações levadas a efeito por parte dos órgãos responsáveis pela persecução penal, pois, ainda que a investigação tenha iniciado com base em informações prestadas de forma não documentada, uma vez que autoridade policial tenha acrescentado provas suficientes para iniciar a investigação, e que exista justa causa para as medidas investigativas determinadas, não há que se falar em invalidade da prova.*

*Tanto as medidas restritivas de direitos fundamentais deferidas por este Juízo não foram amparadas em denúncia anônima*

que a tal “denúncia” alegada pela defesa não se encontra nos autos. O Juiz, ao deferir as medidas postuladas pela autoridade policial, com a concordância do Ministério Público, *baseou-se tão somente nos elementos encartados aos autos (farta documentação encaminhada juntamente com a Representação formulada pela autoridade policial)*, os quais considerou suficientes para concluir sobre a existência de justa causa. (...)

21. *Quanto ao outro fundamento invocado no recurso, de que as interceptações foram deferidas sem a prévia instauração de inquérito policial*, trata-se de tema já enfrentado por essa Suprema Corte em mais de uma oportunidade, sendo pacífico o entendimento de que “*é dispensável prévia instauração de inquérito para a autorização de interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis de autoria ou participação do acusado em infração penal*” (HC nº 114.321/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 19.12.2013).

22. *No mesmo sentido:*

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Não conhecimento da impetração pelo Superior Tribunal de Justiça, por ser substitutiva de recurso especial. Inexistência de óbice à impetração do writ. Precedentes. *Alegação de nulidade do processo por irregularidades na interceptação telefônica levada a efeito por determinação de juízo distinto daquele em que instaurada a ação penal e pelo uso de expediente diverso do inquérito policial. Nulidade inexistente. Alegação de uso de prova emprestada e de fundamentação do édito condenatório exclusivamente em elementos coligidos no inquérito. Não ocorrência. Prisão preventiva. Manutenção. Vedação ao recurso em liberdade. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Constrangimento ilegal não verificado. Recurso não provido.*  
1. Não tem admitido a Corte a rejeição da impetração pelo Superior Tribunal de Justiça ao argumento de que consiste em substitutivo de recurso especial cabível (HC nº 115.715/CE, Primeira Turma, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/6/13). 2. A investigação e o pedido de quebra de sigilo foram legitimamente solicitados à autoridade competente da Comarca de São Bernardo do Campo/SP e, em razão da pletora de elementos indicativos do envolvimento do recorrente no crime de tráfico de entorpecentes, praticado

no âmbito territorial da capital, efetivou-se sua prisão em flagrante, tendo ali sido regularmente instaurada a ação penal que culminou com sua condenação. 3. Não foi a condenação do paciente estribada em “prova emprestada”, porquanto somente as interceptações tiveram origem em investigação inicialmente distinta, o que, entretanto, não constitui qualquer nulidade processual nem contamina a prova lícitamente produzida. 4. A decisão judicial que autorizou a interceptação, por sua vez, segundo afirmado pelas instâncias ordinárias, está devidamente fundamentada, tendo sido validamente formalizada. As subseqüentes prorrogações estão em consonância com o magistério jurisprudencial da Suprema Corte, consolidado no sentido da “possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem” (HC nº 102.601/MS, Primeira Turma, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJe de 3/11/11). 5. Igualmente *dispensável*, na espécie, *prévia instauração de inquérito para a autorização de interceptação* e a respectiva transcrição da integralidade dos diálogos interceptados. *Precedentes*. 6. A manutenção da prisão cautelar do paciente, conforme se infere da decisão primeva, na qual se manteve a prisão em flagrante do recorrente, está fundada em elementos idôneos para demonstrar a necessidade da segregação cautelar, máxime ao afirmar a maior periculosidade do agente, o qual ostentaria anterior envolvimento em outras infrações penais. 7. Segundo a nossa jurisprudência “a gravidade in concreto do delito ante o *modus operandi* empregado enseja também a decretação da medida para garantia da ordem pública por força da expressiva periculosidade do agente” (HC nº 101.132/MA, Primeira Turma, Relator para acórdão o Ministro Luiz Fux, DJe de 1º/7/11). 8. *Recurso não provido*. (RHC nº 118055/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 31.3.2014, [...])

23. *Esse também foi o entendimento consagrado no acórdão impugnado, como também no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.*

24. *Não há, portanto, situação de constrangimento ilegal que justifique a concessão de habeas corpus aos recorrentes para efeito de anular a ação penal em curso. (...)*

6. *Por fim*, a decisão impugnada foi proferida de forma fundamentada, muito embora em sentido contrário ao pretendido pela Defesa, assentando corretamente a inexistência de qualquer vício ou ilegalidade na espécie.

7. *Ante o exposto*, o Ministério Público Federal pede o desprovemento do agravo regimental. (grifei)

*Sendo esse o contexto*, submeto à apreciação desta colenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

## AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 126.420 / RIO GRANDE DO SUL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):** *Trata-se* de recurso de agravo, *tempestivamente* interposto, contra decisão que, por mim proferida, *negou provimento* ao recurso ordinário em *habeas corpus* deduzido contra acórdão que, *confirmado em sede de embargos de declaração* pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *está assim ementado*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES DE ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, DENUNCIACÃO CALUNIOSA, LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS (ARTS. 171, § 3º, 288, 299 E 399, TODOS DO CÓDIGO PENAL, 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86 E 1º, VII, DA LEI Nº 9.613/98). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. *NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 2º DA LEI Nº 9.296/96. DEMONSTRAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA. PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DENÚNCIA ANÔNIMA INDEMONSTRADA. EMBASAMENTO EM OUTROS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I. *Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, não cabendo a sua utilização como substitutivo de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.*

II. *A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HC’s 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.*

III. *O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, ‘a’, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, ‘c’, e II, ‘a’, da Carta Magna.*

IV. *Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.*

V. *É sabido que a intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei nº 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I, ‘a’, III, da Lei nº 9.296/96.*

VI. *Tendo sido demonstrado que, pelo suposto esquema criminoso e pelo modus operandi dos investigados, a interceptação telefônica era o único meio de prova apto a esclarecer os fatos, especialmente o suposto ânimo associativo entre os investigados, em complementação à farta prova, colhida do procedimento previamente instaurado pelo Ministério Público Federal, não tendo sido a quebra de sigilo a primeira medida de investigação*

*adotada, não há falar em ilicitude da prova colhida por meio de interceptação telefônica, autorizada por decisão devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I, 'a', III, da Lei nº 9.296/96, revelando a necessidade da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos investigados em infração penal (art. 2º, I, da Lei nº 9.296/96), para a apuração de diversos delitos, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei nº 9.296/96).*

VII. *O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para instaurar procedimento administrativo de investigação, podendo requisitar documentos e informações, a fim de colher elementos para a propositura da ação penal. Precedentes do STJ: HC 127.667/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 12/12/2012; AgRg no REsp 1.074.545/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 03/09/2012.*

VIII. *Esta Corte já pacificou entendimento quanto à prescindibilidade de prévia instauração de Inquérito Policial, para que seja autorizada a medida cautelar de interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis de autoria ou participação do investigado em infração penal, apurados, inclusive, em prévio procedimento instaurado pelo Ministério Público, tal como ocorreu, in casu.*

IX. *No caso dos autos, não há prova de que a investigação e a quebra do sigilo telefônico teriam decorrido de suposta denúncia anônima. De qualquer sorte, orienta-se a jurisprudência no sentido de que o fato de ter havido denúncia anônima não tem o condão, por si só, de invalidar a interceptação telefônica regularmente deferida por autoridade judicial, se embasada em outros elementos de prova, colhidos após a delatio criminis anônima. Precedentes do STJ.*

X. *Consoante a jurisprudência, "o anonimato, per se, não serve para embasar a instauração de inquérito policial ou a interceptação de comunicação telefônica. Contudo, in casu, ao escrito apócrifo somaram-se depoimentos prestados perante o Ministério Público, que, só então, formulou o requerimento respectivo. Por mais que o requerimento de interceptação telefônica tenha sido formulado antes da instauração de inquérito policial, como o pleito teve origem no seio de procedimento investigatório ministerial, não há falar em ilegalidade" (STJ, HC 161.660/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 25/04/2011).*

XI. *Habeas Corpus não conhecido.*

(HC 190.105/RS, Rel. Min. ASSULETE MAGALHÃES – grifei)

*Entendo não assistir razão à parte agravante, eis que a decisão ora recorrida ajusta-se, integralmente, à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou a propósito da matéria em análise.*

*Como tive o ensejo de enfatizar na decisão ora agravada, entendo que a questão pertinente à suposta ilegalidade da medida cautelar de interceptação telefônica – que, segundo sustentam os recorrentes, teria sido ordenada com apoio exclusivo em delação anônima – foi bem afastada pela douta Procuradoria-Geral da República, cujo parecer esclarece, com apoio nos elementos informativos produzidos nos autos, que “Não há que se falar (...) em investigação baseada apenas em denúncia anônima. As interceptações requeridas pela autoridade policial foram fundamentadas em vários volumes de documentos que revelavam indícios da prática de crimes”, valendo destacar, desse pronunciamento, por oportuno, ante a pertinência de suas observações, fragmento no qual o Ministério Público acentua que, “Tendo em mão esses documentos, e confirmando que, de fato, havia indícios graves da prática de delitos contra a Administração Pública, é que o Juízo Federal deferiu a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas dos recorrentes” (grifei).*

*Eis a manifestação da douta Procuradoria-Geral da República na parte em que examinou esse específico fundamento utilizado para dar suporte à pretensão jurídica dos ora recorrentes:*

*9. No recurso ora analisado os recorrentes reiteram a tese de ilicitude da prova ao argumento de que a interceptação das comunicações telefônica e telemática foi o primeiro ato da investigação, tendo sido requerida e autorizada sem a prévia instauração de inquérito policial, com base apenas em denúncia anônima:*

*Em suma, os fundamentos que levam os Pacientes a recorrer ao Supremo Tribunal Federal são os seguintes:*

- a) a representação pela quebra do sigilo telefônico dos Pacientes teve origem em denúncia anônima;*
- b) a persecução em curso na Ação Penal 2008.71.00.011760-5 teve origem em interceptação telefônica autorizada liminarmente, nos autos do Procedimento 2007.71.00.033448-0 antes mesmo da instauração de inquérito policial, consistindo, pois, o primeiro ato de investigação realizado pelas autoridades policiais;*
- c) a imprescindibilidade da interceptação telefônica foi justificada pelo acórdão atacado com base nos próprios resultados da diligência.*

*10. Esses argumentos, no entanto, são improcedentes.*

*11. Ao contrário do que afirmam os recorrentes, a interceptação de suas comunicações telefônicas e telemáticas não foi requerida, nem deferida, com base em denúncia anônima.*



12. *Para refutar esse argumento*, o Ministério Público transcreve trecho do recurso interposto pela recorrente Betty Gruenberg, em trâmite nessa Corte, autuado sob o nº 126.207/RS, da Relatoria do eminente Ministro Celso de Mello:

*O afastamento do sigilo telefônico e telemático da recorrente*, que daria, mais adiante, origem à Ação Penal nº 2008.71.00.011760-5, decorreu de Representação formulada pelo i. DPF Luciano Flores de Lima (fls. 122/137).

*Tal fato representou o primeiro ato de investigação* realizado pela Polícia Federal. Antes da Representação, o ilustre Delegado de Polícia limitou-se a ler os documentos que, pouco mais de um mês antes, lhe haviam sido encaminhados pelo Ministério Público Federal, sem instaurar nenhum expediente formal, muito menos um inquérito policial.

*Com efeito*. Ainda no âmbito do Ministério Público Federal, foram reunidos vários volumes de documentos, consistentes em fotocópias de processos cíveis, criminais e trabalhistas, os quais tiveram curso em períodos distintos, alguns durante décadas, perante jurisdições e instâncias várias.

*Em 19/07/2007*, o i. Procurador da República Dr. Antônio Carlos Welter subscreveu o OF/4º Ofício Criminal/PR/RS/Nº 4701, encaminhando “peças de informação em anexo” para que fossem autuadas e distribuídas (fl. 110).

(...)

*Esse Ofício ensejou a instauração* de Procedimento MPF 1.29.000.0001056/2007-92.

*No dia imediatamente seguinte*, 20/07/2007, o i. Procurador acima nominado e a i. Procuradora Dra. Ana Luísa Chiodelli Von Mendgen subscreveram o OF/4º Ofício Criminal/PR/RS/Nº 4710, dirigido à Superintendência Regional da Polícia Federal de Porto Alegre, cujo inteiro teor:

*Pelo presente ofício* encaminhamos a Vossa Senhoria o expediente anexo, extraído de peças de procedimentos judiciais que tramitam perante a Justiça Federal de Porto Alegre, requisitando a instauração de procedimento para a apuração de fatos que, em tese, podem consubstanciar delitos de fraude processual e de lavagem de ativos.

*Sendo o que havia*, renovamos protestos de elevada estima e consideração. (...)

*Assim, o MPF expressamente requisitou à Polícia Federal a instauração de inquérito policial para apuração de fatos que poderiam caracterizar crimes de fraude processual e lavagem de ativos.*

*Os numerosos documentos foram então recebidos pela Superintendência da Polícia Federal em Porto Alegre. (...)*

13. *A existência de farta documentação, consistente em cópia de processos criminais, cíveis e trabalhistas que tramitaram sem sigilo, recebida pelo Ministério Público Federal e encaminhada à Polícia Federal, é também confirmada pelos recorrentes neste feito. Trata-se, pois, de fato incontroverso.*

14. *Não há que se falar, por isso, em investigação baseada apenas em denúncia anônima. As interceptações requeridas pela autoridade policial foram fundamentadas em vários volumes de documentos que revelavam indícios da prática de crimes.*

15. *Tendo em mão esses documentos, e confirmando que, de fato, havia indícios graves da prática de delitos contra a Administração Pública, é que o Juízo Federal deferiu a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas dos recorrentes.*

16. *Como afirmou a Ministra Assusete Magalhães, no percuente voto proferido no Habeas Corpus originário, a “certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 1ª Vara Federal de Porto Alegre – onde tramita o feito – não deixa dúvida quanto ao fato de que a investigação teve origem no Procedimento levado a efeito pelo MPF, consistente em anexos do processo de Quebra de Sigilo, que se encontram em apenso à Ação Penal, e que, dos aludidos anexos, não consta qualquer provocação ao Órgão ministerial para o início da investigação, do que se conclui que inexistente, naquele procedimento, qualquer denúncia anônima” (...).*

17. *Assim, apesar da longa argumentação dos recorrentes, não há prova nos autos de que a iniciativa tomada pelo Ministério Público Federal de encaminhar à Polícia Federal a farta documentação em seu poder relativa aos crimes praticados pelos recorrentes foi fruto de denúncia anônima.*

18. *Registre-se que essa Corte não repudia a denúncia anônima como fonte de informação, entendendo apenas que somente ela, desacompanhada de qualquer outro elemento probatório, não pode servir de fundamento para a realização de medidas invasivas, que importem em restrição ao direito constitucionalmente assegurado à intimidade e à privacidade.*

19. *Mas esse, definitivamente, não é o caso destes autos.*

20. *Na sentença que condenou os recorrentes pela prática dos crimes de quadrilha e de falsidade documental, o Juízo afirmou expressamente que não havia nos autos da ação penal documento que se pudesse qualificar como denúncia anônima. (...) (grifei)*

Esse fundamento também foi invocado pelo acórdão recorrido, cujas razões, longamente expostas, deixaram claro que:

(...) a investigação teve origem no Procedimento levado a efeito pelo MPF, consistente em anexos do processo de Quebra de Sigilo, que se encontram em apenso à Ação Penal, e que, dos aludidos anexos, não consta qualquer provocação ao Órgão ministerial para o início da investigação, do que se conclui que inexistente, naquele procedimento, qualquer denúncia anônima, in verbis:

*CERTIFICO que a investigação teve origem no Procedimento autuado no Ministério Público Federal sob o nº 1.29.000.00001056/2007-92, que consiste nos anexos 1, 2, 4, 5 e 7 do procedimento nº 2007.71.00.033448-0, que se encontra em apenso à ação penal em epígrafe.*

*CERTIFICO que o procedimento consiste de cópias, a saber:*

(...)

*CERTIFICO que, nos anexos 1, 2, 4, 5 e 7 do Pedido de Quebra de Sigilo nº 2007.71.00.033448-0, nada consta sobre qualquer pedido, notícia, requerimento ou qualquer outro expediente que demonstre ter o procedimento autuado no Ministério Público sob o nº MPF/PR/RS 1.29.000.001056/2007-92 sido iniciado por provocação (fls. 148e e 150e).(grifei)*

Os ora recorrentes também apoiam o seu pleito na suposta “ilegalidade da quebra de sigilo telefônico como primeiro ato de investigação policial”.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão recorrido, bem repeliu essa alegação, destacando, em longa e substancial fundamentação, que se revelava indispensável a adoção da medida cautelar de interceptação telefônica, reportando-se ao magistrado de primeira instância cuja decisão, ao decretar essa excepcional providência de caráter probatório, “(...) mencionou que o MPF apontou ‘a imprescindibilidade da medida, especialmente devido ao perfil de atuação dos investigados, que incluiria coação de testemunhas, falsidades, promoção de manobras judiciais fraudulentas junto a todos os ramos da Justiça que lhe sejam úteis, a utilização de laranjas e testas de ferro para executar o seu intento

*criminoso'* (fl. 194e). Fez, ainda, menção à representação da autoridade policial, pela quebra de sigilo telefônico e telemático, destacando que, 'de acordo com a representação e documentos que a instruem' (fl. 194e) – que são exatamente os documentos constantes do Procedimento autuado no MPF sob o nº 1.29.000.00001056/2007-92 e que, remetidos à Polícia Federal, serviram de suporte ao pedido de quebra de sigilo, conforme certidão expedida pela Justiça Federal e constante de fls. 149/150e –, 'há indícios de que o advogado WOLF GRUENBERG vem tentando obter da União o pagamento de aproximadamente R\$ 827.000.000,00, a título de cobrança de uma cessão de crédito que, na realidade, já haveria sido pago há mais de 15 anos' (fl. 194e)".

*E foi com apoio* nesses dados e peças documentais – conforme assinala o E. Superior Tribunal de Justiça – que o Juiz Federal em questão, *examinando "todos os fatos", concluiu no sentido da imprescindibilidade* dessa medida cautelar, *ênfatizando* que referida interceptação telefônica, *presente* o contexto *evidenciado* pelas circunstâncias do caso, *revelava-se "(...)" como única medida* com possibilidade de colher maiores dados *a respeito* dos fatos investigados, *especialmente em virtude* do próprio perfil de atuação de WOLF GRUENBERG, *o qual*, segundo se extrai da representação policial e dos documentos que a instruem, *faria uso sistemático de artifícios* com a finalidade de ocultar suas operações (fl. 201e), *demonstrando a impossibilidade* de se colherem outros meios de prova, *além* da interceptação, *em face* do *modus operandi* e do mencionado perfil de atuação do investigado WOLF GRUENBERG" (grifei).

*Os aspectos que venho ressaltar conferem plena legitimidade jurídica* à decisão judicial *que ordenou, com suporte em fundamentos legitimadores* dessa medida probatória, *a interceptação telefônica* ora questionada, *mesmo porque objetivamente demonstrada a impossibilidade* de a prova ser feita, naquele específico momento, *por outros meios* disponíveis.

*Disso resulta que, por inexistir ilicitude originária, não há que se cogitar, na espécie, de contaminação dos demais elementos probatórios* que vieram a ser *ulteriormente* produzidos *como consequência, direta e imediata*, dos dados obtidos *em referida* interceptação telefônica, *o que descaracteriza, por completo, a hipótese de ilicitude derivada* da prova penal.

*Nem se diga, de outro lado*, que o procedimento probatório da interceptação telefônica *seria unicamente possível* no contexto de *inquérito policial previamente* instaurado.

Essa alegação, *consistente na suposta nulidade* das interceptações telefônicas, *porque autorizadas antes* da "abertura de procedimento apuratório", *não tem o beneplácito* da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal *firmou* no tema, *pois* esta Corte Suprema, em situações assemelhadas à descrita nesta sede processual, *tem entendido ser dispensável a prévia instauração* de inquérito policial *para efeito da válida decretação* da medida cautelar *fundada* na Lei nº 9.296/96 (HC 105.527/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 127.737/MT, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 117.467/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RHC 118.655/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

*HABEAS CORPUS* CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, SONEGAÇÃO FISCAL, SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, ESTELIONATO, EVASÃO DE DIVISAS, MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR E LAVAGEM DE DINHEIRO. QUEBRA DO SIGILO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO ANTERIOR AO PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO: IMPROCEDÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRÉVIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. *É dispensável prévia instauração de inquérito para a autorização de interceptação telefônica, bastando que existam indícios razoáveis de autoria ou participação do acusado em infração penal. Precedentes.*

3. *Habeas corpus denegado.*

(HC 114.321/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

*Diverso não é, na matéria, o entendimento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça (HC 20.087/SP, Rel. Min. GILSON DIPP – HC 136.659/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – RHC 37.209/BA, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, v.g.):*

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. *NOTÍCIA CRIMINIS* ANÔNIMA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. LEGALIDADE.

(...)

3. *Muito embora não sirva como elemento único para embasar investigação criminal, a delação anônima pode ser utilizada para dar início ao procedimento investigatório.*

4. *É pacífico o entendimento desta Corte acerca da prescindibilidade da prévia instauração de inquérito ou ação penal para a decretação da quebra do sigilo telefônico, uma vez que tal providência tem natureza de medida cautelar preparatória, bastando a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão. Precedentes.*

5. *Habeas corpus não conhecido.*

(HC 229.358/PR, Rel. Min. GURGEL DE FARIA – grifei)

Os ora recorrentes *também postulam* “o trancamento da Ação Penal 2008.71.00.011760-5”.

*Não lhes assiste razão, contudo, também quanto a esse pleito recursal.*

*Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado o caráter extraordinário da extinção anômala, mediante trancamento, dos procedimentos de persecução penal.*

*Impõe-se ter presente, neste ponto, a advertência fundada no magistério jurisprudencial desta Corte Suprema, cujas reiteradas decisões têm assinalado que se reveste de caráter excepcional a extinção anômala (ou prematura) da *persecutio criminis* (RT 594/458 – RT 747/597 – RT 749/565 – RT 753/507, v.g.), eis que, “Em sede de *habeas corpus*, só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos (...)” (RT 742/533, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei), valendo referir, por expressivos desse entendimento, os seguintes julgados:*

*4. O trancamento de ação penal constitui medida reservada a hipóteses excepcionais, nelas se incluindo a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. Precedentes.*

*5. Ordem denegada.*

(HC 106.271/ES, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL, EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*, DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL: EXIGÊNCIA, NO ENTANTO, PARA ESSE EFEITO, DE COMPROVADA LIQUIDEZ DOS FATOS.

– *É lícito ao Poder Judiciário, mesmo na via sumaríssima da ação de *habeas corpus*, verificar se existe, ou não, justa causa para a instauração da *persecutio criminis*, ainda que já iniciado, em juízo, o procedimento penal, desde que não se registre qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal, pois o reconhecimento da ausência de justa causa, para efeito de extinção do procedimento persecutório, reveste-se de caráter extraordinário, quando postulado em sede de *habeas corpus*. Precedentes.*

– *A extinção anômala do processo penal condenatório, embora excepcional, revela-se possível, desde que se evidencie – com base em situações revestidas de liquidez – a ausência de justa causa, que se traduz, entre outros elementos, na falta de adequação típica da conduta do agente em face do preceito primário de incriminação constante da norma penal. Precedentes.*

(RHC 87.449/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*Essa orientação – não custa enfatizar – tem o prestigioso beneplácito de JULIO FABBRINI MIRABETE (Código de Processo Penal Interpretado, p. 1.426/1.427, 7ª ed., 2000, Atlas), cuja autorizada lição, no tema, adverte:*

*Também somente se justifica a concessão de habeas corpus, por falta de justa causa para a ação penal, quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos, com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação (...). Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude. Não se pode, todavia, pela via estreita do mandamus, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos. (grifei)*

*Cabe destacar, por oportuno, que o reconhecimento da ausência de justa causa para a persecução penal, embora admissível em sede de habeas corpus, reveste-se de caráter excepcional. É que se impõe, para tal se revelar possível, a inexistência de qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal.*

*Não se pode desconhecer que a ocorrência de iliquidez quanto aos fatos alegados na impetração basta, por si só, para inviabilizar a utilização adequada da ação de habeas corpus, que constitui remédio processual que não admite dilação probatória, nem permite o exame aprofundado de matéria fática, nem comporta a análise valorativa de elementos de prova produzidos no curso do processo penal de conhecimento (RTJ 110/555 – RTJ 129/1199 – RTJ 136/1221 – RTJ 163/650-651 – RTJ 165/877-878 – RTJ 186/237, v.g.):*

*A ação de habeas corpus constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes.*

(RTJ 195/486, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, sobretudo, o douto parecer da Procuradoria-Geral da República, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.*

É o meu voto.

**SEGUNDA TURMA  
EXTRATO DE ATA**

**AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 126.420**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

AGTE.(S) : WOLF GRUENBERG

AGTE.(S) : BETTY GUENDLER GRUENBERG

ADV.(A/S) : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO (0011830/DF) E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **negou provimento** ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 6.12.2016.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em face da participação na 25ª Sessão do Conselho de Estados Membros do Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (Idea), realizada em Estocolmo, Suécia.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ravena Siqueira

Secretária



# RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI  
RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO  
ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO  
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

## EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECORRENTE CONDENADO POR CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENADO À PENA RECLUSIVA INFERIOR A OITO ANOS. DETERMINAÇÃO EM SENTENÇA DE INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PEDIDO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. A PROGRESSÃO DE REGIME OCORRE APÓS O RÉU INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA. REQUISITOS PARA PROGRESSÃO DE REGIME DEVEM SER OPOSTOS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

I – Para ser viável a progressão de regime de cumprimento de pena o réu já deve ter iniciado em regime mais severo.

II – O réu deve apresentar seus pleitos e comprovar seus requisitos para progressão de regime de cumprimento de pena, inicialmente, ao juízo de execução pena. O requerimento realizado diretamente aos tribunais configura supressão de instância, por se tratar de matéria de fato, bem como a necessidade de analisar as provas.

III – Recurso ordinário o qual se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO**

**ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO**

**RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**RELATÓRIO**

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Marcelo de Carvalho contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de *writ* lá manejado.

O recurso narra que recorrente foi condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão pela prática do crime de associação para o tráfico (art. 35, combinado com o art. 40, I e V, ambos da Lei nº 11.343/2006), sendo fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

Inconformado, interpôs recurso de apelação e embargos de declaração no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que manteve a sentença recorrida.

Com o trânsito em julgado da condenação, os autos retornaram à origem. Foi, então, expedido mandado de prisão para início de cumprimento de pena, o qual ainda não foi cumprido.

A defesa entende que o recorrente tem direito ao início de cumprimento da reprimenda no regime aberto sob o argumento de que não existe estabelecimento penal próximo a sua residência e com vagas para receber novos presos no regime semiaberto.

Dessa forma, propôs *habeas corpus* (HC 343.139/SP) no STJ, que decidiu o *writ* nos seguintes termos:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. EXECUÇÃO DA PENA QUE AINDA NÃO SE INICIOU. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO PRÉVIO DO PACIENTE À PRISÃO. AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NO *WRIT*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I – Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II – O pedido de fixação do regime aberto – aos argumentos de que já faria jus à progressão de regime; não haveria vaga no regime intermediário; e necessitaria concluir curso de graduação – não merece ser sequer conhecido, uma vez que não foi objeto de exame pelo eg. Tribunal de origem, não havendo como esta Corte proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

III – Da mesma forma, não há manifestação do Juízo das Execuções acerca do pedido de eventual progressão de regime, até porque não houve, ainda, o início do cumprimento da pena, constando dos autos a informação de que foi expedido mandado de prisão, até aquele momento (7/12/2015) ainda não cumprido.

IV – Não há como se pleitear benefícios que podem ser obtidos durante o cumprimento da pena se esse sequer se iniciou. Faz-se necessário o recolhimento prévio do paciente à prisão, para que seja expedida guia de execução definitiva e tenha início a competência do Juízo das Execuções (precedentes).

V – A avaliação da tese relativa à ausência de vagas em estabelecimento compatível com o regime semiaberto demandaria dilação probatória inviável no âmbito do *writ*, de cognição sumária, não sendo possível acolher o pedido com base em mera suposição (precedentes).

*Habeas Corpus* não conhecido (HC 343.139/SP, Rel. Min. Felix Fischer).

Busca-se, com o presente recurso, a reforma do regime inicial de cumprimento, argumentando que:

[p]ortanto, com a devida vênia, o cerne da questão: (possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto), foi sim devidamente apreciado pelas instâncias inferiores e, não há que se falar em supressão de instância, podendo o *writ* ser conhecido, ainda que de ofício, para permitir que a continuidade do cumprimento da pena se reinicie pelo Regime Aberto.

12. Ante o exposto, requer seja dado integral provimento ao presente recurso ordinário constitucional, determinando-se a reforma do v. acórdão de fls. [sic] por ser medida de justiça (página 65 do documento eletrônico 4).

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou “pelo desprovemento do recurso” (página 4 do documento eletrônico 6), em parecer assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELO CRIME DE TRÁFICO. REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME ABERTO. QUESTÃO A SER EXAMINADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO (página 1 do documento eletrônico 6).

O *Parquet* embasou o parecer nos seguintes argumentos:

[...]

5. A pretensão é improcedente por vários fundamentos.

6. Primeiro, porque há, de fato, supressão de instância, tendo em vista que o recorrente não submeteu o seu pedido ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Não há prova sequer que o recorrente tenha submetido o seu pleito ao Juízo das Execuções.

7. O exame do trâmite do processo no *site* do TRF (Proc. 0000004- 68.2012.4.03.6120) evidencia que o Juiz, com o objetivo de dar início ao cumprimento da pena, determinou, em 10 de novembro de 2015, a expedição do mandado de prisão do recorrente, o qual não foi cumprido até o dia de hoje.

8. De modo que a análise do pedido originariamente por essa Suprema Corte importa em supressão de instância, com grave violação às regras constitucionais de competência.

9. Segundo, não há prova nos autos de que não há vaga em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto. A afirmação da inexistência de vaga é fruto de uma presunção da Defesa, que não pode ser aceita, tendo em vista que, em *habeas corpus*, a prova dos fatos é documental e pré-constituída.

10. Terceiro, não há decisão judicial que tenha concedido ao recorrente o regime aberto. A sentença condenatória impôs-lhe o regime semiaberto, que foi confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da apelação.

11. Se o recorrente acha que tem direito ao regime aberto, deve levar o seu pleito ao Juiz da Execução, após apresentar-se para dar início ao cumprimento da pena.

12. No sistema brasileiro, tal como ocorre na maior parte dos países civilizados, quem fixa o regime de cumprimento da pena é o Juiz e não o réu ou a sua defesa.

13. Assim, seja por qual for a ótica que se examine a questão, não há como se acolher o pleito, sob pena de ruptura do sistema vigente. O recorrente teve a sua prisão decretada para início de cumprimento da pena que lhe foi imposta por sentença transitada em julgado e deve submeter-se à determinação judicial, levando os seus pleitos ao Juízo, que sobre eles proferirá decisão (páginas 3 e 4 do documento eletrônico 6).

É o relatório.

## RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO

### VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, entendo não assistir razão à parte recorrente, eis que a decisão recorrida ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada por este Supremo Tribunal na matéria em exame.

O recorrente argumenta, quanto à violação da supressão de instância, que:

[e]mbora o paciente não tenha submetido ao tribunal *a quo* a discussão sobre inexistência de vagas em regime adequado e necessidade de concluir seus estudos, é certo que sobre o principal argumento, possibilidade de dar continuidade ao cumprimento da pena em regime aberto, as instâncias anteriores apreciaram a matéria e, portanto, não há que se falar em “supressão de instância”, como entendeu a Colenda 5ª Turma, com a devida vênia! (página 63 do documento eletrônico 4).

Verifica-se que a tese da defesa baseia-se nos seguintes pontos: i) direito na progressão de regime de semiaberto para aberto; ii) inexistência de vaga no sistema carcerário para o regime semiaberto; e iii) a necessidade do recorrente de terminar seus estudos no curso de graduação.

Observo que tais elementos não foram apresentados ao tribunal de origem ou mesmo ao STJ, não sendo possível esta Corte proceder a análise pela primeira vez, sob pena de supressão de instância.

Corroboro o entendimento do STJ, em afirmar que:

[...]

não há manifestação do Juízo das Execuções acerca do pedido de eventual progressão de regime, até porque não houve, ainda, o início do cumprimento da pena.

[...]

Por outro lado, o art. 674 do CPP e o art. 105 da LEP são expressos no sentido de que a guia de recolhimento para a execução penal somente será expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade, quando o condenado estiver ou vier a ser preso. O processo de execução penal, portanto, só terá início com a autuação e registro da guia de recolhimento (página 52 do documento eletrônico 4).

É que o benefício legal de progressão de regime de cumprimento de pena deve ocorrer, logicamente, após iniciar o cumprimento da pena, pois, conforme consta nos autos, o mandado de prisão ainda não foi cumprido.

Para o recorrente pleitear a mudança do regime semiaberto para o aberto, deve estar cumprindo a pena no regime semiaberto, o que não ocorre.

Outro ponto combatido no recurso é a inexistência de vagas para novos presos no sistema semiaberto na cidade de Ribeirão Preto/SP.

Ocorre que, não consta nos autos esta informação, trata-se de uma alegação do recorrente sem provas no processo. Até porque, somente o juiz de execução penal é a autoridade apta a decidir sobre a existência ou não da vaga no regime semiaberto.

E finalmente, quanto a intenção do recorrente em continuar seus estudos de graduação, também é uma medida a ser estudada oportunamente pelo juízo de execução da pena, pois existe a possibilidade no art. 122, II, da Lei de Execuções Penais.

Este também é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, quando diz:

[...]

13. Assim, seja por qual for a ótica que se examine a questão, não há como se acolher o pleito, sob pena de ruptura do sistema vigente. O recorrente teve a sua prisão decretada para início de cumprimento da pena que lhe foi imposta por sentença transitada em julgado e deve submeter-se à determinação judicial, *levando os seus pleitos ao Juízo, que sobre eles proferirá decisão.*

14. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pelo desprovemento do recurso (página 4 do documento eletrônico 6 - grifos meus).

Isso posto, pelas razões expostas, nego provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o meu voto.

**SEGUNDA TURMA  
EXTRATO DE ATA**

**RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 136.796 / SÃO PAULO**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

RECTE.(S): MARCELO DE CARVALHO

ADV.(A/S): PEDRO BORGES DE MELO (SP162478/)

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 22.11.2016.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em face da participação no Colóquio sobre Financiamento de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais, realizado em Montevideú, Uruguai.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira

Secretária





## Jurisprudência Cível

• • •

### **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

**INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

**ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO**

**INTDO.(A/S):THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO**

**INTDO.(A/S): IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE**

**INTDO.(A/S): INSTITUTO ANTÍGONA**

**ADV.(A/S): RÚBIA ABS DA CRUZ**

**INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA - IBDFAM**

**ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA**

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

**COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.** O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária.

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO.** O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 9 de fevereiro de 2012.

**MINISTRO MARCO AURÉLIO**

Relator

### **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REQTE.(S):** PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**ADV.(A/S):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**INTDO.(A/S):** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

**ADV.(A/S):** MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

**INTDO.(A/S):** THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO

**INTDO.(A/S):** IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE

**INTDO.(A/S):** INSTITUTO ANTÍGONA

**ADV.(A/S):** RÚBIA ABS DA CRUZ

**INTDO.(A/S):** INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

**ADV.(A/S):** RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

### **RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

Ao indeferir o pedido de medida cauteladora, Vossa Excelência assim resumiu as balizas deste processo:

1. Ao apagar das luzes do Ano Judiciário de 2007 – 19 de dezembro, às 18h52 –, o Presidente da República ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar, presentes os artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06, conhecida por “Lei Maria da Penha”. Eis os preceitos que pretende ver declarados harmônicos com a Carta Federal:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[...]

Art. 33º Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

[...]

Art. 41º Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

[...]

Após o lançamento de razões quanto à legitimidade para a propositura da ação, aponta a oscilação da jurisprudência, evocando alguns julgados no sentido da inconstitucionalidade de artigos envolvidos na espécie. Discorre sobre tópicos versados no Diploma Maior – princípio da igualdade, artigo 5º, inciso I; competência dos Estados para fixar regras de organização judiciária local, artigo 125, § 1º, combinado com o artigo 96, inciso II, alínea “b”; competência dos juizados especiais, artigo 98, inciso I –, procurando demonstrar a plena harmonia dos dispositivos legais com a Lei Básica da República.

Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do discrimine. Cita dados sobre o tema, mencionando, nesta ordem, autores consagrados: Alexandre de Moraes, Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Berenice Dias. Alude a pronunciamentos desta Corte relativos a concurso público, prova de esforço físico e distinções necessárias

presente o gênero. Faz referência a mais preceitos de envergadura maior, porquanto constantes da Constituição Federal, quanto à proteção à mulher – licença à gestante, tratamento sob o ângulo do mercado de trabalho e prazo menor para aposentadoria por tempo de contribuição.

No tocante à organização judiciária e aos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, busca demonstrar que não ocorreu a invasão da competência atribuída aos Estados. A União teria legislado sobre direito processual visando à disciplina uniforme de certas questões – o combate à violência doméstica ou familiar contra a mulher. A Lei envolvida no caso não contém, segundo as razões expostas, detalhamento da organização judiciária do Estado, apenas regula matéria processual alusiva à especialização do Juízo, tudo voltado a conferir celeridade aos processos. Menciona precedente.

Por último, relativamente à competência dos juizados especiais, a não aplicação de institutos contidos na Lei nº 9.099/95 remete ao subjetivismo da definição dos crimes de menor potencial ofensivo, a direcionar a razoabilidade quanto ao afastamento da transação e da composição civil considerada a ineficácia das medidas.

Pleiteia o deferimento de liminar para que sejam suspensos “os efeitos de quaisquer decisões que, direta ou indiretamente, neguem vigência à lei, reputando-a inconstitucional”, até o julgamento final do pedido, em relação ao qual é aguardada a declaração de constitucionalidade dos citados artigos 1º, 33 e 41.

Este processo foi a mim distribuído em 19 de dezembro de 2007, chegando ao Gabinete após as 20h. No dia imediato, deu entrada na Corte petição do autor requerendo a juntada de documentos.

2. Com a Emenda Constitucional nº 3/93, surgiu a ação declaratória de constitucionalidade, com características muito assemelhadas à ação direta de inconstitucionalidade, variando, tão-somente, o objetivo almejado. Nesta última, veicula-se pedido de reconhecimento do conflito do ato normativo abstrato com a Carta Federal, na outra, pretende-se justamente ver declarada a harmonia da lei com o Texto Maior. Em ambas, mostra-se possível chegar-se à conclusão diametralmente oposta à requerida na inicial. São ações, então, que podem ser enquadradas como de mão dupla.

Pois bem, nem a emenda introdutora da nova ação, nem as que lhe seguiram viabilizaram a concessão de liminar, ao contrário do que previsto constitucionalmente quanto à ação direta. O motivo de haver a distinção é simples, confirmando-se, mais uma vez, a

adequação do princípio da causalidade, a revelar que tudo tem uma origem, uma razão. A previsão de implementar-se medida acauteladora no tocante à ação direta de inconstitucionalidade tem como base a necessidade de afastar-se de imediato a agressão da lei ao texto constitucional. A recíproca é de todo imprópria. Diploma legal prescinde do endosso do Judiciário para surtir efeitos. Por isso, não é dado cogitar, considerada a ordem natural dos institutos e sob o ângulo estritamente constitucional, de eliminar na ação declaratória de constitucionalidade. Mas a Lei nº 9.868/99 a prevê, estabelecendo o artigo 21 que o “Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”. O parágrafo único do citado artigo dispõe sobre a publicidade da providência, impondo prazo para haver o julgamento final sob pena de, transcorridos cento e oitenta dias, a decisão perder a eficácia. O preceito lembra a advocatária e surge como de constitucionalidade duvidosa no que encerra, em última análise, o afastamento do acesso ao Judiciário na plenitude maior bem como do princípio do juiz natural.

O pleito formulado, porém, extravasa até mesmo o que previsto nesse artigo. Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrando-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito.

Repito, mais uma vez, eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante a impugnação autônoma que é a revelada por impetrações. Que atuem os órgãos investidos do ofício judicante segundo a organização judiciária em vigor, viabilizando-se o acesso em geral à jurisdição com os recursos pertinentes.

3. Indefiro a medida acauteladora pleiteada, devendo haver submissão deste ato ao Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008.

4. Por entender desnecessárias informações, determino seja colhido o parecer do Procurador-Geral da República.

5. Publiquem.

À folha 40, o Presidente da República juntou documentos.

O Procurador-Geral da República, à folha 119 à 140, afirma estar atendido o requisito da controvérsia constitucional relevante, tendo em conta as decisões judiciais juntadas ao processo, à folha 55 à 116. No mérito, diz da consonância do artigo 1º da lei impugnada com o Preâmbulo e os artigos 3º, inciso III, 5º, cabeça e inciso I, 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, 14, cabeça, 37, inciso XXI, 150, inciso II, 170, inciso VII, 206, inciso I, e 226, §5º, da Carta Federal. Destaca que os fatos e estatísticas trazidos na inicial sobre a violência justificam a necessidade de intervenção do Estado para a proteção da mulher com vista a promover a igualdade substancial no âmbito doméstico. Menciona Flávia Piovesan e Silvia Pimentel, as quais ressaltam o compromisso internacional do Brasil, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – ratificada mediante o Decreto nº 4.377/2002 –, de adotar as medidas contidas nos preceitos defendidos. Cita, ainda, as doutrinas estrangeiras de Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Alexy.

Relativamente ao artigo 33 da Lei Maria da Penha, assevera inexistir ofensa à autonomia da organização dos Estados, prevista nos artigos 96, inciso II, alínea “d”, e 125, §1º, da Carta de 1988, porquanto não há imposição ou criação dos Juizados de Violência Doméstica na lei federal, mas autorização para fazê-lo por meio de norma processual civil, a teor do artigo 22, inciso I, da Constituição, conforme as redações dos artigos 14 e 29 do referido texto legal. Quanto à norma do artigo 41 em exame, aduz não haver afronta ao artigo 98, inciso I, da Carta da República, pois nada impediria o legislador federal de alterar os ritos processuais e os critérios de definição das infrações de menor potencial ofensivo a atrair a competência dos juizados especiais. Sobre o tema, aponta situação análoga promovida pela Lei nº 9.839/1999, mediante a qual acrescentado o artigo 90-A à Lei nº 9.099/1995, afastando a aplicação desta à Justiça Militar. Alfim, opina pela procedência do pleito formulado na inicial.

Às folhas 203, 263 e 278, Vossa Excelência deferiu os pedidos de intervenção no processo formulados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero – THEMIS, pelo Instituto para a Promoção da Equidade – IPÊ, pelo Instituto Antígona – organizações integrantes e representantes do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM/Brasil e pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM.

O processo encontra-se aparelhado para julgamento.

É o relatório.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – O conhecimento da ação declaratória reclama a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação dos preceitos em exame, apta a gerar insegurança jurídica e a afastar a presunção de legitimidade do ato normativo. Decorre o requisito da concepção prévia sobre a constitucionalidade dos atos editados pelo Congresso Nacional.

As decisões juntadas à folha 55 à fl. 116, a versarem sobre a aplicação dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006, revelam o intenso debate judicial instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados. Nos pronunciamentos oriundos dos Tribunais de Justiça dos Estados de Mato Grosso do Sul, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, ora se declara implicar a Lei Maria da Penha ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, ora se remete o julgamento das infrações penais praticadas com violência doméstica contra a mulher para os juizados especiais, ora se determina a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 1995, com base na suposta inconstitucionalidade da exceção criada pelo artigo 41 da norma. Em sentido contrário, foram anexados a decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no *Habeas Corpus* nº 92.538/SC, publicada em 2 de janeiro de 2007, e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a demonstrarem, nesse último caso, a existência de divergência jurisprudencial dentro do próprio tribunal mineiro.

Verificada a controvérsia judicial relevante acerca do tema, nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868, de 1999, passo ao exame do mérito.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 106.212/MS, por mim relatado, acórdão publicado em 13 de março de 2011, o Pleno a uma só voz assentou a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Eis o que consignei:

A família merece proteção especial da Constituição de 1988, Capítulo VII do Título VIII Da Ordem Social. A união estável entre o homem e a mulher é considerada como entidade familiar artigo 226, §3º, da Carta. Ante esse contexto e a realidade notada, veio à balha a Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo principal é coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do artigo 226 do Diploma Maior:

Art. 226. [...]

[...]

§8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O artigo 7º da citada lei revela o que se entende como violência doméstica e familiar contra a mulher: não é só a violência física, mas também a psicológica, a social, a patrimonial e a moral. Deu-se concretude ao texto constitucional, com a finalidade de mitigar, porquanto se mostra impossível dissipar por completo, o que acontece Brasil afora.

O paciente foi condenado presente o artigo 21 do Decreto Lei nº 3.688/41 prática de vias de fato. A Defensoria Pública da União insiste no afastamento do disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/06, afirmando o conflito com o texto constitucional. O móvel seria o tratamento diferenciado. Ocorre que este veio a ser sinalizado pela própria Carta Federal no que buscada a correção de rumos. Mais do que isso, conforme o artigo 98, inciso I, do Diploma Maior, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, submetendo-a ao julgamento dos juizados especiais, depende de opção político-normativa dos representantes do povo, os Deputados Federais, e dos representantes dos Estados, os Senadores da República. No caso, ante até mesmo o trato especial da matéria, afastou-se, mediante o artigo 41 da denominada Lei Maria da Penha, a aplicabilidade da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aos delitos gênero praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Eis o teor do preceito: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não à contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito



legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Tenho como de alcance linear e constitucional o disposto no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que, alfm, se coaduna com a máxima de Ruy Barbosa de que a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. O enfoque atende à ordem jurídico-constitucional, à procura do avanço cultural, ao necessário combate às vergonhosas estatísticas do desprezo às famílias, considerada a célula básica que é a mulher.

Bem andaram o Juízo, o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, estes dois últimos ao manterem o quadro decisório formalizado, que resultou na aplicação da pena de quinze dias de prisão simples substituída por restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, aliás, mera advertência a inibir a reiteração de prática das mais condenáveis.

Indefiro a ordem, declarando a constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, cuja importância para a preservação dos interesses maiores da sociedade equipara-se, se é que não suplanta, à dos avanços ocorridos com o Código Nacional de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como deixa antever a transcrição, há também de se expungir qualquer dúvida quanto à constitucionalidade do artigo 1º da Lei Maria da Penha, no que este, em caráter introdutório, expõe os objetivos e fundamentos do ato normativo. Ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal.

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela

enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.

Na seara internacional, a Lei Maria da Penha está em harmonia com a obrigação, assumida pelo Estado brasileiro, de incorporar, na legislação interna, as normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, tal como previsto no artigo 7º, item “c”, da Convenção de Belém do Pará e em outros tratados internacionais ratificados pelo país.

Sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, na medida em que ao Estado compete a adoção dos meios imprescindíveis à efetiva concretização de preceitos contidos na Carta da República. A abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior.

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vale ressaltar, reclama providências na salvaguarda dos bens protegidos pela Lei Maior, quer materiais, quer jurídicos, sendo importante lembrar a proteção especial que merecem a família e todos os seus integrantes.

Nessa linha, o mesmo legislador já editou microssistemas próprios, em ocasiões anteriores, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como se depreende da aprovação pelo Congresso Nacional dos Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente.

Mostra-se também constitucional o preceito previsto no artigo 33 da Lei em exame, segundo o qual, “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente”.

Não há ofensa aos artigos 96, inciso I, alínea “a”, e 125, § 1º, da Carta da República, mediante os quais se confere aos estados a competência para disciplinar a organização judiciária local. A Lei Maria da Penha não implicou a obrigação, mas a faculdade de

criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A cabeça do respectivo artigo 14 prevê que os citados juizados “poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.” De igual maneira, o artigo 29 dispõe que os juizados eventualmente instituídos “poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde”.

Não se trata de fato inédito no ordenamento jurídico pátrio a elaboração de sugestão, mediante lei federal, para criação de órgãos jurisdicionais especializados em âmbito estadual. Já o fez o legislador, no artigo 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao versar que “os estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude [...]” e, no artigo 70 do Estatuto do Idoso, ao encerrar a possibilidade de criação “de varas especializadas e exclusivas do idoso”.

Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, incumbe privativamente à União a disciplina do direito processual, sendo o tema “competência” notadamente afeto à matéria. A atribuição dos Estados atinente à respectiva organização judiciária não afasta a prerrogativa da União de estabelecer regras sobre processo e, em consequência, editar normas que acabam por influenciar a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.

Assim, observa-se a existência das normas gerais relativas à competência nos próprios Códigos de Processo Civil e Penal e na Lei nº 9.099, de 1995, na qual são especificadas as atribuições dos juizados especiais cíveis e criminais. Importa mencionar, mais, a Lei de Falências. Segundo esse diploma, cabe ao juiz criminal do lugar onde decretada a falência a exclusividade para julgar os crimes nela previstos. O artigo 9º da Lei nº 9.278, de 1996, revela que “toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família”.

Por meio do artigo 33 da Lei Maria da Penha, não se criam varas judiciais, não se definem limites de comarcas e não se estabelece o número de magistrados a serem alocados aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, temas evidentemente concernentes às peculiaridades e às circunstâncias locais. No preceito, apenas se faculta a criação desses juizados e se atribui ao juízo da vara criminal a competência cumulativa das ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, ante a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria. O tema é, inevitavelmente, de caráter nacional, ante os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e a ordem objetiva de valores instituída pela Carta da República.

Ante o quadro, julgo procedente o pedido formulado para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 2006.

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**A Senhora Ministra Rosa Weber:** Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Presidência da República, a respeito dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – de seguinte teor:

Art. 1º – Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Examino os dispositivos questionados.

Artigo 1º

O autor pede seja o art. 1º da Lei Maria da Penha declarado constitucional à luz do princípio da igualdade (art. 5º, I, da CF).

Resultado de denúncia apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância com relação à violência contra a mulher, que levou à elaboração – por um grupo interministerial, a partir de anteprojeto cunhado por organizações não governamentais – do projeto de lei que culminou na aprovação da Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, o processo de elaboração, discussão e, finalmente, aprovação e vigência dessa Lei, além de ter contado com intensa participação de diversos setores do Estado e da sociedade civil, resultou do reconhecimento, no plano do sistema regional de

proteção internacional dos direitos humanos, da permanência de uma dívida histórica do Estado brasileiro em relação à adoção de mecanismos eficazes de prevenção, combate e punição da violência de gênero.

Como é sabido, Maria da Penha é uma professora universitária de classe média que virou símbolo da violência doméstica contra a mulher por ter sido vítima, em duas oportunidades, de tentativa de homicídio por seu marido – também professor universitário, na década de 80 – a primeira com um tiro, que a deixou paraplégica, a segunda por afogamento e eletrocussão – e a punição só veio por interferência de organismos internacionais.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Maria da Penha v. Brasil*, considerou o Estado brasileiro *responsável* por ter falhado com o dever de observância das obrigações por ele assumidas – ao tomar parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), de 1994 – de condenar todas as formas de violência contra a mulher, seja pelo insucesso em agir, seja pela tolerância com a violência. A *ineficiência seletiva* do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como *evidência de tratamento discriminatório* para com a violência de gênero (Cfr. *Maria da Penha v. Brasil*, §§ 55 e 56).

Sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no *iter* das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microssistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho.

A Lei 11.340/2006, batizada em homenagem a Maria da Penha, traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.

O objetivo da Lei Maria da Penha é *coibir* e *prevenir* a violência doméstica e familiar contra a mulher. Organicamente, insere-se no contexto, iniciado nos anos 90, de especialização da legislação em face dos distintos modos de apresentação da violência na sociedade, com frequente amparo em dados estatísticos. Assim como, para ficar com apenas alguns exemplos dessa tendência normativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de forma especializada da violência contra a criança, o Código de Defesa do Consumidor consiste na especialização do tratamento de uma espécie de violência contra o consumidor e o Código de Trânsito enfrenta a especialidade da violência no trânsito; na mesma linha, identificam-se abordagens especializadas de diferentes formas de violência no Estatuto do Idoso, na Lei de Crimes Ambientais e, por fim, na Lei Maria da Penha.

Esta Corte Suprema já se manifestou, em duas ocasiões, ao julgamento de *habeas corpus*, sobre os arts. 16 e 41 da Lei Maria da Penha. No julgamento do HC-98880/MS (Relator Ministro Marco Aurélio de Mello), entendeu a Primeira Turma que a audiência

prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha pressupõe a iniciativa da vítima visando a afastar a representação. Significa dizer, tratando-se de crime processado mediante ação penal pública condicionada à representação da ofendida, a audiência só será designada se, antes de recebimento da denúncia, a vítima houver manifestado o desejo de renunciar à representação. Recebida a denúncia sem notícia de qualquer manifestação da parte ofendida no sentido de se retratar da propositura da ação penal, a não realização da audiência especialmente designada para tal finalidade, prevista no referido art. 16, não acarreta a nulidade da ação penal.

A seu turno, no julgamento do HC-106212/MS, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), de modo a afastar a incidência da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais), ainda que se cuidasse, na hipótese concreta, de contravenção, e não de crime *stricto sensu*, em decisão assim ementada:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. *O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.* VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. *Ante a opção política normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, §8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.*

Na oportunidade, discutiu-se a constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha ao excluir a aplicação da Lei nº 9.099/1995, nos delitos contra a mulher, inclusive quando consubstanciada contravenção penal, afastando-se a interpretação gramatical da expressão “nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher”. No *habeas corpus*, o paciente buscava anular o processo por não lhe ter sido oferecido o tratamento benéfico versado na Lei 9.099/1995, em especial a suspensão do processo (art. 89).

Às alegações de (a) *afronta ao art. 98, I, da Constituição da República*, no que prescreve a competência dos juizados especiais para os crimes de menor potencial ofensivo, e (b) *ofensa ao princípio da igualdade*, ao lhe ser conferido, tomada a pessoa da vítima como critério, *tratamento processual penal diferenciado*, respondeu esta Corte, à primeira, que não haveria falar em ofensa ao postulado isonômico. A situação de desequilíbrio de fato enfrentada pela mulher, e que a Lei Maria da Penha veio enfrentar, *justifica o discrimen*. E, à segunda, respondeu que o art. 41 da Lei Maria da

Penha não colide com o art. 98, I, da CF, porque esse dispositivo constitucional se limita a prever a competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, no entanto, prefixar o seu conteúdo.

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.

Com efeito, a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado, protetivo, na perspectiva de, nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “*acertar, na diferença de cuidado jurídico, a igualação do direito à dignidade na vida*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 75).

Assim, foi por ter presente a constatação da história de desfavorecimento à mulher no mercado de trabalho, que o constituinte, no art. 7º, XX, incumbiu ao legislador de elaborar mecanismos jurídicos de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher. Da mesma forma, a Constituição assegura à mulher, no art. 201, §7º, I e II, aposentadoria com menor tempo de contribuição e menos idade, em comparação ao homem. E, enquanto o art. 10, §1º, do ADCT, disciplinando provisoriamente a licença-paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF, fixa-lhe a duração de cinco dias, a licença à gestante, nos termos do art. 7º, XVIII, não será inferior a cento e vinte dias.

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, *caput* e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

Indivíduos identificados como especialmente vulneráveis em função do grupo social a que pertencem têm reconhecido pelo sistema constitucional o direito à proteção do Estado, na forma de mecanismos eficazes de dissuasão, contra violações da sua integridade pessoal (Vejam-se, exemplificativamente, os arts. 129, inciso V – populações indígenas; 227, §1º, II – portadores de necessidades especiais físicas, sensoriais ou mentais; 230, §1º – idoso).

Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm-se debruçado não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também

as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar” (*Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002; *Okpiz vs. Alemanha*, § 33, 2005). *Contrario sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

Sobre o tema, me reporto a duas belíssimas monografias tematizando a igualdade, da Ministra Cármen Lúcia e de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio jurídico da igualdade refaz-se na sociedade e rebaliza conceitos, reelabora-se ativamente, para igualar iguais desiguados por ato ou com a permissão da lei. O que se pretende, então, é que a “igualdade perante a lei” signifique “igualdade por meio da lei”, vale dizer, que seja a lei o instrumento criador das igualdades possíveis e necessárias ao florescimento das relações justas e equilibradas entre as pessoas. (...) O que se pretende, pois, é que a lei desigual iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.

(...)

Ao comportamento negativo do Estado, passa-se, então, a reivindicar um comportamento positivo. O Estado não pode criar legalidades discriminatórias e desigualadoras, nem pode deixar de criar situações de igualação para depurar as desigualdades que se estabeleceram na realidade social em detrimento das condições iguais de dignidade humana que impeçam o exercício livre e igual das oportunidades, as quais, se não existirem legalmente, deverão ser criadas pelo Direito. Somente então se terá a efetividade do princípio jurídico da igualdade materialmente assegurado. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39 e 41)

(...) não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se,



demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas com os interesses acolhidos no sistema constitucional. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 54).

A Lei Maria da Penha reconhece o fenômeno da violência doméstica contra a mulher como uma *forma específica de violência* e, diante disso, incorpora ao direito instrumentos que levam em consideração as particularidades que lhe são inerentes. Reconhece, pois, a desigualdade de gênero, e vem assim a proteger a mulher no horizonte definido pelo art. 226, §8º, da Constituição Republicana. Ao encarregar o Estado de assegurar assistência à família *“na pessoa de cada um dos que a integram”*, a Constituição revela não ignorar que os diferentes integrantes da família ostentam necessidades assistenciais distintas, a depender da posição que ocupam no âmbito da relação familiar.

Na Resolução 2003/45, a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos reconheceu expressamente o nexo entre violência baseada no gênero e discriminação, enfatizando que *“todas as formas de violência e discriminação contra mulheres ocorrem no contexto de discriminação de jure e de facto e do status rebaixado legado às mulheres na sociedade, e são exacerbadas pelos obstáculos frequentemente enfrentados pelas mulheres na procura de remédios do Estado”*.

Considerar o princípio da igualdade tão somente em sua dimensão formal, sem atentar para a dimensão material, inviabiliza toda e qualquer ação afirmativa, voltada a reparar seja desigualdades de gênero, seja de raça, credo, idade ou condição social. Sem consideração à dimensão material – norteadora da Lei Maria da Penha – do princípio da igualdade, não teríamos os sistemas de proteção dos direitos do consumidor e dos direitos do trabalhador, ambos informados pela hipossuficiência do ocupante de um dos polos da relação jurídica e, por isso mesmo, pela vulnerabilidade. Tampouco teríamos Estatuto do Idoso, legislação de proteção à pessoa portadora de necessidades especiais e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não desconheço que o homem possa ser vítima de violência doméstica. No entanto, a legislação não lhe dá maior ênfase ao prevenir e coibir, por se tratar da exceção, não da regra, como revelam os dados estatísticos estarrecedores da violência de gênero. Para esses casos, os arts. 44, II, “g”, e 61, II, “f”, do Código Penal já ofereceriam proteção suficiente.

A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica.

Ante os fundamentos expostos, entendo que o art. 1º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não é apenas compatível com o princípio constitucional da igualdade

(inciso I do art. 5º) como o densifica, tratando-se de preceito nele diretamente inspirado e balizado, vocacionado que é à sua plena concretização – ou, nas palavras da Dra. Grace, a quem rendo as minhas homenagens pela bela sustentação oral, a Lei Maria da Penha presta, sim, reverência ao princípio da igualdade.

#### Art. 33

Pugna o autor pela declaração da constitucionalidade do art. 33 da Lei Maria da Penha, em face dos arts. 96, II, “d”, e 125, §1º, da Constituição Federal. A tese sustentada pela Presidência da República tem fulcro no art. 22, I, da CF, *verbis*:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*

I - *direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

O preceito questionado, longe de versar sobre matéria de organização judiciária, abriga regra de direito processual. A título de comparação, lembro a regra que atribui ao juiz de direito competência trabalhista nas comarcas onde não há vara do trabalho.

#### Art. 41

Pede-se a declaração da constitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha frente aos arts. 98, I, da CF.

Ao afirmar inaplicável a Lei nº 9.099/1995, tenho por clara a atribuição, pelo legislador, a tais crimes, de tratamento específico – diferenciado – dando nova dimensão, quanto à sua importância, a esse tipo de ilícito. Procedendo a nova valorização, alterou o seu processamento de maneira abrangente.

O propósito da legislação em exame – escorada em compromissos assumidos no texto da Constituição Republicana e em tratados internacionais – é afirmar um sistema de persecução e punição minimamente eficaz para o tipo específico de violência que é a violência doméstica direcionada contra a mulher.

Vale ressaltar que o Estado somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim.

Esse aspecto ficou muito bem delineado no julgamento do caso *Opuz vs. Turquia*, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2009, que resultou na condenação do Estado demandado – a Turquia – por falhar em fornecer, na legislação doméstica, mecanismos suficientes de proteção em face da violência praticada contra a mulher no ambiente familiar. No caso, norteou a decisão o fato de que o Estado não poderia prosseguir com a ação penal contra o agressor, na hipótese de retratação da vítima, quando se tratasse, mal comparando, de lesão corporal considerada, nos moldes daquela jurisdição penal, menos grave. O arcabouço legislativo então em vigor foi censurado, por esse motivo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por estar “(...) *aquém dos requisitos inerentes às obrigações positivas do Estado de estabelecer*

*e aplicar efetivamente um sistema que puna todas as formas de violência doméstica e forneça salvaguardas suficientes para as vítimas”, assentando-se, ainda que “as autoridades responsáveis pela persecução deveriam ter sido capazes de prosseguir com o processo como questão de interesse público, independentemente da retirada da reclamação” (Opuz vs. Turquia, §145).*

O dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares se concretiza na definição e implementação das políticas públicas, voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Não obstante, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. *A insuficiência na prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional.*

Não tivesse a experiência com a aplicação da Lei nº 9.099/1995 se mostrado inadequada ou insuficiente para lidar com a violência praticada no âmbito familiar, e não teria o legislador inserido, na Lei nº 11.340/2006, o seu art. 41.

Em artigo publicado em 2006, no qual analisava as expectativas em relação à recém-aprovada Lei nº 11.340, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon chamou atenção para o fracasso da Lei nº 9.099/1995, em termos de política criminal, no tocante aos casos de violência doméstica contra a mulher:

Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da ideia conceitual dos que lutaram pela aprovação dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão de que o diploma legal serviu para a *legalização da “surra doméstica”*.

(...)

A suavidade da pena e o *desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais* levavam à *reincidência*, ou seja, *outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates*. (ALVES. Eliana Calmon. A Lei Maria da Penha *In Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 18, nº 1, jan./jun. 2006)

Ora, o art. 98, I, da CF, limita-se a prescrever a competência dos juizados especiais para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, sem, no entanto, prefixar o seu conteúdo. A qualificação de determinados crimes como de “menor potencial ofensivo” foi deixada ao alvedrio do legislador que, ao elaborar e atualizar a política criminal, valora as condutas penalmente imputáveis, definindo o que avalia deva ser inserido ou não no conceito.

Se a duração da pena máxima imputada a uma dada conduta tipificada foi e é um critério utilizado pelo legislador para assim proceder, nada impede que dele extraia

exceções com base em critérios outros ou que venha a definir novos critérios para empreender essa conceituação. E a escolha do legislador na elaboração de um diploma normativo não o vincula na elaboração de novas leis. No julgamento mencionado (HC- 106212), esta Corte entendeu que aprovou ao legislador da Lei Maria da Penha, no exercício de uma reavaliação do tratamento conferido aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, excluí-los do conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, não se aplicando, assim, o critério objetivo da duração máxima da pena nestes casos porque eleito outro fator para a determinação do seu tratamento em termos de política criminal.

Afigura-se clara a intenção do legislador de conferir, a tais crimes, tratamento especializado, de atribuir nova dimensão, quanto à sua importância, a este tipo de ilícito. Procedendo à nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente. A Lei Maria da Penha não retirou dos juizados especiais, portanto, a competência para conciliar, julgar e executar nenhuma infração penal de menor potencial ofensivo. O legislador tão só excluiu, do conjunto das infrações penais predicadas como de menor potencial ofensivo, aquelas praticadas com violência contra a mulher, atualizando o conceito segundo a conveniência da política criminal.

Não vislumbro, pois, lesão ao art. 98, I, da Carta da República.

### **Conclusão**

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente a presente ação declaratória para declarar constitucionais os arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – à luz dos arts. 5º, I, 22, I, 96, II, “d”, 98, I, e 125, §1º, da Constituição da República, sem prejuízo da interpretação conforme do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, veiculada na ADI 4424.

É como voto.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** – Senhor Presidente, em rápidas palavras, porque depois teremos a oportunidade de fazer uma digressão sobre o núcleo essencial da temática – que é o problema dessa tutela estatal ilegal em relação à violência doméstica – no que concerne à questão da competência, Senhor Presidente, quando da criação dos juizados especiais, a própria Lei nº 9.099 estabeleceu uma série de matérias que não seriam submetidas aos juizados especiais e uma série de matérias que seriam submetidas aos juizados especiais. Então, naquela época, não houve nenhuma pecha de inconstitucionalidade, porquanto isso já é uma tradição do nosso Direito, muito embora a Lei de Organização Judiciária crie as varas, mas a previsão pode ser feita por uma lei federal. E, como o Ministro Marco Aurélio destacou, a lei confere uma possibilidade aos Estados de criarem essas varas.

Por outro lado, a eminência dessa violação de direitos fundamentais sugere realmente que se crie um órgão específico. Aqui da tribuna nós ouvimos o representante da Ordem dos Advogados do Brasil noticiar que há 300 mil casos de violência doméstica, o que torna, à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, perfeitamente factível a criação de uma vara exatamente para cuidar desses sistemas, ainda que seja o tema civil e penal, porque haverá sempre uma conexão probatória entre a reparação do dano que ensejou também a infração penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Como tivemos a criação de delegacias especializadas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** – Exatamente.

Eu lembraria também, Senhor Presidente, mais um aspecto:

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos...

Um dos mecanismos é a criação de uma vara especializada. Então, com relação a esse aspecto, não entrevejo nenhuma inconstitucionalidade.

Estou plenamente de acordo com o Ministro Relator, como também estou de acordo com ele quando entende que efetivamente uma grave violação aos direitos fundamentais da pessoa humana não pode ser considerada uma infração de menor potencial ofensivo. Todos os documentos transnacionais entendem haver aqui uma violação à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Evidentemente, não podemos menosprezar a Carta Constitucional para entendermos que essa modalidade de violência, que mancha a imagem do país, seja tratada como uma infração de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, também não colhe nenhum...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Diria que mancha a imagem do gênero masculino.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** – Dos homens do Brasil, sem dúvida alguma.

E, por outro lado, Senhor Presidente, seria até despiendo discutirmos agora se isso fere o princípio da igualdade. Nós já tivemos aqui um debate sobre uma criação de uma Vara específica num *habeas corpus* – se não me falha a memória. E aqui estabeleceu-se que o princípio da igualdade – citando-se Canotilho e todos os autores – exige que se trate igualmente os iguais e, desigualmente, os desiguais. Então, as mulheres que sofrem violência doméstica não são mulheres iguais àquelas que têm uma vida comum.

Por outro lado, também não se pode entrever, nessa tutela, nessa proteção da mulher, qualquer escolha discricionária do legislador. Ele fundamentou a razão pela qual dá esse tratamento preferencial com base em dados estatísticos, dados fáticos,

dados jurídicos – como aqui também lembrou o Procurador-Geral da República, eminente Colega Roberto Gurgel. De sorte que, como não houve uma escolha arbitrária do legislador, pelo contrário, temos de prestigiar a vontade do legislador.

Então, também afasto esse fundamento, acompanhando integralmente a proposta do eminente Ministro Relator com relação à declaração de constitucionalidade da lei.

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** : Senhor Presidente,

Vivemos a era da dignidade. O Direito, que outrora bradava pela sua independência em relação a outras ciências sociais, hoje torna arrependido ao seu lar: o Direito reside na moral. Há, entre esses dois conceitos, uma conexão não apenas contingente, mas necessária.

Vivemos a era neokantiana. Ainda no Século XVIII, Immanuel Kant nos ensinava que, independente de nossas crenças religiosas, é uma exigência da racionalidade reconhecer que o ser humano não tem preço, tem dignidade, e que não é possível fazer dele meio para a consecução do que quer que seja. É a sobrepujança do ser sobre o ter. A cada dia essa lição, cravada no art. 1º, III, da Carta de outubro, nos revela novas nuances, em um aprendizado perene.

A tendência expansiva do sobreprincípio constitucional da dignidade humana resta bastante clara na doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que dele extrai os princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119).

Analisando a filosofia de Kant, Michael Sandel, professor de Harvard, ensina que alguns preceitos básicos de justiça, como a igualdade, se utilizados indiscriminadamente, podem conduzir à barbárie e à ruína da dignidade humana. Nas suas palavras: “a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração tão completa do consentimento que permita ao ser humano infligir afrontas à própria dignidade” (SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 135-136).

A Lei Maria da Penha reflete, na realidade brasileira, um panorama moderno de igualdade material, sob a ótica neoconstitucionalista que inspirou a Carta de Outubro de 1988 teórica, ideológica e metodologicamente. A desigualdade que o diploma legal visa a combater foi muito bem demonstrada na exposição de motivos elaborada pela Secretaria de Proteção à Mulher:

Ao longo dos últimos anos, a visibilidade da violência doméstica vem ultrapassando o espaço privado e adquirindo dimensões públicas. Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas.

Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal.

A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica “A Política”, o filósofo já ponderava que “*A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção.*”

A nossa Carta Magna herdou da experiência norte americana a expressa consagração da igualdade, que, a bem de ver, é mesmo um princípio da razão prática. A *Virginia Bill of Rights* de 1776 foi o primeiro diploma constitucional a homenagear esse preceito, no seu artigo 4º, posteriormente repetido na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, logo no primeiro artigo. Era, porém, uma concepção liberal da igualdade, simplesmente formal, ignorando a diferença de condições sociais entre os sujeitos igualados.

A partir do Estado Social de Direito, cujo marco é o conhecido *welfare state*, percebeu-se que a atitude negativa dos poderes públicos era insuficiente para promover, de fato, a igualdade entre as pessoas. Exige-se uma atitude positiva, através de políticas públicas e da edição de normas que assegurem igualdade de oportunidades e de resultados na divisão social dos bens escassos. Na lição de Canotilho, não há igualdade no não direito (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 2003. p. 427).

Esse senso de discriminação positiva foi analisado com maestria pelo Min. Joaquim Barbosa em sede doutrinária, *verbis*:

Em Direito Comparado, conhecem-se essencialmente dois tipos de políticas públicas destinadas a combater a discriminação e os seus efeitos. Trata-se, primeiramente de políticas governamentais de feição clássica, usualmente traduzidas em normas constitucionais

e infraconstitucionais de conteúdo proibitivo ou inibitório da discriminação. Em segundo lugar, de normas que ao invés de se limitarem a proibir o tratamento discriminatório, combatem-no através de medidas de promoção, de afirmação ou de restauração, cujos efeitos exemplar e pedagógico findam por institucionalizar e por tornar trivial, na sociedade, o sentimento e a compreensão acerca da necessidade e da utilidade da implementação efetiva do princípio universal da igualdade entre os seres humanos.

(BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade* – o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49)

Sendo estreme de dúvidas a legitimidade constitucional das políticas de ações afirmativas, cumpre estabelecer que estas se desenvolvem também por medidas de caráter criminal. Uma abordagem pós-positivista da nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos, deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado. Como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores agasalhados na Lei Maior.

Ingo Sarlet, em estudo sobre a proteção deficiente no Direito Penal, empreendeu a seguinte análise:

cumpre sinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.



A partir destes exemplos e das alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do *flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção (...)*. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder.

(SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais* nº 12, ano 3, 2003. p. 86 e segs.)

Uma Constituição que assegura a dignidade humana (art. 1º, III) e que dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Longe de afrontar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição), a Lei nº 11.340/06 estabelece mecanismos de equiparação entre os sexos, em legítima discriminação positiva que busca, em última análise, corrigir um grave problema social.

Por óbvio, todo discrímen positivo deve se basear em parâmetros razoáveis, que evitem o desvio de propósitos legítimos para opressões inconstitucionais, desbordando do estritamente necessário para a promoção da igualdade de fato. Isso porque somente é possível tratar desigualmente os desiguais na exata medida dessa desigualdade. Essa exigência de razoabilidade para a edição de ações afirmativas foi muito bem analisada por Canotilho:

*(...) o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio*

da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um fundamento material ou critério material objectivo. Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: *existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.*

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 2003. p. 428)

Bem por isso, o afastamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha seria uma atividade essencialmente valorativa, acerca da razoabilidade dos fundamentos que lhe subjazem e da capacidade de seus institutos para colimar os fins a que se destina. É que, no campo do princípio da igualdade, qualquer interpretação da medida escolhida pelo Parlamento pressupõe seja feito um juízo de valor. No entanto, salvo em casos teratológicos, a decisão do legislador deve ser prestigiada. Se não é factível defender que jamais será possível a intervenção do Judiciário nessa matéria, nem por isso se pode postular um excessivo estreitamento das vias democráticas.

Aqui se impõe uma postura de autocontenção do Judiciário (*judicial self-restraint*), na feliz expressão de Cass Sunstein (*One Case At A Time. Judicial Minimalism On The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 1999), sob pena de indevida incursão na atividade legislativa.

Nesse ponto, é essencial invocar as ponderações de Robert Alexy, quando enfrentou idêntico problema no ordenamento alemão:

Saber o que é uma razão suficiente para a permissibilidade ou a obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade, enquanto tal, pode responder. Para tanto são exigíveis outras considerações, também elas valorativas. E é exatamente a esse ponto que são direcionadas as críticas fundamentais acerca da vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade. Essas críticas sugerem que *uma tal vinculação faria com que o Tribunal Constitucional Federal pudesse impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um “deslocamento de competências sistemicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador”*. Essa

objeção, que, no fundo, sugere que o Tribunal Constitucional Federal se transformaria em uma corte de justiça com competências ilimitadas que decidiria sobre questões de justiça, pode, no entanto, ser refutada.

(...) Se há casos nos quais estejam presentes razões suficientes para a admissibilidade, mas não para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então, há também casos nos quais o enunciado geral da igualdade não exige nem um tratamento igual, nem um tratamento desigual, mas permite tanto um quanto o outro. Isso significa que *ao legislador é conferida uma discricionariedade*.

(...) Nesse sentido, não se pode argumentar que a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade faz com que ao Tribunal Constitucional Federal seja conferida uma competência para substituir livremente as valorações do legislador pelas suas próprias. É possível apenas argumentar que o enunciado geral de liberdade confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador.

(ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 411-413)

Por isso, Senhor Presidente, não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outros.

Justifica-se, portanto, o preceito do art. 41 da Lei nº 11.343/06, afastando-se todas as disposições da Lei nº 9.099/95 do âmbito dos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Ao suposto ofensor, não serão conferidos os institutos da suspensão condicional do processo, da transação penal e da composição civil dos danos.

Do mesmo modo, os delitos de lesão corporal leve e culposa domésticos contra a mulher independem de representação da ofendida, processando-se mediante ação penal pública incondicionada. O condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI (*“a lei punirá qualquer discriminação atentatória*

dos direitos e liberdades fundamentais”) e do art. 226, § 8º (“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”).

No que atine à competência prevista no art. 33, a Lei Maria da Penha também não merece reparos. Uma adequada proteção da mulher demanda uma completa análise do caso, tanto sob a perspectiva cível quanto criminal. Desse modo, é essencial que o mesmo juízo possua competências cíveis e penais, sem que se possa nisso vislumbrar ofensa à competência dos Estados para dispor sobre a organização judiciária local (art. 125, § 1º c/c art. 96, II, d, CRFB).

*Ex positis*, voto pela total procedência da ADI nº 4.424 e da ADC nº 19, nos termos pleiteados pelos proponentes.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **VOTO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, faço remissão ao voto que proferi no HC nº 106.212 e, no mais, registro que acompanho e parabeno o eminente Relator pelo voto.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **ADITAMENTO AO VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** – Senhor Presidente, acompanho o Ministro Relator, e não costumo ser das que muito falam aqui. Mas, neste caso, gostaria de fazer algumas observações, se o Relator me permite, na linha exatamente do voto de Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Vossa Excelência não prefere projetar para a ação direta de inconstitucionalidade?

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** – Não, prefiro manifestar-me de uma vez. Essa ação é a Lei Maria da Penha. Se Vossa Excelência me permitir fazer considerações, serão rapidíssimas.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Facilitará o trabalho no voto que proferirei.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** – Apenas para fazer algumas observações pela seriedade, para enfatizar o que essa Lei representa.

Esta ação, como alguns *habeas corpus* nos quais cuidamos da matéria, como a ação anterior, também relatada por Vossa Excelência, significa, para nós mulheres, que a luta pela igualação e pela dignificação de cada uma de nós; essa luta ainda está longe de acabar.

Tenho absoluta convicção ou convencimento, pelo menos, de que um homem branco, médio, ocidental, jamais poderá escrever ou pensar a igualdade ou a desigualdade como uma de nós, porque o preconceito passa pelo e no olhar. Uma de nós, ainda que dispondo de um cargo, titularizando um cargo, que nos dá, às vezes, até a necessidade de uso de um carro oficial, vê o carro de quem está ao lado, um olhar diferenciado do que se ali estivesse sentado um homem. Porque, na cabeça daquele que passa, nós mulheres estamos usurpando a posição de um homem, e isso é a média, não de uma pessoa que não tenha tido a oportunidade de compreender o mundo em que vivemos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pela maledicência, imagina-se, no carro, uma “dondoca”.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** – Sim, a esposa de alguém que deve estar trabalhando enquanto ela está indo fazer compras.

Isso não significa que o preconceito não acabe, porque já mudou muito. Eu conto aqui, e o Ministro Luiz Fux acaba de dizer, que há uma diferença entre mulheres violentadas ou não violentadas. Acho que não, Ministro. Onde houver, enquanto houver, uma mulher sofrendo violência neste momento, em qualquer lugar deste Planeta, eu me sinto violentada. Enquanto houver situações de violência, temos de ter o tratamento para fazer leis como essa, que são políticas afirmativas, que fazem com que a gente supere – não para garantir a igualdade de uma de nós: juízas, advogadas, senadoras, deputadas, servidoras públicas –, mas a igualação, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia possa não precisar provar que nós precisamos estar aqui porque, sendo mulher, tanto não seria o “normal”. E digo isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre preconceito. Mentira! Sofre! Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: “Mas, também, lá agora tem até mulher.”

No primeiro concurso que fiz, em 1982, na banca examinadora, o professor de Direito Constitucional disse o seguinte: “Dizem que a Senhora é muito boa de serviço. Se for muito melhor, a Senhora passa. Se for igual, nós preferimos homem.”

Escutei da minha mãe, desde menina, que não me lamentasse de nada, porque eu tinha que, realmente, dar cobro a uma demanda que eu já entro com a diferença. Portanto, não adianta reclamar do excesso de serviço, porque se o homem reclamar, está certo: “Ó, é mulher!”

Isto, só nós que sofremos o preconceito – porque o preconceito é um sofrimento –, somente nós podemos saber, porque passa pelo olhar, porque hoje não se deixa claro por conta de algo que é “essa coisa horrorosa do politicamente correto” discriminar mulher. Não é que não discriminam. Não manifestam a discriminação. Por isso é que a violência, até física, dentro de um quarto, dentro de uma sala, dentro de casa, aniquilou gerações e gerações de mulheres. E, por isto, é que nesta ação, quando alguém ainda questiona – porque mesmo sobrevivendo a lei chamada Maria da Penha, que é a lei,

não dos Penha, não do casal, mas da Dona Maria, da mulher, diz respeito à vida de todas as mulheres – quando vem a lei nessas condições, significa, para nós, um alerta: singelamente, que a luta continua. Como toda a luta pelos direitos humanos continua.

Lembro-me, também, Senhor Presidente, que o primeiro júri ao qual assisti como estudante, em 75, o advogado de defesa do réu, que tinha matado a mulher, terminou citando um grande compositor brasileiro, de uma época em que era comum se aceitar, como defesa da honra, matar a mulher. Citando esse grande compositor brasileiro dizia o advogado ao final: “Ele não fez nada de mais: “toda paixão é funesta, paixão sem sangue não presta””. Portanto, tinha sido um gesto de amor matar a mulher. Isto continuou pela década de 70, pela década de 80, e a semana passada, infelizmente, no meu Estado, de novo, repetiu-se o mesmo crime, exatamente a demonstrar que esta é uma forma de viver lutando para que a gente adquira direitos. A luta pelos direitos é isso mesmo.

Cresci ouvindo frases de efeito, que eram frases de brincadeira, que eram frases – muitas vezes, ditas num tom jocoso, que é uma das formas de desmoralizar os direitos – de grandes até pensadores, de grandes escritores, que: “Toda mulher gosta de apanhar; não, todas não, só as normais. Ele pode não saber por que está batendo, mas ela sabe porque está apanhando.”

Chegava-se numa delegacia e a mulher era olhada com desconfiança, conquanto fosse a vítima. Por que se criou a delegacia da mulher? Porque, quando dizia, como já escutei, delegado dizendo: “Bateu? Mas a mulher era dele? Então, nada a ser feito.” Por isso, a dificuldade até de uma mulher, como nos casos de crimes sexuais, ter acesso aos órgãos de controle.

Escutei: “Fulana, ah não, fulano bate, mas ele tem mulher-bife, quanto mais bate melhor fica”. Cansei de escutar isso e continuo escutando. E essas são situações que nos desmoralizam, que nos violentam no dia a dia. E isto passa para uma outra geração, esta violência haverá de continuar. Por isso a Lei Maria da Penha trata não apenas da mulher, mas também dos filhos que veem essa violência e reproduzem esses modelos. Esta violência vai para a praça pública, depois vai para o país, e depois geram as guerras. É assim que funciona a sociedade, em que a paz, realmente, não é buscada, porque nem sempre é conveniente para os que com ela nada ganham.

Também escutei hoje aqui da Tribuna, tantas vezes usada de uma maneira tão própria, que isso acontece nas relações afetivas, e ficava dentro de casa. Lamento discordar, até mesmo da que era propícia a um discurso que seria contra nós. Quando há violência, não há nada de relação de afetividade; é relação de poder, é briga por poder, é saber quem manda. E mulher não manda e não pode mandar. Queremos viver bem com os homens até, porque a gente gosta de homem. Não queremos viver sem eles; queremos viver bem, queremos conviver. Não queremos contracenar nem sermos violentas.

E esse modelo todo, a meu ver, faz com que ainda hoje – portanto, 9 de fevereiro de 2012 –, a mulher foi e continua sendo sempre grandemente sinônimo de sofrimento, sinônimo de dor, sinônimo de uma luta desigualada. Enfim, a dor de viver faz parte, a dor de sofrer pelo fato de alguém achar que é melhor e pode mandar até o limite da

violência física, para não dizer da psíquica – que o Ministro Marco Aurélio, na outra ação, acentuou –, isso aniquila a família inteira, aniquila o filho, aniquila todo mundo. É realmente, a meu ver, gravíssimo.

E foi exatamente isso que gerou toda a luta internacional pelos direitos, com essa diferenciação, para que se tenha a igualação e a conquista exatamente dessa lei, com essas criações de juizados, com a indicação de que é preciso que haja preferências nesses julgamentos, porque a demora faz com que a sensação, no seio familiar, no seio da comunidade, de que isto vai ficar impune permaneça. Queremos ter companheiros, não queremos ter carrascos; não queremos viver com medo, porque o medo é muito ruim. E o medo aniquila a tal ponto que gera a vergonha. Mulheres envergonhadas pelo fato de não conseguirem sair dessas situações.

Por isso mesmo é que historicamente no Brasil a mulher não podia ler, porque era relação de poder, não era de afeto; não podia votar, porque não era nem gente, que dirá cidadã! E que dirá depois querer mesmo ser juíza! Não podia!

Isto tudo – como eu disse – vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças. Não é possível continuar fazendo políticas, e ditas políticas públicas, como se não tivesse de especificar a condição do sujeito. Por isso que, tanto neste como no caso anteriormente julgado por nós e nos *habeas*, essa especificação da condição do sujeito criou uma diferença para que, mesmo aquele homem que sofra a violência – e a doutora Grace fez menção a isso –, não seja tocado aqui, porque o próprio Código Penal já fala no artigo 61 nesta situação. Acontece que o Direito se encaminha para especificar o sujeito e as condições do sujeito.

Por tudo, Senhor Presidente, não quis deixar de fazer essas observações – que vão na linha exatamente do que o Ministro Marco Aurélio, mais de uma vez, tem, tanto em casos específicos quanto na ação anterior, reafirmado – do que representa para a sociedade, não apenas para nós mulheres, para toda uma sociedade, uma sociedade que se quer diferente, para ter direitos efetivos não de dignidade da mulher, mas para romper as indignidades, que de todas as formas são tantas vezes cometidas, que esta lei, nesses três artigos específicos, mais naqueles que já examinamos antes, tem uma importância fundamental para uma sociedade que tem a maioria hoje, como é a sociedade brasileira, composta de mulheres, mas de respeito integral ao que põe a Constituição brasileira, especificamente no seu artigo 5º. A igualdade – como o Ministro Marco Aurélio acentuou – é tratar com desigualdade aqueles que se desiguam e que, no nosso caso, não é que não nos desigualamos, fomos desigualadas por condições sociais e de estruturas de poder que nos massacraram séculos a fio.

Porho-me inteiramente de acordo no sentido da procedência da ação.

É como voto, Senhor Presidente.

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** – Senhor Presidente, primeiramente, quero cumprimentar o eminente Relator pelo voto conciso, objetivo, mas ao mesmo tempo muito denso, conceitualmente, que ele acaba de apresentar.

Concordo com Sua Excelência, com todos os oradores que se sucederam da tribuna e também com o ilustre Procurador-Geral da República, no sentido de entender que esta Lei Maria da Penha, tal como o Estatuto da Criança e do Adolescente e também o Estatuto do Idoso, mais do que simples diplomas normativos de caráter ordinário, que fixam regras de conduta, na verdade, representam verdadeiras ações afirmativas que visam a eliminar ou atenuar gravíssimas distorções históricas.

Esta lei, como já foi dito aqui, longe de ser anti-isonômica, procura superar aquela visão que se tinha no Estado Liberal, a partir dos Séculos XVIII e XIX, e talvez até no começo do Século XX, de uma igualdade meramente formal, dando concreção, como já foi dito aqui, a uma igualdade material. Aliás, uma visão que vem desde Aristóteles, como já disse aqui o Ministro Marco Aurélio, trazendo à colação o grande Rui Barbosa, é tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Eu entendo também, tal como o eminente Relator, que, quando a lei trata da criação de Varas especializadas, faz uma mera sugestão ao legislador federal e ao legislador estadual, e, no mais, não desborda da competência da União para legislar em matéria de processo.

Quanto ao artigo 41, eu também me reporto ao que já veiculei quando do julgamento do HC 106.212 – MS. Esse julgamento se deu em 24/03/2011. E, naquele momento, naquela assentada, eu afirmei que, quando o legislador, no caso da Lei Maria da Penha, no artigo 41, retirou do rol de crimes de menor potencial ofensivo aqueles ilícitos que constam da Lei Maria da Penha, meramente colocou em prática uma política criminal, entendeu realmente que esses crimes, pela sua gravidade, deveriam merecer um tratamento mais severo.

Com essas brevíssimas considerações, Senhor Presidente, e mais uma vez louvando o belíssimo voto do eminente Relator, eu também julgo a ação procedente.

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** – Senhor Presidente, eu também começo por louvar, sobremodo, o voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, que nos brindou, nos presenteou com um equacionamento jurídico rigorosamente constitucional da matéria posta a nossa apreciação.



Vou-me limitar aqui a dizer que já tenho votado nesse mesmo sentido, embora sem o brilho do Ministro Marco Aurélio, como, por exemplo, na ADPF nº 132 – RJ e no HC nº 106.212 – MS, que contou inclusive com a intervenção brilhante de Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso.

E, como os demais Ministros, a partir da Ministra Rosa Weber, eu tenho equacionado esse tipo de proteção às mulheres – a Lei Maria da Penha cumpre essa função protetiva, eminentemente constitucional – tenho focado esse tema, volto a dizer, na perspectiva das ações afirmativas, que são ações estatais afirmativas do direito, que têm certos segmentos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, de transitar com igual desembaraço pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe.

A Doutora Grace Fernandes bem o disse, estamos atualmente no epicentro do que, em obra doutrinária, eu venho chamando de “o advento do constitucionalismo fraternal”. Encarada a fraternidade, aqui, como categoria jurídica mesmo, não como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual tão somente.

A Constituição fala dessa sociedade fraterna, com todas as letras, desde o seu preâmbulo, que é uma sociedade eminentemente pluralista, esse novo pilar da democracia, o pluralismo, respeitosa convivência dos contrários, e o não preconceito, a eliminação de todo preconceito. Ou seja, preconceito é um conceito prévio, concebido não a partir da realidade, mas imposto à realidade a ferro e fogo, tantas vezes de um obscurantismo, de um sectarismo, de um fundamentalismo de pessoas que têm extrema dificuldade para enterrar ideias mortas.

Nesse âmbito, Senhor Presidente, eu entendo que a Lei Maria da Penha – bem disse o Ministro Relator – se revela um mecanismo de concreção dessa tutela especial conferida pela Constituição ao segmento das mulheres e deve ser interpretada generosamente, como talvez dissesse, se ainda vivo fosse, o magistral publicista Seabra Fagundes, interpretação generosa, ampliada, arejada, que fez o Ministro Marco Aurélio para tonificar, robustecer, vitalizar os comandos constitucionais.

Essa proteção que a lei confere à mulher rima, toante e consoantemente, como dizem os poetas, com a Constituição, porque ela, Constituição, é um repositório de dispositivos que se voltam para a proteção da mulher. E a Constituição, tanto quanto a Lei Maria da Penha, parte de uma realidade, parte dos fatos historicamente comprovados aqui em nosso país: as mulheres experimentam dificuldades bem maiores para – volto a dizer – transitar com o mesmo desembaraço nos espaços institucionais de que a sociedade se constitui, até mesmo no mercado de emprego, na busca de vagas de trabalho e na percepção de vencimentos, por trabalho igual, as mulheres costumam receber uma paga menor.

Abrir a Constituição brasileira é cancelar por completo a Lei Maria da Penha. É um exercício interessante esse de rastrear a Constituição, um exercício interessante de comprovação do altíssimo apreço que a Constituição teve e tem pelo segmento das mulheres, bastando lembrar o seguinte: as mulheres se aposentam com menos cinco

anos de contribuição e menos cinco anos de idade, num reconhecimento explícito da Constituição de que elas têm mesmo, entre outras desvantagens historicamente acumuladas, uma terceira jornada de trabalho, que é a jornada doméstica.

A Constituição, no capítulo Dos Direitos Sociais, artigo 7º, abre um dispositivo para dizer que a lei protegerá especificamente o mercado de trabalho das mulheres; atenta a Constituição a essas dificuldades experimentadas pelas mulheres, comparativamente com os homens, dificuldades mais severas.

A Constituição proíbe a discriminação de critérios de admissão nas empresas e de salários em função do sexo, visando, sem dúvida, a proteção da mulher. A Constituição, no artigo 3º, inciso IV, busca promover o bem de todos, especialmente pelo combate a preconceitos de algumas origens, e uma delas é em função do sexo, masculino ou feminino.

E o artigo 3º, ainda, inciso I, é que me parece chancelar, confirmar essa ideia matriz, essa ideia básica, ou ideia força de que a proteção das mulheres se inscreve no âmbito de um novo constitucionalismo fraternal.

O que diz a Constituição no artigo 3º, I? Que são “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“I - construir uma sociedade livre” – constitucionalismo liberal –, “justa” – constitucionalismo social – “e solidária” – constitucionalismo fraternal, que não se confunde com o social, porque o constitucionalismo social visa a um tipo de inclusão, que é a inclusão econômica, social, material, patrimonial das pessoas.

Mas o constitucionalismo fraternal visa à inclusão comunitária, visa à integração comunitária das pessoas, para que as pessoas vivam em comunhão de vida. Comunidade vem de comum unidade. Isso é uma categoria rigorosamente jurídica, e mais ainda, uma categoria constitucional.

E a Lei Maria da Penha, que visa a coibir, prevenir violência contra as mulheres no ambiente doméstico, ela também serve à instituição da família, na medida em que não é dado a ninguém ignorar que toda família, enquanto núcleo doméstico estável, contínuo, estruturado à base da afetividade, o núcleo familiar em que a família consiste se organiza em torno da mulher, das características anátomo-afetivas, para não dizer anímicas, das mulheres.

As mulheres são, quase que invariavelmente, o eixo em torno do qual gravitam os núcleos domésticos a que chamamos de família.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Célula básica.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É a base, família é a base da sociedade, bem lembra o Ministro Marco Aurélio.

Ou seja, por todos os ângulos que interpretemos a nossa Constituição, haveremos de abonar a Lei Maria da Penha e confirmar a constitucionalidade dos dispositivos, notadamente esses postos, agora, à nossa apreciação.

Em suma, Senhor Presidente, confirmar o voto do Ministro Marco Aurélio no sentido da interpretação da Lei Maria da Penha, em conformidade com a Constituição, é fazer um exercício do mais técnico equacionamento jurídico da causa – a tecnicidade jurídica está presente em letras luminosas no voto do Ministro Marco Aurélio, o lado jurídico é inteiramente abonado pela Constituição –, é atuar no campo do arejamento da cultura brasileira, abertura de espíritos, arejamento mental, como disse bem a Ministra Rosa Weber.

A nossa cultura é patriarcal, a Ministra Cármen Lúcia enfaticamente disse isso, e com autoridade de quem sente na pele, na alma, os efeitos danosos, perniciosos de uma cultura machista ou patriarcal que tanto desfavorece o gênero feminino. E é caminhar também – eu acho que vai dizer isso no seu certamente luminoso voto o Ministro Celso de Mello – no sentido da afirmação do processo civilizatório. Daí por que tantos tratados internacionais. Eu tenho aqui meia dúzia deles; não vou fazer a citação. Esses tratados exigem dos Estados-partes uma legislação confirmadora da proteção específica da mulher contra a violência: violência sexual, violência psicológica, violência física.

E eu que, de vez em quando, massageio o meu próprio ego, faço um autoelogio, dizendo que tenho facilidade para citar autores que cumham frases consagradas de verdadeiras lições de vida, hoje, não me vem à memória o nome desse autor que disse magnificamente o seguinte: “O grau de civilização de um povo mede-se pelo grau de proteção da mulher”.

E a Lei Maria da Penha caminha nessa rigorosa direção.

Senhor Presidente, é com orgulho que subscrevo o voto do Ministro Marco Aurélio.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Senhor Presidente, também subscrevo o voto proferido pelo eminente Relator por razões bastante singelas, tendo em vista os fundamentos aqui expendidos.

A rigor, como já foi dito de forma ampla, o próprio princípio da igualdade contém uma clara proibição de discriminação e, muitas vezes, impõe ao legislador um dever de ação para proteger as pessoas eventualmente colocadas numa relação de maior fragilidade ou mesmo de debilidade no quadro social, político ou de variada índole. Daí, portanto – e nós temos uma série de pronunciamentos no sentido de legitimar –, não haver aqui inconstitucionalidade num tratamento que privilegia ou dá atenção – se assim avalia o legislador, como já foi dito também – ao menor, ao adolescente, ao idoso ou mesmo à mulher. Então aqui nós temos comandos muito claros no texto constitucional neste sentido.

Tal como destacado pela Ministra Cármen Lúcia, não é raro que a sociedade, nos jogos de linguagem, nós tentemos minimizar os nossos preconceitos inclusive com formulações jocosas em relação a um tema que é extremamente sério, esse

tema da violência contra a mulher, da violência doméstica, tentando dourar a pílula de uma questão que, a rigor, deve nos envergonhar. Envergonhar enquanto pessoas que praticam violência e também envergonhar, como já foi dito aqui pelo Ministro Britto, em razão de revelar um estágio retardado em termos de processo civilizatório.

O texto constitucional, Presidente, é claro, por exemplo, quando fala dos direitos sociais enfatizando a necessidade de uma relação equilibrada, e expressamente revela, além das disciplinas claras e específicas quanto à Licença Gestante, por exemplo, que há necessidade de “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Exatamente é essa a ideia de uma definição de uma política compensatória a partir de um juízo prévio baseado na própria realidade, o distanciamento entre homem e mulher no mercado de trabalho.

Daí, portanto, se ver – e volto a mencionar os vários precedentes da Corte quanto às providências especiais, às varas especiais, aqui já se falou sobre a própria criação da Delegacia da Mulher –, a toda hora, quão insuficiente ainda é essa proteção. Praticamente todas as semanas temos a revelação de casos na mídia de violência contra a mulher e da insuficiência inclusive da proteção que se oferece, na medida em que a denúncia que se formula, muitas vezes, acaba por incitar inclusive a perpetração de crimes mais graves. Nós temos tido casos de homicídios perpetrados a partir da denúncia verificada, a falta de acompanhamento, é nesse sentido.

Presidente, quando nós discutimos, aqui, o hoje já histórico, célebre caso da chamada união estável entre pessoas do mesmo sexo, procurei – indicando uma divergência conceitual quanto ao fundamento – com o voto do Ministro Britto – apontar uma disposição, que me parece que ganha realce em situações como essas, que é a cláusula do artigo 5º, inciso XLI, que contém exatamente essa categoria, expressa essa categoria que compõe hoje a ideia de direitos fundamentais em sentido amplo, a dimensão do chamado dever de proteção, o que diz essa cláusula:

Art. 5º.

XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

O que legitima exatamente, primeiro a ação do legislador, mas, não só isso, também a ação – nós dizíamos naquele caso – do próprio Judiciário no sentido – como vetor hermenêutico – de proteger relações que se encontram de alguma forma fragilizadas. Aqui, veja, é o próprio texto constitucional que recomenda, mais do que recomenda, determina uma ação positiva do legislador, portanto aqui há um claro dever de proteção que emana do texto constitucional. Veja, portanto, é o princípio da igualdade e a sua operacionalidade ou a sua operacionalização, a partir deste dever de proteção expresso no artigo 5º, inciso XLI.

É preciso dar essa dimensão ao texto constitucional, isso tem um significado realmente próprio; portanto não há como falar que, nas disposições aqui tratadas,

nós temos algum excesso ou algum exagero por parte do legislador. E, muito menos, não há de cogitar-se, sequer, de ferimento ao princípio da isonomia; ao revés, o que se constata é que há um ponto de partida diverso, por fatores os mais variados, que acaba por criar esse déficit civilizatório tão lamentável. Então, é necessária realmente essa ação por parte do legislador. E, mais do que isso, uma norma como esta exige aquilo que é muito comum hoje – na legística americana, na legística europeia –, que é, talvez até, a obrigação de se fazer um tipo de inventário, de levantamento para que se avalie o resultado dessa política pública definida nessa lei.

Nesse sentido, e nós ontem ainda discutíamos essa perspectiva, lembro também a Resolução nº 128, do Conselho Nacional de Justiça, que determina que os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal criem, em sua estrutura organizacional, Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar como órgãos permanentes de assessoria da Presidência do Tribunal. Como a proteção vai se dar no âmbito do Judiciário, a importância de que haja um acompanhamento específico no âmbito das Instituições Judiciais.

De modo, Presidente, que com essas brevíssimas considerações, ressaltando, portanto, essa dimensão positiva no caso, imposta pelo princípio da igualdade ou da isonomia, e a base positiva, também constante do artigo 5º, inciso XLI, acompanho o eminente Relator, para julgar procedente a ação e declarar a constitucionalidade das normas objeto do pedido formulado pelo Presidente da República.

Eu gostaria apenas, Presidente, para fazer uma nota de pé de página, de destacar a importância desta ação declaratória de constitucionalidade e do seu significado institucional. Quando a ação declaratória de constitucionalidade foi concebida – e eu sou um dos seus autores iniciais – houve um tipo de rebuliço institucional, em que se falava que era um gênero inexistente em qualquer parte do orbe terráqueo, e se dizia que era, realmente, um absurdo. Hoje se vê a utilidade desta ação, inclusive como elemento de segurança jurídica. E louve-se também aqui a iniciativa do próprio Presidente da República ao instaurar o juízo abstrato de constitucionalidade nesse caso.

Com essas brevíssimas palavras, Presidente, acompanho o eminente Relator.

## AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** *O longo itinerário histórico percorrido pelo processo de reconhecimento, afirmação e consolidação dos direitos da mulher, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjogavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista.*

Esse movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – *buscou*, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um *novo* paradigma cultural, *caracterizado* pelo reconhecimento e pela afirmação, *em favor* das mulheres, da posse de direitos básicos fundados na essencial igualdade entre os gêneros.

*Todos sabemos*, Senhor Presidente, *sem desconhecer* o relevantíssimo papel pioneiro desempenhado, *entre nós*, no passado, por Carlota Pereira de Queiroz, Nísia Floresta, Bertha Lutz, Chiquinha Rodrigues e Maria Augusta Saraiva, *entre outros grandes vultos brasileiros*, do processo de afirmação da condição feminina, que, *notadamente*, a partir da década de 1960, *verificou-se* um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, *registrando-se*, no contexto desse processo histórico, uma *sensível* evolução na abordagem *das questões de gênero*, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a *superação* de velhos preconceitos culturais e sociais, *que impunham*, arbitrariamente, à mulher, mediante *incompreensível* resistência de natureza ideológica, um *inaceitável* tratamento discriminatório e excludente, *que lhe negava* a possibilidade de protagonizar, *como ator relevante*, e fora do espaço doméstico, os papéis que até então lhe haviam sido recusados.

*Dentro* desse contexto histórico, a *mística feminina*, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, *teve a virtude*, altamente positiva, *consideradas* as adversidades enfrentadas pela mulher, *de significar uma decisiva resposta contemporânea* aos gestos de profunda hostilidade que, *alimentados* por uma *irracional* sucessão de fundamentalismos – *quer* os de caráter teológico, *quer* os de índole política, *quer*, ainda, os de natureza cultural –, *todos eles impregnados* da marca da intolerância e *que culminaram*, em determinada etapa de nosso processo social, *por subjugar*, injustamente, a mulher, *ofendendo-a* em sua inalienável dignidade e *marginalizando-a* em sua posição de pessoa *investida* de plenos direitos, *em condições de igualdade* com qualquer representante *de gênero* distinto.

*Cabe ter presente*, bem por isso, neste ponto, ante a sua *extrema* importância, a Declaração e Programa de Ação de Viena, *adotados* pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos *promovida* pela Organização das Nações Unidas (1993), *na passagem em que* esse instrumento, *ao reconhecer* que os direitos das mulheres, *além de inalienáveis*, “*constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais*” (Capítulo I, item nº 18), *deu expressão prioritária* à “*plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)*” (Capítulo I, item nº 18).

*Foi com tal propósito* que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos *instou*, de modo particularmente expressivo, que “*as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas*”, *ênfatizando*, ainda, “*a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento (...)*”, *tudo isso* com a finalidade *de pôr em relevo* a necessidade “*de se trabalhar no sentido de eliminar todas as formas de violência contra as mulheres na vida pública e privada, de eliminar todas as formas*

*de assédio sexual, exploração e tráfico de mulheres, de eliminar preconceitos sexuais na administração da justiça e de erradicar quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos da mulher e as consequências nocivas de determinadas práticas tradicionais ou costumeiras, do preconceito cultural e do extremismo religioso” (Capítulo II, “B”, nº 3, itens nºs 36 e 38 - grifei).*

Esse mesmo compromisso veio a ser reiterado na Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na capital da República Popular da China (1995), quando, uma vez mais, proclamou-se que práticas e atos de violência “são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser combatidos e eliminados”, conclamando-se os Governos à urgente adoção de medidas destinadas a combater e a eliminar todas as formas de violência e de constrangimento “contra a mulher na vida privada e pública, quer perpetradas ou toleradas pelo Estado ou pessoas privadas” (“Plataforma de Ação”, Cap. IV, “I”, item nº 224), especialmente quando tais atos traduzirem abuso de poder, tal como expressamente reconhecido nessa Conferência Internacional sobre a Mulher:

*A violência contra a mulher constitui obstáculo a que se alcancem os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz. A violência contra a mulher viola e prejudica ou anula o desfrute por parte dela dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. A inveterada incapacidade de proteger e promover esses direitos humanos e liberdades nos casos de violência contra a mulher é um problema que preocupa a todos os Estados e exige solução. (...).*

A expressão “violência contra a mulher” se refere a qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer se produzam na vida pública ou privada. Por conseguinte, a violência contra a mulher pode assumir, entre outras, as seguintes formas:

b) a violência física, sexual e psicológica no nível da comunidade em geral, inclusive as violações, os abusos sexuais, o assédio e a intimidação sexuais no trabalho (...).

*Os atos ou as ameaças de violência, quer ocorram no lar ou na comunidade, perpetrados ou tolerados pelo Estado, infundem medo e insegurança na vida das mulheres e constituem obstáculo à obtenção da igualdade, do desenvolvimento e da paz. O medo da violência, incluindo o assédio, é um constrangimento permanente para a mobilidade da mulher, que limita o seu acesso às atividades e recursos básicos. A violência contra a mulher está associada a um elevado custo social, sanitário e econômico tanto para o indivíduo como*

para a sociedade. *A violência contra a mulher é um dos mecanismos sociais fundamentais mediante os quais a mulher é forçada a uma posição de subordinação comparada com a do homem. (...).*

*A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que têm causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra a mulher e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A violência contra a mulher ao longo do seu ciclo vital deriva essencialmente de hábitos culturais, em particular dos efeitos prejudiciais de algumas práticas tradicionais ou consuetudinárias e de todos os atos de extremismo relacionados com a raça, sexo, o idioma ou a religião, que perpetuam a condição de inferioridade conferida à mulher no seio da família, no local de trabalho, na comunidade e na sociedade. (...).*

*As mulheres podem tornar-se vulneráveis à violência perpetrada por pessoas em posição de autoridade tanto em situações de conflito como de não conflito. (...).*

*("Plataforma de Ação", IV, "D", itens n.ºs. 112, 113, 117, 118 e 121 – grifei)*

O eminente Embaixador José Augusto Lindgren Alves, em lapidar reflexão crítica sobre o tema pertinente à condição feminina ("*Relações Internacionais e Temas Sociais – A Década das Conferências*", p. 240/241, item n.º 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), expendeu considerações extremamente relevantes sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da Mulher no século XX, analisando-os em função das diversas Conferências internacionais promovidas sob a égide da Organização das Nações Unidas:

*Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do que um processo bem-sucedido de autoilustração no sentido kantiano – da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica per se não necessitaria –, evidencia uma capacidade de autoafirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.*

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente



biológico, *ao tratamento de sua situação como ser social*, “ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade”. *As conferências da ONU sobre a mulher*, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, *foram expandindo os campos* prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, *passaram a incluir a violência*, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que “o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade”. Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.

*Em Beijing, as relações de gênero*, com seu substrato de poder, *passaram a constituir* o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças. (grifei)

*Essa função de tutela* dos direitos da mulher, *muitas vezes* transgredidos por razões de inadmissível preconceito de gênero, *é desempenhada, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Interamericana* celebrada, em Belém do Pará (1996), com o objetivo de prevenir, punir e erradicar toda forma de desrespeito à Mulher, *notadamente na hipótese de violência física, sexual e psicológica* “ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa (...)” (Artigo 2, “B” – grifei).

*Veja-se, pois, considerados* todos os aspectos que venho de ressaltar, *que o processo de afirmação* da condição feminina *há de ter, no Direito, não* um instrumento de opressão, **mas** uma fórmula de libertação *destinada a banir, definitivamente, da práxis social, a deformante matriz ideológica que atribuída, à dominação patriarcal*, um odioso estatuto de hegemonia *capaz de condicionar* comportamentos, *de moldar* pensamentos e *de forjar* uma visão de mundo absolutamente *incompatível* com os valores *desta República, fundada* em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, *entre outros signos que a inspiram*, pela igualdade de gênero e pela consagração dessa *verdade evidente*

(a ser constantemente acentuada), *expressão* de um autêntico espírito iluminista, *que repele* a discriminação e *que proclama* que homens e mulheres, *enquanto seres integrais e concretos*, são pessoas *igualmente dotadas* de razão, de consciência e de dignidade.

O Brasil, *fiel* aos compromissos *assumidos* na ordem internacional e *reconhecendo* que *toda* mulher *tem direito* a uma vida *livre* de violência, de pressões, de opressão e de constrangimentos, *tanto* na esfera pública quanto no âmbito privado, *veio a editar* a Lei nº 11.340/2006, *a denominada* "Lei Maria da Penha", *que criou* mecanismos destinados a coibir a violência doméstica e familiar *contra* a mulher.

*Na realidade, a edição* desse importante diploma legislativo *deve ser compreendida* no contexto da incisiva manifestação *da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que destacou*, no exame concreto do crime cometido contra a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que esse caso deveria ser analisado *na perspectiva da discriminação de gênero* por parte de órgãos do Estado brasileiro e em razão da impunidade dos agressores nessa área *tão sensível quão delicada* dos direitos básicos da pessoa humana.

*Eis, no ponto, o pronunciamento* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

(...) essa violação segue um padrão discriminatório com respeito à tolerância da violência doméstica contra mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial. A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres.

*Daí a correta afirmação* da d. Adv. Gen. da União:

*É de se ver, destarte, que a Lei Maria da Penha está em conformidade com a diretriz internacional adotada por diversos países, que inscreve a violência de gênero como violação dos direitos humanos, e dá cumprimento à determinação do órgão competente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual o Brasil, por vontade livre e soberana, decidiu se submeter e cuja inobservância pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.*

*Vale lembrar, no ponto, a observação feita por SILVIA PIMENTEL e FLÁVIA PIOVESAN (“Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela”, 2007) a propósito do que se vem de referir:*

No campo jurídico, a Lei Maria da Penha vem a sanar a omissão inconstitucional do Estado Brasileiro, que afrontava a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – a Convenção CEDAW da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984 e sua Recomendação Geral 19, de 1992, que reconhecem a natureza particular da violência dirigida contra a mulher, porque é mulher ou porque a afeta desproporcionalmente. Esta omissão afrontava também a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a “Convenção de Belém do Pará” – ratificada pelo Brasil em 1995. Note-se que, diversamente de várias dezenas de países do mundo e de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher. Até então aplicava-se a Lei nº 9099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim) para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo e que, nos casos de violência contra a mulher, implicava naturalização deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros e a subseqüente vulnerabilidade feminina.

*Por força das referidas Convenções, o Brasil assumiu o dever de adotar leis e implementar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Neste mesmo sentido, o país recebeu recomendações específicas do Comitê CEDAW/ONU e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, que culminaram no advento da Lei nº 11.340, em 07 de agosto de 2006 – conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. (grifei)*

*Entendo, por isso mesmo, Senhor Presidente, que o advento da Lei Maria da Penha significou uma expressiva tomada de posição por parte do Estado brasileiro, fortemente estimulado, no plano ético, jurídico e social, pelo valor primordial que se forjou no espírito e na consciência de todos em torno do princípio básico que proclama a essencial igualdade entre os gêneros, numa evidente e necessária reação do ordenamento positivo nacional contra situações concretas de opressão, de degradação, de discriminação e de exclusão que têm provocado, historicamente, a injusta marginalização da mulher.*

*A Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, longe de transgredir a Constituição da República, qualifica-se, segundo entendo, como legítimo instrumento de efetivação e de realização concretizadora*

*dos grandes princípios* nela consagrados, *em especial*, a determinação do que se contém no art. 226, §8º, de nossa Lei Fundamental, *cujo texto impõe, ao Estado, o dever* de coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Esta decisão *representa* marco importante na concretização de um dos tópicos *mais* relevantes e sensíveis da agenda dos Direitos Humanos em nosso País, *pois se revestem* de imenso significado *as consequências positivas* que resultarão *deste* julgamento, *fortalecendo e conferindo maior eficácia* aos direitos básicos da mulher, *em especial da mulher vítima de violência*, e *tornando efetiva* a reação do Estado na prevenção e repressão *aos atos criminosos* de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tais razões, *acompanho, integralmente*, o douto voto *proferido* pelo eminente Relator.

É o meu voto.

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19 / DISTRITO FEDERAL**

### **VOTO**

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** – Eu também queria, em primeiro lugar, elogiar o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, e dizer que todos os argumentos sintéticos, mas suficientemente claros e convincentes me escusam, com todas as demais achegas dos outros brilhantes votos, de trazer uma contribuição final, que seria absolutamente desnecessária ao desfecho da causa.

Eu acompanho o voto de Vossa Excelência e, apenas para não dizer que não acrescentei nada, suponho que, na assentada do HC nº 102.212, já tentei demonstrar, com base em razões históricas e culturais etc., que a Lei chamada Maria da Penha, na verdade, representou a estratégia normativa para, antes que ofender, aplicar o princípio da igualdade, sobretudo numa situação em que a vulnerabilidade da mulher é manifesta, e, por isso mesmo, pediria, como pediu, a intervenção do ordenamento jurídico a seu favor.

Eu também julgo inteiramente procedente a ação.

### **PLENÁRIO EXTRATO DE ATA**

## **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 19**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

INTDO.(A/S): THEMIS - ASSESSORIA JURÍDICA E ESTUDOS DE GÊNERO

INTDO.(A/S): IPÊ - INSTITUTO PARA A PROMOÇÃO DA EQUIDADE

INTDO.(A/S): INSTITUTO ANTÍGONA

ADV.(A/S): RÚBIA ABS DA CRUZ

INTDO.(A/S): INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM

ADV.(A/S): RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu

Secretário



# Superior Tribunal de Justiça

• • •

## Jurisprudência Criminal

• • •

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.261.856 / DISTRITO FEDERAL (2011/0140046-4)**

**RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI**

**RECORRENTE: LUIZ GOMES CORDEIRO**

**ADVOGADO: CLÉCIO VIRGÍLIO DE ANDRADE – DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS – DF007945**

**RECORRIDO: JOCY LAURINDO DE CARVALHO**

**ADVOGADO: HERNANE GALLI COSTACURTA E OUTRO(S) – DF017128**

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DEVEDOR REPRESENTADO POR DEFENSOR PÚBLICO – ADIMPLEMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO DECORRIDOS DEZENOVE DIAS – APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC/73 – TRIBUNAL A QUO QUE INDEFERIU A PRERROGATIVA DO ART. 5º, §5º DA LEI 1.060/50 AO CASO – INSURGÊNCIA DO RÉU.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a decidir se deve ser contado em dobro o prazo para o cumprimento voluntário de sentença no caso de réu assistido pela Defensoria Pública.

1. O adimplemento parcial da obrigação implica imposição da multa prevista no 475-J do CPC/73 sobre o valor remanescente. Precedentes.

2. A intimação para o cumprimento da sentença gera ônus para o representante da parte vencida, que deverá comunicá-la do desfecho desfavorável da demanda e alertá-la de que a ausência de cumprimento voluntário implica imposição de sanção processual.

3. Conforme a jurisprudência do STJ, a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos visa a compensar as peculiares condições enfrentadas pelos profissionais que atuam nos serviços de assistência judiciária do Estado, que “enfrentam deficiências de material, pessoal e grande volume de processos” (REsp nº 1.106.213/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. julgado em 25/10/2011).

4. Em caso análogo, no qual se discutia o cumprimento, pela parte, de decisão judicial sobre purgação da mora, esta Corte superior decidiu ser cabível a contagem em dobro dos prazos para parte assistida pela Defensoria Pública. (REsp. 249.788/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 11/09/2000.)

5. Na hipótese de parte beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos, prevista no artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50, aplica-se também ao lapso temporal previsto no art. 475-J do CPC/73, correspondente ao art. 523 *caput* e §1º do CPC/15, sendo, portanto, tempestivo o cumprimento de sentença, ainda que parcial, quando realizado em menos de 30 (trinta) dias.

6. Recurso provido para afastar a incidência da multa prevista no art. 475-J sobre a parcela da dívida depositada no prazo calculado conforme a prerrogativa prevista no artigo 5º, §5º da Lei nº 1.060/50.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

**MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Presidente

**MINISTRO MARCO BUZZI**

Relator

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2011/0140046-4

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp. Nº 1.261.856 / DF**

Números Origem: 20050310168325 20100020021910 20100020021910RES  
21910320108070000



PAUTA: 17/11/2016

JULGADO: 17/11/2016

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: LUIZ GOMES CORDEIRO

ADVOGADO: CLÉCIO VIRGÍLIO DE ANDRADE - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS – DF007945

RECORRIDO: JOCY LAURINDO DE CARVALHO

ADVOGADO: HERNANE GALLI COSTACURTA E OUTRO(S) – DF017128

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Relator.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.261.856 / DF (2011/0140046-4)**

RECORRENTE: LUIZ GOMES CORDEIRO

ADVOGADO: CLÉCIO VIRGÍLIO DE ANDRADE – DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS – DF007945

RECORRIDO: JOCY LAURINDO DE CARVALHO

ADVOGADO: HERNANE GALLI COSTACURTA E OUTRO(S) – DF017128

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):** Cuida-se de recurso especial interposto por LUIZ GOMES CORDEIRO com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em sede de agravo de instrumento.

Na origem, trata-se de ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito que se encontra em fase de cumprimento de sentença. O ora recorrente, beneficiário da assistência judiciária, representado pela Defensoria Pública, réu na demanda, foi condenado ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, valor a ser esse corrigido e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o evento danoso, além de danos materiais na ordem de R\$ 800,00 (oitocentos reais). Foi obrigado, ainda, ao pagamento de pensão mensal, arbitrada em 20% (vinte por cento) do salário mínimo, que deverá perdurar até que o autor atinja os 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Da sentença houve apelo, restando confirmada a decisão original, sendo acolhido o Recurso Especial interposto (1.103.669/DF), em que se alterou o *dies a quo* da correção monetária para a data em que fora proferida a sentença.

Transitada em julgado essa última decisão, iniciou-se a fase de cumprimento da sentença. O juiz de base proferiu despacho determinando a intimação do réu sucumbente “para, no prazo de 15 (quinze) dias, cumprir voluntariamente a sentença e acórdão de fls. 128/132 e 196/198, sob pena de incidência da multa prevista na recente redação do art. 475-J, *caput*, do CPC e cobrança de novos honorários advocatícios” (fl. 249 e-STJ). Conforme a certidão a fl. 250 e-STJ, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, que atua em benefício do ora recorrente, recebeu a intimação, em 18 de setembro de 2009.

Em 07 de outubro de 2009 foi realizado depósito de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fl. 252 e-STJ). Após manifestação do exequente, que considerou a quantia insuficiente, o magistrado determinou a atualização da dívida pelo contador judicial (fl. 262 e-STJ) e ordenou que fosse aplicada a multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J do CPC/73 ao montante integral da dívida.

A contadoria apresentou os cálculos afirmando ser devida a cifra de R\$ 33.104,85 (trinta e três mil, cento e quatro reais e oitenta e cinco centavos), com incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC/73, computada em R\$ 3.310,48 (três mil, trezentos e dez reais e quarenta e oito centavos). Da quantia total, incluída a multa, deduziu-se o depósito já realizado, chegando-se a um valor residual devido. Tais cálculos foram acolhidos pelo juízo de origem, que determinou o pagamento dessa quantia faltante no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de penhora (fl. 267 e-STJ). Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento.

O TJDF, ao apreciar o recurso do réu, deu-lhe parcial provimento para adequar os critérios de correção monetária àqueles determinados no REsp 1.103.669/DF, ou seja, incidência da correção monetária no montante devido a título de dano moral a partir da data da sentença (07/11/07). Rejeitou, contudo, o pedido formulado pelo ora recorrente quanto a não incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC/73, por considerar que, não obstante tratar-se de parte assistida pela Defensoria Pública, o prazo previsto para o cumprimento voluntário não deveria ser contado em dobro. Assim, ultrapassado o lapso temporal de 15 (quinze) dias fixado para o adimplemento espontâneo, deveria ser mantida a multa aplicada.

Inconformado, o acionado interpôs o presente recurso especial, em cujas razões aduz ter o acórdão recorrido violado o artigo 5º, §5º, da lei 1.060/50, que determina o cômputo dobrado dos prazos quando a parte for representada por defensor público. Alegou haver dissídio jurisprudencial a seu favor. Requereu reconhecimento da tempestividade do depósito e consequente afastamento da multa prevista no art. 475-J do CPC/73.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão a fl. 306 e-STJ.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.261.856/ DF (2011/0140046-4)

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DEVEDOR REPRESENTADO POR DEFENSOR PÚBLICO – ADIMPLEMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO DECORRIDOS DEZENOVE DIAS – APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CPC/73 – TRIBUNAL A QUO QUE INDEFERIU A PRERROGATIVA DO ART. 5º, §5º DA LEI 1.060/50 AO CASO – INSURGÊNCIA DO RÉU.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a decidir se deve ser contado em dobro o prazo para o cumprimento voluntário de sentença no caso de réu assistido pela Defensoria Pública.

1. O adimplemento parcial da obrigação implica imposição da multa prevista no 475-J do CPC/73 sobre o valor remanescente. Precedentes.
2. A intimação para o cumprimento da sentença gera ônus para o representante da parte vencida, que deverá comunicá-la do desfecho desfavorável da demanda e alertá-la de que a ausência de cumprimento voluntário implica imposição de sanção processual.
3. Conforme a jurisprudência do STJ, a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos visa a compensar as peculiares condições enfrentadas pelos profissionais que atuam nos serviços de assistência judiciária do Estado, que “enfrentam deficiências de material, pessoal e grande volume de processos” (REsp. nº 1.106.213/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. julgado em 25/10/2011).
4. Em caso análogo, no qual se discutia o cumprimento, pela parte, de decisão judicial sobre purgação da mora, esta Corte superior decidiu ser cabível a contagem em dobro dos prazos para parte assistida pela Defensoria Pública. (REsp. 249.788/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 11/09/2000.)

5. Na hipótese de parte beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos, prevista no artigo 5º, §5º, da Lei 1.060/50, aplica-se também ao lapso temporal previsto no art. 475-J do CPC/73, correspondente ao art. 523 *caput* e §1º do CPC/15, sendo, portanto, tempestivo o cumprimento de sentença, ainda que parcial, quando realizado em menos de 30 (trinta) dias.

6. Recurso provido para afastar a incidência da multa prevista no art. 475-J sobre a parcela da dívida depositada no prazo calculado conforme a prerrogativa prevista no artigo 5º, §5º da Lei nº 1.060/50.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):** O apelo merece provimento.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de conferir-se a prerrogativa da contagem em dobro dos prazos, atribuída à Defensoria Pública, nos moldes no §5º do artigo 5º da lei nº 1.060/50, na hipótese de cumprimento voluntário de sentença, previsto no artigo 475-J do CPC/73, correspondente ao artigo 523, *caput* e §1º, do CPC/15.

Independentemente de o depósito realizado não corresponder ao adimplemento total da dívida, o interesse do recorrente subsiste, uma vez que, nos termos da jurisprudência desta Corte superior, havendo pagamento parcial no prazo legal, a multa incidirá apenas sobre a parcela não adimplida. Expressam esse posicionamento os seguintes precedentes: REsp. 1.260.443/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *PRIMEIRA TURMA*, DJe 02/08/2012; AgRg no REsp. 1.258.801/PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, *TERCEIRA TURMA*, DJe 24/06/2014; AgRg no AREsp. 318.967/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, *PRIMEIRA TURMA*, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015; AgRg no AREsp 616.323/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *QUARTA TURMA*, julgado em 24/3/2015, DJe de 30/3/2015. AgRg no AREsp. 561.554/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, *QUARTA TURMA*, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015.

Deve ser esclarecido, portanto, que, no caso em tela, decide-se a respeito da incidência da multa prevista no 475-J do CPC/73 sobre a parcela depositada em 07 de outubro de 2009, ou seja, dezenove dias depois de recebida a intimação pelo defensor público.

2. *O recurso merece provimento* dado que o ato processual de cumprimento voluntário da sentença depende de intimação que impõe ônus ao patrono, envolvendo, assim, condutas do advogado e da parte. Ademais, o cômputo em dobro dos prazos é prerrogativa conferida à Defensoria Pública no *munus* de promover o acesso à justiça por meio da assistência judiciária integral e gratuita.

*Deve-se, ainda, ter como princípio orientador da aplicação da norma ao caso concreto a promoção do acesso à justiça.* A legislação processual determina que sejam conferidas determinadas benesses àqueles que, por estarem em situação de

desvantagem, não possam exercer o direito de acesso à justiça do mesmo modo que seus cocidadãos, promovendo, assim, a isonomia e viabilizando o exercício do direito fundamental de acesso à justiça.

2.1. O prazo para o cumprimento voluntário da sentença, muito embora o adimplemento seja obrigação imposta à parte – e não a seu patrono –, tem como marco inicial a intimação do advogado ou defensor.

A redação original artigo 475-J do CPC/73 foi objeto de longa discussão, sobretudo quanto ao dia inicial da contagem do prazo para o cumprimento voluntário da obrigação. A jurisprudência desta corte finalmente consolidou, em sede de recurso repetitivo, que “Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC).” (REsp. nº 1.262.933/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 20/08/2013.)

O cumprimento voluntário adquiriu, então, natureza dúplice. Por um lado, cuida-se de ato a ser praticado pela parte, não pelo causídico. Por outro, em nome da celeridade processual e da máxima eficiência da execução, considera-se satisfatória a intimação do advogado pela imprensa oficial para o início do lapso temporal.

Como é cediço, a intimação é ato processual que, ao dar ciência a alguém dos atos e termos do processo, atribui-lhe um ônus. No caso da intimação para o cumprimento de sentença, tem-se ato de estrutura complexa, nos termos utilizados pelo celebrado jurista Cândido Rangel Dinamarco. Mais ainda, na hipótese ora em debate, impõe-se ônus não apenas à parte, mas também ao advogado.

Nos termos de Araken de Assis:

Fica subentendido o ônus de o advogado vencido, percebendo que esgotaram as vias recursais ou que o recurso porventura cabível não exibirá o efeito suspensivo, comunicar o desfecho desfavorável ao cliente, advertindo que a falta de cumprimento voluntário, no prazo legal, implicará o aumento do valor da dívida em dez por cento. É tarefa espinhosa, decerto, e que testa a excelência do relacionamento do profissional com a parte representada. (ASSIS, Araken. *Cumprimento de Sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 164.)

Constata-se, então, a grande responsabilidade atribuída ao patrono no cumprimento voluntário da sentença. Extrai-se, da interpretação conferida à norma processual, que muito embora o cumprimento voluntário de sentença seja ato material praticado pela parte, a intimação gera ônus para o representante processual, o que obriga o julgador a analisar a situação *suis generis* da Defensoria Pública e as condições para o cumprimento do ônus que lhe é imposto, nas hipóteses em que ocorre a sua atuação.

2.2. Nos casos em que a parte beneficia-se da assistência pela Defensoria Pública, a jurisprudência deste sodalício orienta-se no sentido de atribuir ao defensor o mesmo ônus imposto ao advogado na intimação para o cumprimento da sentença. Considera-se, então, desnecessária a intimação pessoal do devedor beneficiário da assistência judiciária integral e gratuita.

Apesar de a relação entre assistido e Defensor Público ser mais distante do que aquela entre advogado e cliente, a Terceira Turma deste STJ decidiu que “Inexiste necessidade de intimação pessoal do devedor para o cumprimento da sentença, sendo válida a intimação do defensor público, desde que feita pessoalmente.” (REsp. nº 1.032.436/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 15/08/2011. No mesmo sentido, *e.g.*, AgRg no AREsp. 36.371/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012.)

Resta, portanto, decidir como deve operar-se a contagem do prazo depois de recebida a intimação pelo defensor.

Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras oportunidades, foi instado a interpretar a norma que concede o prazo dobrado aos defensores públicos. Naqueles casos, discutia-se a extensão dessa prerrogativa a outras instituições que recebiam o *munus* de promover o direito fundamental de acesso à justiça, por meio da assistência judiciária integral e gratuita. Esta Corte firmou o entendimento de não ser a duplicidade dos prazos decorrência da concessão do benefício, mas do fato de: *os serviços de assistência judiciária mantidos pelo Estado, tal qual como ocorre com a Defensoria Pública, apresentam deficiências de material, pessoal e um grande volume de processos e considerando que na hipótese dos autos a parte está sendo assistida por Núcleo de Prática Jurídica de instituição pública de ensino superior, não há razão para negar a prerrogativa da duplicidade de prazos.* (REsp. 1.106.213/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 07/11/2011.)

No mesmo sentido, vejam-se: HC nº 27.786/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/10/2003, DJ 19/12/2003, p. 300; REsp. 120.556/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/05/2000, DJ 19/06/2000, p. 140.

Deduzidas tais considerações, retoma-se, então, o exame acerca da natureza do ato processual de cumprimento de sentença, fase procedimental ora enfrentada. Como visto, não se trata de um simples ato material praticado pela parte, pois envolverá a intimação pessoal do Defensor Público. O cometimento do ato alcançará, assim, também o representante processual da parte. Nesse caso, é inafastável a constatação no sentido de que se está diante do cometimento ou prática de ato complexo, ou seja, compartilhado em fases e sujeitos diversos, daí ser razoável outorgar à parte assistida pela Defensoria Pública a prerrogativa prevista no artigo 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50, orientação essa coerente com a jurisprudência deste sodalício.

3. Acrescente-se que, ao enfrentar questão semelhante, na qual se discutia o prazo para purgação da mora em ação de despejo, este Superior Tribunal de Justiça conferiu prazo em dobro ao beneficiário da assistência judiciária integral e gratuita, como exemplifica o julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. PURGA DA MORA E CONTESTAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO ANALITICAMENTE. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO – PRAZO EM DOBRO – ART. 5º, §5º, DA LEI Nº 1.060/50.

1. Em ação de despejo por falta de pagamento, e, sendo o inquilino beneficiário da justiça gratuita, deve o defensor público ser intimado pessoalmente do prazo para purgação da mora, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, §5º, da Lei nº 1.060/50. *In casu*, deve ser concedido o benefício do prazo em dobro para a complementação do depósito.

2. Precedentes da Corte.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp. 249.788/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 11/09/2000.)

A situação é análoga, uma vez que, consoante a antiga redação do artigo 62 da Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), o prazo para o depósito da quantia demanda contava-se da publicação do despacho que autorizava a purgação da mora. Nessa hipótese, interpretou-se a Lei nº 1.060/50 no sentido de conferir à parte – e ao defensor que lhe assiste – a contagem duplicada do prazo.

Deve-se, portanto, conceder à Defensoria Pública e ao réu por ela assistido, a prerrogativa de cômputo em dobro do prazo previsto para o cumprimento voluntário de sentença, tendo início a fluência do lapso temporal com a intimação pessoal do defensor público.

4. No caso em comento, verifica-se que o cumprimento voluntário, ainda que parcial, ocorreu 19 (dezenove) dias depois da intimação pessoal do devedor, portanto, dentro do lapso temporal de 30 (trinta) dias que deve ser dado para o cumprimento de sentença pela parte beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita. Sobre o valor desse depósito parcial não poderá, portanto, incidir a multa prevista no artigo 475-J do CPC/73.

5. Do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a aplicação da multa prevista no 475-J sobre o montante depositado dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação do defensor público.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2011/0140046-4

**PROCESSO ELETRÔNICO REsp Nº 1.261.856/ DF**

Números Origem: 20050310168325 20100020021910 20100020021910RES  
21910320108070000

PAUTA: 17/11/2016

JULGADO: 22/11/2016

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: LUIZ GOMES CORDEIRO

ADVOGADO: CLÉCIO VIRGÍLIO DE ANDRADE – DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS –  
DF007945

RECORRIDO: JOCY LAURINDO DE CARVALHO

ADVOGADO: HERNANE GALLI COSTACURTA E OUTRO(S) – DF017128

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.



Jurisprudência Cível

• • •

**AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA  
Nº 11.000 / EXTERNO  
(2016/0186350-6)**

**RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE DO STJ**

AGRAVANTE: GERSON DE MELLO ALMADA

ADVOGADOS: ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE E OUTRO(S) - SP130665

JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO E OUTRO(S) - SP182454

CLÁUDIO M HENRIQUE DAÓLIO E OUTRO(S) - SP172723

RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES E OUTRO(S) - SP227714

FLAVIA MORTARI LOFTI E OUTRO(S) - SP246694

LEONARDO MAGALHÃES AVELAR E OUTRO(S) - SP221410

THIAGO FERNANDES CONRADO E OUTRO(S) - SP282002

PAULA REGINA BREIM E OUTRO(S) - SP306649

CINTIA BARRETO MIRANDA E OUTRO(S) - SP291802

IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ E OUTRO(S) - SP235560

BRUNA FERNANDA REIS E SILVA E OUTRO(S) - SP338368

BRUNA MARIA ANCHIETA RODRIGUES RIBEIRO E OUTRO(S) - SP332120

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO E OUTRO(S) - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI E OUTRO(S) - RJ144384

MARIEL LINDA SAFDIE E OUTRO(S) - SP343554

SAMIA ZATTAR E OUTRO(S) - SP337177

LARA MAYARA DA CRUZ E OUTRO(S) - SP305340

FABIANA SADEK DE OLYVEIRA E OUTRO(S) - SP306249

MARIANA STUART NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP257052

CAROLINA DA SILVA LEME E OUTRO(S) - SP312033

ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD E OUTRO(S) - SP345929

ANA CAROLINA COELHO MIRANDA E OUTRO(S) - SP310813

BARBARA SALGUEIRO DE ABREU E OUTRO(S) - SP314292

RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029

MARIA CLARA MENDES DE ALMEIDA DE SOUZA MARTINS E OUTRO(S) - SP371454  
JULIANA DE CASTRO SABADELL E OUTRO(S) - SP357634  
ANDRÉ FELIPE PELLEGRINO E OUTRO(S) - SP315186  
VIVIAN PASCHOAL MACHADO E OUTRO(S) - SP321331  
LARISSA MARDEGAN RIBEIRO E OUTRO(S) - SP337813  
MARIANA SIQUEIRA FREIRE E OUTRO(S) - SP349064  
MARILIA DONNINI E OUTRO(S) - SP357663  
FELIPE TOSCANO BARBOSA DA SILVA E OUTRO(S) - SP374769  
BARBARA CLAUDIA RIBEIRO E OUTRO(S) - SP375444  
PATRICIA GAMARANO BARBOSA E OUTRO(S) - SP383651  
AGRAVADO: CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS - DISTRITO SUL DE NOVA YORK  
PACIENTE: *CLASS REPRESENTATIVES UNIVERSITIES SUPERANNUATION SCHEME LIMITED*  
PARTE: PETROBRAS BRASILEIRO S/A – PETROBRAS E OUTROS  
A. CENTRAL: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

#### EMENTA

AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA. TESE DE DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. A CONCESSÃO DE *EXEQUATUR* À CARTA ROGATÓRIA NÃO IMPORTA EM VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITO DE O AGRAVANTE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI PRESERVADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A carta rogatória para a concessão do *exequatur* não precisa estar acompanhada de todos os documentos existentes na petição inicial e de detalhes do processo em curso, mas de peças suficientes para a compreensão da controvérsia.
2. A intimação de qualquer pessoa para prestar depoimento como testemunha, por si, não traduz violação da garantia de autoincriminação. A simples tramitação da presente carta rogatória não acarreta prejuízo aos direitos do Agravante. Ao contrário, ao prestar seu depoimento e responder em audiência aos quesitos elencados, por óbvio, o agravante não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do princípio do *nemo tenetur se deterege*.
3. Agravo interno desprovido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 16 de novembro de 2016 (data do julgamento).

**MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

Presidente

**MINISTRA LAURITA VAZ**

Relatora

**AgInt na CARTA ROGATÓRIA Nº 11.000 / Externo (2016/0186350-6)**

## **RELATÓRIO**

### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:**

Trata-se de agravo interno interposto por GERSON DE MELLO ALMADA contra decisão de fls. 280-282 da lavra do Ministro Francisco Falcão, que concedeu o *exequatur* e encaminhou a carta rogatória à Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo para as providências cabíveis.

Os autos dão conta de que a carta rogatória foi enviada pela Justiça dos Estados Unidos da América, solicitando o testemunho de Gerson de Mello Almada, “executivo da firma Engevix, que participou como representante para a Engevix Engenharia S.A. (‘Engevix’) em reuniões do Cartel e depôs sobre a estrutura interna e as regras que regulavam o Cartel. Os Réus da Petrobras alegam que, à luz destes fatos, as informações solicitadas de Almada serão, provavelmente, relevantes às defesas dos Réus da Petrobras e à contestação das alegações dos Autores de que os Réus da Petrobras participaram das atividades do Cartel e beneficiaram-se das mesmas” (fls. 8-9), conforme texto rogatório.

A intimação prévia, *via* postal, foi recebida (fls. 250-251), e o Interessado apresentou impugnação às fls. 253-262.

O Ministério Público Federal, em parecer às fls. 276-277, opinou pela concessão da ordem.

Em decisão de fls. 280-282, foi concedido o *exequatur* e encaminhando os autos à Justiça Federal de São Paulo para o cumprimento da diligência.

Dá o presente agravo interno, questionando a impossibilidade do *exequatur*.

Alega o Agravante que “a Carta Rogatória encaminhada pelas autoridades norte-americanas não pode ser cumprida, na medida em que a documentação que a instrui não possibilita o entendimento adequado acerca do conteúdo da ação instaurada nos Estados Unidos da América” (fl. 294). Afirma que a “carta rogatória traz descrição bastante restrita quanto ao teor da lide originária, limitando-se a apresentar sumário da demanda instaurada perante o Juízo rogante, no qual constam apenas (i) a identidade de parte dos autores e dos réus da ação; e (ii) descrição excessivamente esparsa dos fundamentos deduzidos na lide (fls. 7/10)” (fl. 295).

Sustenta violação da ordem pública e da garantia ao silêncio, na medida em que “os questionamentos formulados na ação ajuizada na Corte do Distrito Sul de Nova York envolvem matéria discutida em **ação criminal** ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Agravante [...] Enquanto, nos autos da ação norte-americana, o Peticionário é testemunha, submetendo-se ao dever de pronunciar a verdade, na ação penal nº 5083351-89.2014.4.04.7000/PR, o peticionário é réu, possuindo inúmeras garantias inerentes à sua condição. Neste ponto, merece especial destaque a extensa disciplina legal que impõe à testemunha o dever de dizer a verdade. Mais especificamente, o artigo 458 do Código de Processo Civil estabelece que ‘ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado’, e prossegue, no parágrafo único, prevendo que o ‘juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade’ [...] Diante desse cenário, eventual concessão do *exequatur* colocaria o Agravante em difícil situação. Se, por um lado, ele pode se sujeitar às severas penalidades decorrentes da violação do compromisso com a verdade, de outro, seu testemunho pode ser interpretado de forma equivocada, prejudicando sua defesa na ação penal nº 5083351-89.2014.4.04.7000/PR” (fls. 297-298).

Requer, desse modo, “o provimento ao presente agravo regimental, reformando-se a r. decisão agravada, com a conseqüente rejeição do *exequatur* à Carta Rogatória” (fl. 299).

Diante da ausência de efeito suspensivo no agravo regimental, os autos foram encaminhados à Justiça Federal para o cumprimento da comissão.

Às fls. 306-308, constam documentos que comprovam que a audiência de instrução foi marcada para o dia 8/11/2016, às 14h30.

Em petição à fl. 312, o Agravante requer a suspensão da audiência em face do princípio da colegialidade, consoante o art. 216-U do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que foi indeferida.

É o relatório.

## AgInt na CARTA ROGATÓRIA Nº 11.000 / Externo (2016/0186350-6)

### EMENTA

AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA. TESE DE DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. A CONCESSÃO DE *EXEQUATUR* À CARTA ROGATÓRIA NÃO IMPORTA EM VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITO DE O AGRAVANTE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI PRESERVADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A carta rogatória para a concessão do *exequatur* não precisa estar acompanhada de todos os documentos existentes na petição inicial e de detalhes do processo em curso, mas de peças suficientes para a compreensão da controvérsia.

2. A intimação de qualquer pessoa para prestar depoimento como testemunha, por si, não traduz violação da garantia de autoincriminação. A simples tramitação da presente carta rogatória não acarreta prejuízo aos direitos do Agravante. Ao contrário, ao prestar seu depoimento e responder em audiência aos quesitos elencados, por óbvio, o agravante não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do princípio do *nemo tenetur se deterege*.

3. Agravo interno desprovido.

### VOTO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O recurso não merece prosperar.

Ao contrário do que alega a parte Agravante, a carta rogatória está acompanhada com os documentos suficientes à compreensão da controvérsia. Esta Corte entende que a comissão não precisa estar com todos os documentos mencionados na petição inicial ou com todos os detalhes do processo em curso, bastando os necessários para que a parte Interessada tenha ciência da ação e compreenda a controvérsia.

Na hipótese, existe o pedido de diligência formulado pela Justiça rogante em que delinea a ação civil pública ajuizada contra a empresa Petróleo Brasileiro S. A. – PETROBRAS pelo *Class Representatives Universities Superannuation Scheme Limited, North Carolina Department of Satte Treasurer e Employees Retirment System of the State of Hawaii*, estando, portanto, preenchidos os requisitos necessários.

Nesse sentido, veja-se julgado:

CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ALEGADA NECESSIDADE DE TRADUÇÃO JURAMENTADA DOS DOCUMENTOS. COMISSÃO QUE TRAMITOU PELA AUTORIDADE CENTRAL.

I - Para a concessão do *exequatur*, não é preciso que a comissão seja acompanhada de todos os documentos mencionados na petição inicial, bastando aqueles necessários à compreensão da controvérsia, como se verifica *in casu*.

II - O ofício de encaminhamento de documentos pela autoridade central brasileira ou pela via diplomática garante a autenticidade dos documentos, bem como da tradução enviada pela Justiça rogante, dispensando, assim, legalização, autenticação e outras formalidades.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na CR 8.553/EX, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2015, DJe 29/04/2015).

De outro lado, o Agravante entende que a concessão do *exequatur* à carta rogatória viola a ordem pública, pois seria compelido a tratar – na condição de testemunha em *class action* ajuizada pelas classes compostas por todas as pessoas e entidades que compraram títulos mobiliários da Petróleo brasileiro S. A. – acerca de fatos envolvidos em demandas criminais ajuizadas contra si perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba - PR.

No polo passivo da referida ação, objeto da carta rogatória, figura a companhia petroleira, bem como outras pessoas, identificadas apenas parcialmente pelos documentos encaminhados pelas autoridades norte-americanas. Não é possível fazer nenhum tipo de ilação sobre a qualidade do Agravante (parte ou testemunha) naquela demanda, sobretudo porque o juízo de delibação do egrégio STJ é limitado, estando impedido de adentrar ao mérito da causa, somente podendo versar sobre a inteligência da decisão. Na condição de parte, o depoimento que se pretende impedir, com a rejeição do *exequatur* à carta rogatória, ocorre em processo de natureza não penal, *class action*, cuja efetivação no Brasil observa a nova redação do Código de Processo Civil, que assim dispõe no art. 379, *caput*: “Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: [...]”. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a garantia contra a autoincriminação abrange as testemunhas, em relação aos questionamentos que possam lhe causar prejuízo, em respeito ao art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República. É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio “*nemo tenetur se detegere*” (STF, HC 80.949/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual **ninguém** é obrigado a produzir provas contra si.

Assim se observa do recente precedente do Excelso Pretório:

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 317 DO CÓDIGO PENAL E 1º, V, VI, VII, DA LEI 9.613/1998. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: HIPÓTESE EM QUE NÃO É RECOMENDÁVEL CISÃO DO PROCESSO. PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: NÃO CABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 86, §4º DA CONSTITUIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DE PROVA: INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. COLABORAÇÃO PREMIADA: REGIME DE SIGILO E EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP: INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS EM RELAÇÃO À SEGUNDA PARTE DA DENÚNCIA. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA. 1. [...]. 2. À luz dos precedentes do Supremo Tribunal, a garantia contra a autoincriminação se estende às testemunhas, no tocante às indagações cujas respostas possam, de alguma forma, causar-lhes prejuízo (cf. HC 79812, Tribunal Pleno, DJ de 16-02-2001). 3. A previsão constitucional do art. 86, §4º, da Constituição da República se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades, nomeadamente do Poder Legislativo. Precedentes. 4. Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito. 5.[...] 11. Denúncia parcialmente recebida, prejudicados os agravos regimentais. (Inq 3983, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016; grifei).

Está evidente, pois, que a intimação de qualquer pessoa para prestar depoimento como testemunha, por si, não traduz violação do direito à intimidade e à preservação do sigilo de dados e informações. A tramitação da presente carta rogatória não acarreta prejuízo aos direitos do Agravante. Ao contrário, ao prestar seu depoimento e responder em audiência aos quesitos elencados na fls. 8-15, por óbvio, ele não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do princípio do *nemo tenetur se deterege*.

Dessa forma, mostra-se descabido o argumento de violação do direito de silêncio, pois o fato de ser Réu na ação penal nº 5083351-89.2014.4.04.7000/PR, conhecida como

Operação Lava Jato, não impede seu testemunho, ou sua inquirição, para instrução de ação coletiva relativa a direitos decorrentes de títulos mobiliários da Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. e outros, na medida em que não é obrigado a produzir provas contra si próprio.

Destaca-se o seguinte julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. INQUIRÇÃO DO INTERESSADO, COMO TESTEMUNHA, EM PROCESSO EM CURSO NO JUÍZO ROGANTE. VIOLAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL, DA ORDEM PÚBLICA E DOS BONS COSTUMES. INOCORRÊNCIA. I- para concessão do *exequatur*, não é necessário que a comissão venha instruída com todos os documentos citados na inicial, bastando aqueles suficientes para que o interessado tenha ciência do processo em trâmite no Juízo rogante e compreenda a controvérsia. II- *Ao prestar depoimento como testemunha, o interessado não será obrigado a produzir prova contra si mesmo, nos termos do brocardo nemo tenetur se deterege.* Agravo regimental improvido. (AgRg na CR nº 10.078/EX, Relator o Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 28/06/2016).

Saliente-se que a situação de fato está consolidada no tempo, pois o *exequatur* foi devidamente cumprido pela Justiça Federal, em audiência de inquirição realizada no dia 8 de novembro de 2016, às 14h30, no Juízo da 10.<sup>a</sup> Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo. Conforme TERMO DE AUDIÊNCIA anexado, o depoimento do Agravante foi colhido pelo Juiz Federal Substituto, Tiago Bologna Dias, na presença de advogado regularmente constituído, gravado em mídia digital, nos termos do art. 406 do Código de Processo Civil e sem nenhum protesto digno de nota sobre eventual violação do direito de não produzir prova contra si mesmo (fl. 336).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É o voto.

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2016/0186350-6

**PROCESSO ELETRÔNICO CR AgInt na 11.000 / US**

Números Origem: 08099007516201611 201602375 60192016 8099007516201611

EM MESA

JULGADO: 16/11/2016

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **VICE-PRESIDENTE DO STJ**



**Relatora do AgInt**

Exma. Sra. Ministra PRESIDENTE DO STJ

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. FRANCO DEYBSON SORIANO DE ARAÚJO

**AUTUAÇÃO**

JUSROGANTE: CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS - DISTRITO SUL DE NOVA YORK

INTERES. : GERSON DE MELLO ALMADA

ADVOGADOS: ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) - SP124516

GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE E OUTRO(S) - SP130665

JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO E OUTRO(S) - SP182454

CLÁUDIO M HENRIQUE DAÓLIO E OUTRO(S) - SP172723

RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES E OUTRO(S) - SP227714

FLAVIA MORTARI LOFTI E OUTRO(S) - SP246694

LEONARDO MAGALHÃES AVELAR E OUTRO(S) - SP221410

THIAGO FERNANDES CONRADO E OUTRO(S) - SP282002

PAULA REGINA BREIM E OUTRO(S) - SP306649

CINTIA BARRETO MIRANDA E OUTRO(S) - SP291802

IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ E OUTRO(S) - SP235560

BRUNA FERNANDA REIS E SILVA E OUTRO(S) - SP338368

BRUNA MARIA ANCHIETA RODRIGUES RIBEIRO E OUTRO(S) - SP332120

BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO E OUTRO(S) - SP285552

JULIA THOMAZ SANDRONI E OUTRO(S) - RJ144384

MARIEL LINDA SAFDIE E OUTRO(S) - SP343554

SAMIA ZATTAR E OUTRO(S) - SP337177

LARA MAYARA DA CRUZ E OUTRO(S) - SP305340

FABIANA SADEK DE OLYVEIRA E OUTRO(S) - SP306249

MARIANA STUART NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP257052

CAROLINA DA SILVA LEME E OUTRO(S) - SP312033

ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD E OUTRO(S) - SP345929

ANA CAROLINA COELHO MIRANDA E OUTRO(S) - SP310813

BARBARA SALGUEIRO DE ABREU E OUTRO(S) - SP314292  
RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029  
MARIA CLARA MENDES DE ALMEIDA DE SOUZA MARTINS E OUTRO(S) - SP371454  
JULIANA DE CASTRO SABADELL E OUTRO(S) - SP357634  
ANDRÉ FELIPE PELLEGRINO E OUTRO(S) - SP315186  
VIVIAN PASCHOAL MACHADO E OUTRO(S) - SP321331  
LARISSA MARDEGAN RIBEIRO E OUTRO(S) - SP337813  
MARIANA SIQUEIRA FREIRE E OUTRO(S) - SP349064  
MARILIA DONNINI E OUTRO(S) - SP357663  
FELIPE TOSCANO BARBOSA DA SILVA E OUTRO(S) - SP374769  
BARBARA CLAUDIA RIBEIRO E OUTRO(S) - SP375444  
PATRICIA GAMARANO BARBOSA E OUTRO(S) - SP383651  
PACIENTE: *CLASS REPRESENTATIVES UNIVERSITIES SUPERANNUATION SCHEME LIMITED*  
PARTE: PETROBRAS BRASILEIRO S/A – PETROBRAS E OUTROS  
A. CENTRAL: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Objetos de cartas precatórias/de ordem - Oitiva

#### **AGRAVO INTERNO**

AGRAVANTE: GERSON DE MELLO ALMADA  
ADVOGADOS: ANTÔNIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO E OUTRO(S) - SP124516  
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE E OUTRO(S) - SP130665  
JOÃO FABIO AZEVEDO E AZEREDO E OUTRO(S) - SP182454  
CLÁUDIO M HENRIQUE DAÓLIO E OUTRO(S) - SP172723  
RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES E OUTRO(S) - SP227714  
FLAVIA MORTARI LOFTI E OUTRO(S) - SP246694  
LEONARDO MAGALHÃES AVELAR E OUTRO(S) - SP221410  
THIAGO FERNANDES CONRADO E OUTRO(S) - SP282002  
PAULA REGINA BREIM E OUTRO(S) - SP306649  
CINTIA BARRETO MIRANDA E OUTRO(S) - SP291802  
IZABEL DE ARAÚJO CORTEZ E OUTRO(S) - SP235560  
BRUNA FERNANDA REIS E SILVA E OUTRO(S) - SP338368  
BRUNA MARIA ANCHIETA RODRIGUES RIBEIRO E OUTRO(S) - SP332120  
BEATRIZ DE OLIVEIRA FERRARO E OUTRO(S) - SP285552  
JULIA THOMAZ SANDRONI E OUTRO(S) - RJ144384

MARIEL LINDA SAFDIE E OUTRO(S) - SP343554  
SAMIA ZATTAR E OUTRO(S) - SP337177  
LARA MAYARA DA CRUZ E OUTRO(S) - SP305340  
FABIANA SADEK DE OLYVEIRA E OUTRO(S) - SP306249  
MARIANA STUART NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP257052  
CAROLINA DA SILVA LEME E OUTRO(S) - SP312033  
ANA CAROLINA SANCHEZ SAAD E OUTRO(S) - SP345929  
ANA CAROLINA COELHO MIRANDA E OUTRO(S) - SP310813  
BARBARA SALGUEIRO DE ABREU E OUTRO(S) - SP314292  
RAFAEL SILVEIRA GARCIA E OUTRO(S) - DF048029  
MARIA CLARA MENDES DE ALMEIDA DE SOUZA MARTINS E OUTRO(S) - SP371454  
JULIANA DE CASTRO SABADELL E OUTRO(S) - SP357634  
ANDRÉ FELIPE PELLEGRINO E OUTRO(S) - SP315186  
VIVIAN PASCHOAL MACHADO E OUTRO(S) - SP321331  
LARISSA MARDEGAN RIBEIRO E OUTRO(S) - SP337813  
MARIANA SIQUEIRA FREIRE E OUTRO(S) - SP349064  
MARILIA DONNINI E OUTRO(S) - SP357663  
FELIPE TOSCANO BARBOSA DA SILVA E OUTRO(S) - SP374769  
BARBARA CLAUDIA RIBEIRO E OUTRO(S) - SP375444  
PATRICIA GAMARANO BARBOSA E OUTRO(S) - SP383651  
AGRAVADO: CORTE DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS - DISTRITO SUL DE NOVA YORK  
PACIENTE: *CLASS REPRESENTATIVES UNIVERSITIES SUPERANNUATION SCHEME LIMITED*  
PARTE: PETROBRAS BRASILEIRO S/A - PETROBRAS E OUTROS  
A.CENTRAL: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo, termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.



# AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL

## Nº 1.149.493 / BAHIA (2009/0136194-7)

RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA

AGRAVANTE: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

### EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DA LEI Nº 8.429/92. ESTAGIÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA SUBJACENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O art. 2º da Lei nº 8.429/92 dispõe: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (entidades essas integrantes da “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” – art. 1º do mencionado diploma).

2. Como já teve o ensejo de consignar esta Corte, “o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão ‘agente público’ possui expressivo elastério, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público” (REsp nº 1.081.098/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/09/2009).

3. No caso dos autos, a agravante, estagiária da Caixa Econômica Federal, possuía, sim, vínculo – ainda que transitório e de caráter educativo – com essa empresa pública federal, tendo, segundo as

alegações do *Parquet* (as quais poderão ser comprovadas ou não, com o regular curso da subjacente ação civil pública), utilizado-se de tal condição para auferir vantagem econômica, por meio da realização de saques irregulares de contas de clientes da instituição financeira. Portanto, não há como deixar de reconhecer a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Precedente específico: REsp nº 1.352.035/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/9/2015.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) e Benedito Gonçalves (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO SÉRGIO KUKINA

Relator

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.493/ BA (2009/0136194-7)**

**RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA**

AGRAVANTE: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA:** Trata-se de agravo interno desafiando decisão monocrática pela qual dei provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal para determinar que a instância de origem, afastada a ilegitimidade da estagiária da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, desse regular curso ao feito.

A parte recorrente, representada pela Defensoria Pública da União, sustenta que: (I) o entendimento adotado transborda da análise dos requisitos de admissibilidade do recurso, não se enquadrando na permissão do art. 932, inciso V do NCPC, pois não há, a respeito da matéria, jurisprudência pacificada; e (II) a atividade desenvolvida por estagiários não está abrangida pela Lei de Improbidade Administrativa, pois que não se trata de mandato, cargo, emprego ou função.

Devidamente intimado para apresentar impugnação, o *Parquet* federal pugnou pelo desprovimento do agravo interno (fls. 285/291).

É o relatório.

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.493/ BA (2009/0136194-7)**

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator):** A irresignação não merece acolhida.

Inicialmente, ressalto que, nos temos da Súmula 568 desta Corte, editada sob a égide do novo CPC, “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Por outro lado, o firme entendimento deste Superior Tribunal, no sentido de que eventual nulidade da decisão monocrática, por ofensa ao art. 557 do CPC/73, fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado (a título de exemplo, AgInt no AREsp nº 892.265/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/8/2016), é plenamente aplicável às decisões proferidas na vigência do novo diploma processual civil.

Não há falar, por esses motivos, em nulidade da decisão singular ora impugnada.

Quanto ao mérito, relembro que o art. 2º da Lei nº 8.429/1992 dispõe, *verbis*: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (entidades essas integrantes da “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” – art. 1º do mencionado diploma).

Pois bem, como já teve o ensejo de consignar esta Corte, “o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão ‘agente público’ possui expressivo elastério, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público” (REsp nº 1.081.098/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/09/2009).

Ora, a agravante, estagiária da Caixa Econômica Federal, possuía, sim, vínculo – ainda que transitório e de caráter educativo – com essa empresa pública federal, tendo, segundo as alegações do *Parquet* (as quais poderão ser comprovadas ou não, com o regular curso da subjacente ação civil pública), utilizado-se de tal condição para auferir vantagem econômica, por meio da realização de saques irregulares de contas de clientes da instituição financeira. Portanto, não há como deixar de reconhecer a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. Nessa linha de percepção, trago à colação a ementa do precedente utilizado como razão de decidir pelo *decisum* ora impugnado:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESTAGIÁRIA. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO PRECONIZADO PELA LEI 8.429/92. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, ora recorrente, contra Michele Pires Xavier, ora recorrida, objetivando a condenação por ato ímprobo, praticado quando a recorrida era estagiária da CEF, consistente na apropriação de valores que transferiu da conta de um cliente, utilizando, para tanto, senha pessoal de uma funcionária da CEF, auferindo um total de R\$ 11.121,27 (onze mil, cento e vinte e um reais e vinte e sete centavos).

2. O Juiz de 1º Grau julgou o pedido procedente.

3. O Tribunal *a quo* negou provimento aos Embargos Infringentes do ora recorrente, e assim consignou na decisão: “Por isso mesmo, não se pode considerar probó o contexto em que um estagiário possui poder semelhante ao de um agente público, reclamando cautela a imposição das reprimendas cominadas à improbidade administrativas a eventual excesso do estagiário.” (fl. 476).

4. Contudo, o conceito de agente público, constante dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.429/1992, abrange não apenas os servidores públicos, mas todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

5. Assim, o estagiário que atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, se enquadra no conceito legal de agente público preconizado pela Lei nº 8.429/1992. Nesse sentido: REsp. nº 495.933/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2004, MC nº 21.122/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/3/2014.



6. Ademais, as disposições da Lei nº 8.429/1992 são aplicáveis também àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta, pois o objetivo da Lei de Improbidade é não apenas punir, mas também afastar do serviço público os que praticam atos incompatíveis com o exercício da função pública.

7. Recurso Especial provido.

(REsp. nº 1.352.035/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 8/9/2015).

Ante o exposto, **nego** provimento ao agravo interno.

É como voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0136194-7

**PROCESSO ELETRÔNICO AgInt no REsp. nº 1.149.493 / BA**

Número Origem: 200733000084208

PAUTA: 20/10/2016

JULGADO: 20/10/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –  
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

### AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo interno, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Regina Helena Costa e o voto divergente do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.493/ BA (2009/0136194-7)**

**RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA**

AGRAVANTE: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

### EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA PRATICADA POR ESTAGIÁRIA. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO PREVISTO NO ART. 2º DA LEI Nº 8.429/92. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, ACOMPANHANDO O RELATOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA.

## VOTO-VISTA

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES:** Como bem delimitado no voto proferido pelo Ministro Sérgio Kukina, trata-se de agravo interno interposto por Adrieli Lima de Oliveira contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial, interposto pelo ora agravado, para afastar a ilegitimidade passiva da requerida e determinar o prosseguimento da ação civil pública de improbidade.

O Ministro Relator nega provimento ao apelo ao fundamento de que a agravante possuía vínculo com a Caixa Econômica Federal e que realizou saques indevidos em contas de clientes, utilizando-se de sua posição na instituição.

A Ministra Regina Helena Costa acompanhou o voto do Ministro Sérgio Kukina e o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu do relator.

Na sequência, pedi vista.

Com efeito, conforme já decidi no REsp. nº 1.419.592/CE, “a novel jurisprudência desta Corte entende que o estagiário que atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, está sujeito a responsabilização por ato de improbidade administrativa.”

A propósito:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ESTAGIÁRIA. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO PRECONIZADO PELA LEI Nº 8.429/92. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, ora recorrente, contra Michele Pires Xavier, ora recorrida, objetivando a condenação por ato ímprobo, praticado quando a recorrida era estagiária da CEF, consistente na apropriação de valores que transferiu da conta de um cliente, utilizando, para tanto, senha pessoal de uma funcionária da CEF, auferindo um total de R\$ 11.121,27 (onze mil, cento e vinte e um reais e vinte e sete centavos).

2. O Juiz de 1º Grau julgou o pedido procedente.

3. O Tribunal *a quo* negou provimento aos Embargos Infringentes do ora recorrente, e assim consignou na decisão: “Por isso mesmo, não se pode considerar probó o contexto em que um estagiário possui poder semelhante ao de um agente público, reclamando cautela a imposição das reprimendas cominadas à improbidade administrativas a eventual excesso do estagiário.” (fl. 476).

4. Contudo, o conceito de agente público, constante dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.429/1992, abrange não apenas os servidores públicos, mas todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente

ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

5. Assim, o estagiário que atua no serviço público, ainda que transitoriamente, remunerado ou não, se enquadra no conceito legal de agente público preconizado pela Lei nº 8.429/1992. Nesse sentido: REsp. nº 495.933/RS, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2004, MC nº 21.122/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/3/2014.

6. Ademais, as disposições da Lei nº 8.429/1992 são aplicáveis também àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta, pois o objetivo da Lei de Improbidade é não apenas punir, mas também afastar do serviço público os que praticam atos incompatíveis com o exercício da função pública.

7. Recurso Especial provido (REsp. nº 1.352.035/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/09/2015).

Também nesse sentido, a decisão monocrática da lavra da Ministra Regina Helena Costa no REsp. nº 1.407.741/RS, publicada no DJe em 14/10/2016.

Com essas breves considerações, acompanho o Relator, Ministro Sérgio Kukina, para **negar provimento** ao agravo interno.

É o voto.

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.493/ BA (2009/0136194-7)**

RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA

AGRAVANTE: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

**VOTO-VENCIDO**  
**(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)**

1. Senhor Presidente, no meu entender, não há demonstração de situação que justifique colocar as duas estagiárias como agentes públicos. Não há justa causa nessa inicial.
2. Voto pelo provimento do Agravo Interno.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**  
**PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0136194-7

**PROCESSO ELETRÔNICO AgInt no REsp Nº 1.149.493/ BA**

Número Origem: 200733000084208

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 22/11/2016

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

PROCURADOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO: ADRIANA LACERDA SANTOS

ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –  
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

## **AGRAVO INTERNO**

**AGRAVANTE:** ADRIELI LIMA DE OLIVEIRA

**PROCURADOR:** DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

**AGRAVADO:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**INTERES.:** ADRIANA LACERDA SANTOS

**ADVOGADO:** SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS – SE000000M

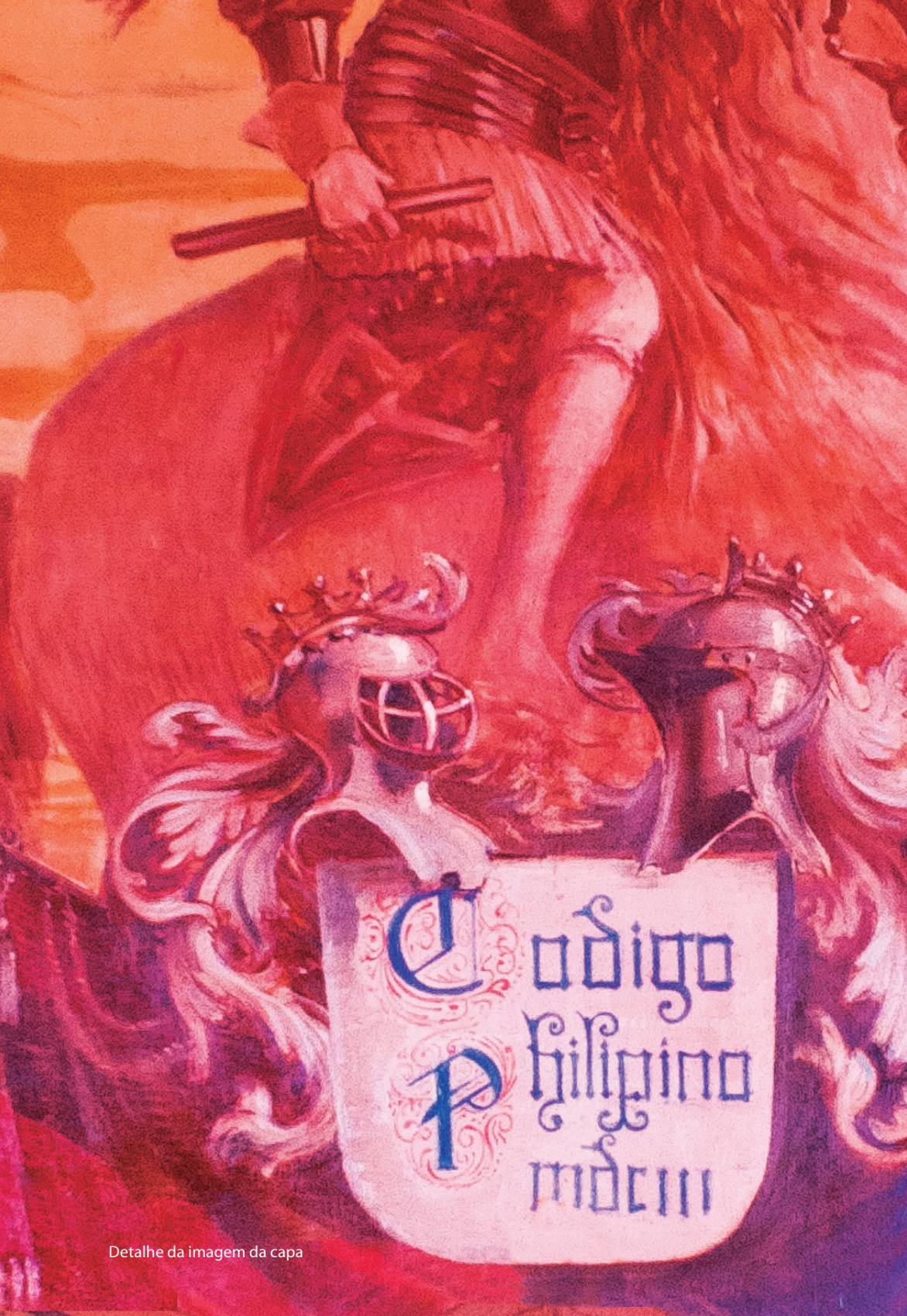
## **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) e Benedito Gonçalves (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

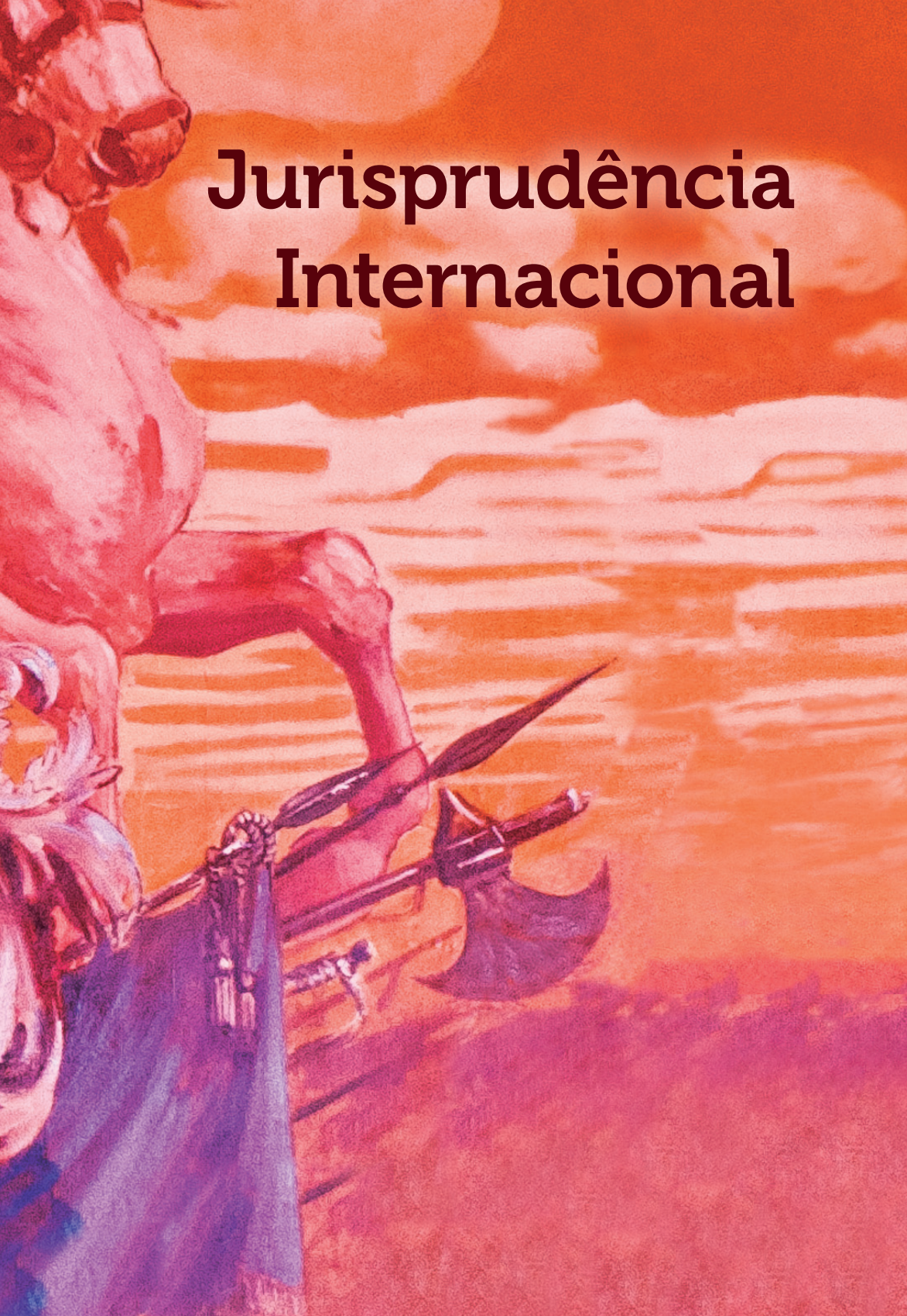




Detalhe da imagem da capa



# 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 FAVELA NOVA BRASÍLIA *VERSUS* BRASIL

**Sentença de 16 de fevereiro de 2017**  
**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *Favela Nova Brasília*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “este Tribunal”), constituída pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente em exercício;

Eduardo Vio Grossi, Vice-Presidente em exercício;

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 da maneira que se segue.

## SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

II- PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III- COMPETÊNCIA

IV- EXCEÇÕES PRELIMINARES

V- PROVA

VI- FATOS

VII- MÉRITO

VII-1- DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL

VII-2- DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

VII-3- DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA

VIII- REPARAÇÕES

IX- PONTOS RESOLUTIVOS

<sup>1</sup> 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.

## I

### INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. *O caso submetido à Corte.* – Em 19 de maio de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte o caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (*Favela Nova Brasília*) contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas [...] no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”. Alega-se que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “atas de resistência à prisão”. Alega-se também que, na incursão de 18 de outubro de 1994, três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Finalmente, alega-se que a investigação dos fatos mencionados teria sido realizada supostamente com o objetivo de estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força.

2. *Tramitação na Comissão.* O caso teve a seguinte tramitação na Comissão Interamericana.

a) *Petições.* – Em 3 de novembro de 1995 e em 24 de julho de 1996, a Comissão recebeu as petições apresentadas pelo *Centro pela Justiça e o Direito Internacional* (CEJIL) e pela *Human Rights Watch Americas*,<sup>2</sup> às quais foram atribuídos os números de caso 11.566 e 11.694.

b) *Relatórios de admissibilidade.* – Em 25 de setembro de 1998 e 22 de fevereiro de 2001, a Comissão emitiu, respectivamente, os Relatórios de Admissibilidade Nº 11.566 e 11.694. Posteriormente, ao emitir o Relatório de Mérito, a Comissão decidiu juntar esses dois casos e fazê-los tramitar em conjunto, atribuindo-lhes o número de caso 11.566, em conformidade com o artigo 29.1 de seu Regulamento, em virtude de ambos os casos versarem sobre fatos similares e, aparentemente, revelarem um mesmo padrão de conduta.

c) *Relatório de Mérito.* – Em 31 de outubro de 2011, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito Nº 141/11, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado “Relatório de Mérito”), no qual chegou a uma série de conclusões e formulou várias recomendações ao Estado.

i) *Conclusões.* – A Comissão chegou à conclusão de que o Estado era responsável internacionalmente:

<sup>2</sup> Posteriormente, o Instituto de Estudos da Religião (ISER) foi admitido como representante no procedimento perante a Comissão.

a. pela violação dos direitos consagrados no artigo 4.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Alberto dos Santos Ramos; Fábio Henrique Fernandes; Robson Genuíno dos Santos; Adriano Silva Donato; Evandro de Oliveira; Sérgio Mendes Oliveira; Ranílson José de Souza; Clemilson dos Santos Moura; Alexander Batista de Souza; Cosme Rosa Genoveva; Anderson Mendes; Eduardo Pinto da Silva; Anderson Abrantes da Silva; Márcio Félix; Alex Fonseca Costa; Jacques Douglas Melo Rodrigues; Renato Inácio da Silva; Ciro Pereira Dutra; Fábio Ribeiro Castor e Alex Sandro Alves dos Reis;

b. pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4.1 e 19 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de André Luiz Neri da Silva, Alex Vianna dos Santos, Alan Kardec Silva de Oliveira, Macmiller Faria Neves, Nilton Ramos de Oliveira Júnior e Wellington Silva;

c. pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5.2 e 11 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, e nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de L.R.J.;

d. pela violação dos artigos 5.2, 11 e 19 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de C.S.S. e J.F.C.;

e. pela violação dos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das vítimas identificadas no parágrafo 191 do Relatório de Mérito;<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Otacílio Costa, Beatriz Fonseca Costa; Bruna Fonseca Costa; Pedro Marciano dos Reis, Hilda Alves dos Reis; Rosemary Alves dos Reis; Geraldo José da Silva Filho; Georgina Abrantes; Maria da Glória Mendes; Paulo Cesar da Silva Porto; Valdemar da Silveira Dutra; Geni Pereira Dutra; Waldomiro Genoveva, Ofélia Rosa, Rosane da Silva Genoveva; o filho de Cosme Rosa Genoveva; Daniel Paulino da Silva; Georgina Soares Pinto; Cesar Braga Castor, Vera Lúcia Ribeiro Castor; "Michele"; o filho de Fábio Ribeiro Castor; José Rodrigues do Nascimento, Dalvaci Melo Rodrigues, Mônica Rodrigues, Evelin Rodrigues, Prícila da Silva Rodrigues, Samuel da Silva Rodrigues, Lucas Abreu da Silva, Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues, Adriana Melo Rodrigues; Roseleide Rodrigues do Nascimento; Paulo Roberto Felix; Nilton Ramos de Oliveira, Maria da Conceição Sampaio de Oliveira; Vinicius Ramos de Oliveira; Ronaldo Inácio da Silva, Shirley de Almeida; Catia Regina Almeida da Silva; Vera Lúcia Jacinto da Silva; Norival Pinto Donato; Célia da Cruz Silva; Zeferino Marques de Oliveira, Aline da Silva; Efigênia Margarida Alves; Alcidez Ramos, Cirene dos Santos, "Graça", Thiago Ramos, Alberto Ramos, Maria das Graças Ramos da Silva, Rosiane dos Santos;

f. pela violação dos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, e do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

ii) *Recomendações.* – A Comissão, conseqüentemente, recomendou ao Estado o seguinte:

a. conduzir uma investigação exaustiva, imparcial e efetiva das violações descritas no Relatório de Mérito, em prazo razoável, por autoridades judiciais independentes da polícia, com vistas a determinar a verdade e punir os responsáveis. A investigação levará em conta os vínculos existentes entre as violações de direitos humanos descritas no Relatório e o padrão de uso excessivo da força letal por parte da polícia. Também considerará as possíveis omissões, atrasos, negligências e obstruções na justiça provocadas por agentes do Estado;

b. adotar todas as medidas necessárias para garantir uma compensação adequada e completa, tanto pelos danos morais como pelos danos materiais ocasionados pelas violações descritas no Relatório, em favor de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., e das vítimas citadas no parágrafo 191 do Relatório;

c. eliminar imediatamente a prática de registrar automaticamente as mortes provocadas pela polícia como “resistência à prisão”;

d. erradicar a impunidade da violência policial em geral, adaptando a legislação interna, os regulamentos administrativos, os procedimentos e os planos operacionais das instituições com competência em políticas de segurança cidadã, a fim de garantir que sejam capazes de prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos humanos decorrente dos atos de violência cometidos por agentes do Estado;

---

Vera Lúcia dos Santos de Miranda; Diogo Vieira dos Santos, Helena Vianna, Adriana Vianna dos Santos, Sandro Vianna dos Santos; Alessandra Vianna dos Santos; João Batista de Souza; Josefa Maria de Souza; Lúcia Helena Neri da Silva; Joyce Neri da Silva Dantas; João Alves de Moura; Eva Maria dos Santos Moura; Nilcéia de Oliveira; Valdenice Fernandes Vieira, Neuza Ribeiro Raymundo; Eliane Elene Fernandes Vieira; Edson Faria Neves, Edna Ribeiro Raimundo Neves; Mac Laine Faria Neves; Francisco José de Souza, Martinha Martino de Souza, Luiz Henrique de Souza; Ronald Marcos de Souza; José Francisco Sobrinho, Maria de Lourdes Genuíno, Rogério Genuíno dos Santos, Jucelena Rocha dos Santos; Robson Genuíno dos Santos Júnior; Sérgio Rosa Mendes e Sônia Maria Mendes.



e. estabelecer sistemas de controle e prestação de contas internos e externos para tornar efetivo o dever de investigar, com uma perspectiva de gênero e étnico-racial, todos os casos em que os agentes da ordem utilizam a força letal e/ou a violência sexual, e fortalecer a capacidade institucional de órgãos independentes de supervisão, inclusive os órgãos forenses, para enfrentar o padrão de impunidade dos casos de execuções extrajudiciais por parte da polícia;

f. implementar planos para modernizar e profissionalizar as forças policiais, assegurando a responsabilização por abusos do passado, mediante a expulsão de conhecidos perpetradores dos órgãos de segurança do Estado, bem como de outros cargos de autoridade, e realizando ajustes em sua filosofia institucional, com vistas a cumprir as normas e princípios internacionais de direitos humanos relativos à segurança cidadã;

g. capacitar adequadamente o pessoal policial sobre como tratar de maneira efetiva e eficiente as pessoas oriundas dos setores mais vulneráveis da sociedade, inclusive as crianças, as mulheres e os residentes de favelas, buscando superar o estigma de que todos os pobres são criminosos;

h. regulamentar legalmente, tanto no aspecto formal como no material, os procedimentos policiais que envolvam uso legítimo da força, estipulando expressamente que só se pode recorrer a esse extremo como último recurso, e que o uso da força deve se inspirar nos princípios de excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade. A esse respeito, o Estado levará em conta, entre outros, os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre o Emprego da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei e os Princípios das Nações Unidas Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação das Execuções Extralegais, Arbitrárias ou Sumárias.

d) *Notificação ao Estado.* – O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 19 de janeiro de 2012, e nele foi concedido um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Após a concessão de dois adiamentos, a Comissão determinou que o Estado não havia avançado de maneira concreta no cumprimento das recomendações.

3. *Apresentação à Corte.* – Em 19 de maio de 2015, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte, “diante da necessidade de obtenção de justiça”, os fatos e as violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito.<sup>4</sup> 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 pelo Estado,<sup>5</sup> sem prejuízo de que o Estado pudesse aceitar a competência da Corte para conhecer da totalidade do caso, em conformidade com o disposto no artigo 62.2 da Convenção.

4. *Solicitações da Comissão Interamericana.* – Com base no acima exposto, a Comissão Interamericana solicitou a este Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações constantes do Relatório de Mérito, e que se ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, as recomendações que figuram no referido Relatório (par. 2 *supra*).

## II

### PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. *Notificação ao Estado e aos representantes.* – A apresentação do caso pela Comissão foi notificada ao Estado e aos representantes em 12 de junho de 2015.

6. *Escrito de petições, argumentos e provas.* – Em 17 de agosto de 2015, os representantes apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento da Corte.<sup>6</sup> Nesse escrito, os representantes concordaram com as

<sup>4</sup> A Comissão Interamericana designou como delegados o Comissário Felipe González e o Secretário Executivo Emilio Álvarez Icaza L., e como assessoras jurídicas, Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, advogada da Secretaria Executiva.

<sup>5</sup> Entre essas ações e omissões encontram-se: 1) a forma inadequada em que foram realizadas as investigações, com o objetivo de responsabilizar as vítimas falecidas, e não para cumprir o ônus de verificar a legitimidade do uso da força letal; 2) o descumprimento dos deveres de devida diligência e prazo razoável a respeito da investigação e punição da morte das 26 pessoas, no âmbito de ambas as incursões policiais, bem como a respeito dos atos de tortura e violência sexual sofridos por três vítimas no âmbito da primeira incursão; 3) a omissão na reabertura das investigações pelos atos de tortura e violência sexual, em relação aos quais prescreveu a ação penal, apesar de se tratar de graves violações de direitos humanos.

<sup>6</sup> Os representantes solicitaram à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pelo seguinte: 1) pela violação das garantias judiciais e da proteção judicial, protegida nos artigos 25 e 8 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas falecidas, relativamente aos fatos do presente caso. A responsabilidade do Estado deve ser agravada, levando-se em conta as violações cometidas posteriormente ao Relatório de Mérito da Comissão, bem como os danos provocados no que se refere ao direito de acesso das vítimas à justiça internacional; 2) pela violação do direito à integridade pessoal consagrada no artigo 5 da Convenção em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas diretas. Também solicitaram que se considerasse a responsabilidade agravada em atenção ao sofrimento provocado pelo Estado posteriormente ao Relatório de Mérito da Comissão; 3) pela violação dos direitos de proteção judicial e das garantias judiciais, bem como da integridade pessoal, estabelecidos nos artigos 25, 8 e 5 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, e 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S e J.F.C., em virtude da impunidade em que se encontram os atos de tortura sexual. Além disso, solicitaram que essa responsabilidade seja qualificada como agravada em relação aos direitos das crianças, artigo 19 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das meninas C.S.S. (15 anos) e J.F.C. (16 anos); e 4) pela violação do

alegações da Comissão e apresentaram alegações adicionais a respeito da violação do artigo 22.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C. Também, por meio de seus representantes, as supostas vítimas solicitaram fazer uso do Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas da Corte Interamericana (doravante denominado “Fundo de Assistência Jurídica”).

7. *Escrito de contestação.* – Em 9 de novembro de 2015, o Estado apresentou o escrito de exceções preliminares, contestação à apresentação do caso e observações sobre o escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “contestação” ou “escrito de contestação”),<sup>7</sup> nos termos do artigo 41 do Regulamento do Tribunal. O Estado interpôs sete exceções preliminares e se opôs às violações alegadas.

8. *Uso do Fundo de Assistência Jurídica.* – Mediante resolução do Presidente em exercício da Corte para o presente caso (doravante denominado “Presidente”), de 3 de dezembro de 2015, declarou-se procedente a solicitação interposta pelas supostas vítimas, por meio de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência Jurídica.<sup>8</sup>

9. *Observações sobre as exceções preliminares.* – Em 12 de janeiro de 2016, os representantes e a Comissão apresentaram suas observações sobre as exceções preliminares e solicitaram que fossem julgadas improcedentes.

10. *Audiência pública.* – Mediante resoluções do Presidente da Corte, de 4 de agosto de 2016<sup>9</sup> e 16 de setembro de 2016,<sup>10</sup> e a resolução da Corte, de 10 de outubro de 2016,<sup>11</sup> convocaram-se as partes e a Comissão para uma audiência pública sobre exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas e para ouvir as alegações e as observações finais orais das partes e da Comissão, respectivamente. Também se ordenou o recebimento do depoimento de duas supostas vítimas e três peritos propostos pelos representantes, pelo Estado e pela Comissão. Do mesmo modo, nessas resoluções, ordenou-se o recebimento dos depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública (doravante denominados “declarações juramentadas” ou *affidavit*) de 18 supostas vítimas, uma testemunha e 12 peritos propostos pelas partes e pela Comissão. A audiência pública foi realizada em 12 e 13 de outubro de 2016, no decorrer do 56º Período Extraordinário de Sessões da Corte, em Quito, Equador.<sup>12</sup>

---

dever de garantia em relação ao direito de circulação e residência, artigo 22.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

<sup>7</sup> O Estado designou como agente no presente caso Fernando Jacques de Magalhães Pimenta, e como agentes suplentes Pedro Marcos de Castro Saldanha, Bruna Mara Liso Gagliardi, Boni de Moraes Soares, Giordano da Silva Rosseto, Aline Albuquerque Sant’ Anna de Oliveira, Rodrigo de Oliveira Moraes, Luciana Peres, Felipe Derbli de Carvalho Baptista e Andrea Sepúlveda.

<sup>8</sup> Cf. *Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil*. Resolução do Presidente em exercício da Corte Interamericana, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/cosme\\_fv\\_15.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/cosme_fv_15.pdf).

<sup>9</sup> Resolução do Presidente em exercício da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 4 de agosto de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva\\_04\\_08\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva_04_08_16.pdf).

<sup>10</sup> Resolução do Presidente em exercício da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 16 de setembro de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva\\_16\\_09\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva_16_09_16.pdf).

<sup>11</sup> Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 10 de outubro de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva\\_10\\_10\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/genoveva_10_10_16.pdf).

<sup>12</sup> A essa audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: o Comissário Francisco Eguiguren Praeli e a advogada da Secretaria Executiva Sílvia Serrano Guzmán; b) pelos representantes das supostas

11. *Amici curiae*. – O Tribunal recebeu quatro escritos de *amici curiae*, apresentados: 1) pela Defensoria Pública da União,<sup>13</sup> sobre os níveis alarmantes de violência policial contra a população pobre e afrodescendente no Brasil, que violariam vários direitos consagrados na Convenção Americana e nos demais instrumentos do Sistema Interamericano; 2) pelo Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro,<sup>14</sup> sobre o padrão sistemático de violência sexual contra a mulher no Brasil; 3) pelo Instituto HEGOA, Universidade do País Basco,<sup>15</sup> sobre a avaliação de danos e medidas de reparação em casos de violência sexual cometida por agentes do Estado em contextos de grande vulnerabilidade e diversidade cultural. Além disso, oferecer uma análise do impacto da violência sexual, das consequências da impunidade para as vítimas e das condições para evitar a vitimização secundária ou a revitimização destas nos processos de investigação e judicialização; e 4) pelo Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo,<sup>16</sup> sobre os elementos que mostram a existência de um padrão de violência de direitos humanos por parte do Estado, especificamente por meio da violência policial e do uso excessivo da força.

12. *Alegações e observações finais escritas*. – Em 11 de novembro de 2016, os representantes e o Estado remeteram, respectivamente, suas alegações finais escritas, bem como determinados anexos, e a Comissão apresentou suas observações finais escritas.

13. *Observações das partes e da Comissão*. – Em 15 de novembro de 2016, a Secretaria da Corte remeteu os anexos das alegações finais escritas e solicitou ao Estado e à Comissão as observações que julgasse pertinentes. Mediante comunicação de 24 de novembro de 2016, o Estado remeteu as observações solicitadas. A Comissão não apresentou observações.

---

vítimas: Pedro Strozemberg, Antônio Pedro Belchior, Carolina Cooper, Viviana Krsticevic, Francisco Quintana, Alejandra Vicente, Beatriz Affonso, Helena Rocha, Erick Vieira e Elsa Meany; e c) pelo Estado: Pedro Murilo Ortega Terra, Boni Moraes Soares, Bruna Mara Liso Gagliardi e Luciana Peres.

<sup>13</sup> O escrito foi assinado por Carlos Eduardo Barbosa Paz, Edson Rodrigues Marques, Pedro de Paula Lopes Almeida e Isabel Penido de Campos Machado. Com respeito a esse escrito, o Estado aduziu que o *amicus curiae* apresentado pela Defensoria Pública da União desvirtua a figura do *amicus curiae*, ao considerar que não consta do escrito uma análise técnica e imparcial ao referir-se à competência temporal e material da Corte, à admissibilidade do caso e às considerações sobre o mérito, e ao apresentar solicitações. A Corte observa que os argumentos do Estado carecem de fundamento, motivo por que o referido escrito será considerado na medida em que ofereça ao Tribunal “fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo”, conforme preceitua o artigo 2.3 de seu Regulamento.

<sup>14</sup> O escrito foi assinado por Márcia Nina Bernardes e Andrea Schettini.

<sup>15</sup> O escrito foi assinado por Carlos Martín Birstain e Irantzu Mendia Azkue. Em relação a esse documento, o Estado alegou que o escrito apresentado pelo Instituto HEGOA, da Universidade do País Basco, não cumpre o artigo 2.3 do Regulamento da Corte, porquanto “um dos autores foi convidado a realizar peritagem sobre o impacto psicossocial das vítimas de violência sexual”. A esse respeito, a Corte não levará em consideração o escrito apresentado na qualidade de *amicus curiae* pelo Instituto HEGOA, pois, efetivamente, um de seus autores foi proposto como perito pelos representantes, solicitação que foi rechaçada pelo Pleno da Corte. O escrito de *amicus curiae* se refere ao mesmo objeto da peritagem oferecida pelos representantes. Nesse sentido, o escrito não reflete o interesse de uma terceira parte no processo, caracterizando antes uma intenção de ignorar a decisão do Pleno da Corte de não aceitar a peritagem proposta pelos representantes.

<sup>16</sup> O escrito foi assinado por Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes, Carlos Weis, Davi Quintanilha Failde de Azevedo, Daniela Shromov de Albuquerque e Letícia Alves Bueno Pereira.

14. *Despesas financiadas pelo Fundo de Assistência Jurídica.* – Em 16 de dezembro de 2016, a Secretaria, atendendo a instruções do Presidente da Corte, enviou informação ao Estado sobre as despesas efetuadas com recursos do Fundo de Assistência Jurídica 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 não apresentou observações no prazo concedido para essa finalidade.

15. *Prova superveniente.* – Em 3 de outubro de 2016, os representantes apresentaram um anexo como prova documental superveniente.

16. *Deliberação do presente caso.* – A Corte iniciou a deliberação da presente Sentença em 16 de fevereiro de 2017.

### III COMPETÊNCIA

17. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, em virtude de o Brasil ser Estado-Parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992, e de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, sem prejuízo do que será analisado no capítulo seguinte.

### IV EXCEÇÕES PRELIMINARES

18. Em seu escrito de contestação, o Estado apresentou sete exceções preliminares sobre: A) a inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito da Comissão; B) a incompetência *ratione personae* quanto a vítimas não identificadas ou sem reapresentação; C) a incompetência *ratione temporis* a respeito de 9 atos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte e em relação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); D) a incompetência *ratione materiae*, por violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano (fórmula da quarta instância); E) a incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como na Convenção de Belém do Pará; F) falta de esgotamento prévio de recursos internos; e G) a inobservância do prazo razoável para submeter à Corte a pretensão de investigação criminal.

19. Para resolver as exceções suscitadas pelo Estado, a Corte lembra que se considerarão exceções preliminares unicamente os argumentos que tenham ou poderiam ter exclusivamente essa natureza, atendendo a seu conteúdo e finalidade, ou seja, que, caso fossem resolvidas favoravelmente, impediriam a continuação do procedimento ou

o pronunciamento sobre o mérito.<sup>17</sup> A Corte tem reiterado o critério de que, por meio de uma exceção preliminar, se apresentam objeções relacionadas com a admissibilidade de um caso ou com sua competência para conhecer de um determinado assunto, ou parte dele, seja em razão da pessoa ou da matéria, seja em virtude do tempo ou do lugar.<sup>18</sup>

20. A seguir, a Corte procederá à análise das exceções preliminares aludidas, na ordem em que foram apresentadas pelo Estado.

## **A. Inadmissibilidade do caso em virtude da publicação do Relatório de Mérito pela Comissão**

### **A.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes**

21. O *Estado* ressaltou que a publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito N° 141/11, de 31 de janeiro de 2011, antes do envio do caso à Corte, violou o artigo 51 da Convenção Americana, uma vez que esse artigo é claro ao autorizar a Comissão a emitir o Relatório definitivo e, eventualmente, publicá-lo ou submetê-lo à jurisdição da Corte, mas de maneira alguma a autoriza a 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 a Comissão retire de sua página eletrônica o Relatório aludido.

22. A *Comissão* salientou 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. Salientou, além disso, que o Relatório emitido em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana, constitui um relatório preliminar e de natureza confidencial, o que pode dar lugar a duas ações: submeter o caso à Corte Interamericana ou proceder a sua eventual publicação. No presente caso, após a apresentação do caso à Corte, a Comissão publicou o Relatório Final, fato que não violou a Convenção. Finalmente, a Comissão destacou que o Estado não apresentou nenhum elemento probatório sobre essa suposta publicação indevida.

23. Os *representantes* declararam que a petição de inadmissibilidade baseada na publicação do Relatório de Mérito não constitui uma exceção preliminar, razão pela qual não cabe ser analisada. Salientaram que, ao manifestar sua objeção sobre esse ponto, o Estado não apresentou nenhum argumento que dê origem à possibilidade de excluir a competência da Corte. Além disso, acrescentaram que a Corte tem a atribuição de exercer um controle da legalidade das ações da Comissão, sempre que haja um grave erro nessas ações, que viole o direito de defesa das partes, caso em que compete à parte que afirma a irregularidade demonstrar o prejuízo, não sendo suficiente, portanto, apresentar uma queixa ou discrepância de critérios em relação ao executado pela Comissão.

<sup>17</sup> Cf. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C N° 213, par. 35; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C N° 318, par. 18.

<sup>18</sup> Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000, Série C N° 67, par. 34; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 18.

## A.2. Considerações da Corte

24. É interpretação reiterada deste Tribunal que os artigos 50 e 51 da Convenção aludem a dois relatórios de natureza distinta, o primeiro identificado como relatório preliminar e o segundo como definitivo, razão pela qual cada um corresponde a etapas diferentes.<sup>19</sup>

25. O relatório preliminar responde à primeira etapa do procedimento e está previsto no artigo 50 da Convenção, que dispõe que a Comissão, caso não chegue a uma solução, redigirá um relatório, que será encaminhado ao Estado interessado, em que exporá os fatos e suas conclusões. Esse documento é de caráter preliminar, motivo por que será encaminhado na qualidade de reservado ao Estado, a fim de que adote as proposições e recomendações da Comissão e solucione o problema apresentado. A qualidade de preliminar e reservado do documento faz com que o Estado não tenha a faculdade de publicá-lo, razão pela qual, em observância aos princípios de igualdade e equilíbrio processual das partes, é razoável considerar que tampouco é possível à Comissão, material e juridicamente, publicar esse relatório preliminar.<sup>20</sup>

26. A Corte chama a atenção para o fato de que, uma vez transcorrido o prazo de três meses, caso o assunto não tenha sido solucionado pelo Estado ao qual se dirigiu o relatório preliminar, atendendo às propostas nele formuladas, a Comissão está autorizada a, nesse período, decidir se apresenta o caso à Corte mediante a apresentação do relatório previsto no artigo 50 da Convenção, ou se procede à publicação do Relatório, de acordo com o artigo 51.<sup>21</sup>

27. Nesse sentido, o relatório previsto no artigo 50 pode ser publicado, desde que isso ocorra após a apresentação do caso à Corte. Isso em razão de que, nesse momento do procedimento, o Estado já conhece de seu conteúdo e teve a oportunidade de cumprir as recomendações. Desse modo, não se pode considerar violado o princípio de equilíbrio processual entre as partes. Essa tem sido a prática reiterada da Comissão por muitos anos, em especial desde a reforma de seu Regulamento, em 2009.

28. No presente caso, o Estado afirmou que a Comissão publicou em sua página eletrônica, antes do envio à Corte, o Relatório Nº 141/2011. A esse respeito, a Corte observa que o Estado cita um *link* eletrônico com acesso datado de 23 de outubro de 2015, ou seja, posterior à apresentação do caso, que ocorreu em 19 de maio de 2015. O Estado não demonstrou sua afirmação relativa a que a publicação do Relatório de Mérito do presente caso tenha se dado de maneira diferente do especificado pela Comissão ou de maneira contrária ao estabelecido na Convenção Americana.

29. Em vista do acima exposto, a Corte considera que a alegação estatal é improcedente.

<sup>19</sup> Cf. *Parecer Consultivo OC-13/93, Certas atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, 16 de julho de 1993, par. 53.

<sup>20</sup> Cf. *Parecer Consultivo OC-13/93*, par. 48.

<sup>21</sup> Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 25 a 27.

## B. Alegada incompetência *ratione personae* a respeito de algumas supostas vítimas

### B.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

30. O *Estado* alegou que os petionários apresentaram 38 procurações de familiares de supostas vítimas enumeradas no Relatório N° 141/11; em alguns casos, há incongruências entre os nomes relacionados no referido Relatório e no escrito de petições e argumentos, e em alguns casos não foi possível comprovar o vínculo de parentesco entre o representado e as supostas vítimas. Acrescentou que a Corte deve analisar os fatos alegados em relação às supostas vítimas devidamente representadas perante o Tribunal, e que figuram no Relatório N° 141/11 (o Estado relacionou os nomes das supostas vítimas que considerou devidamente identificadas ou bem representadas<sup>22</sup> e aqueles em que julgou haver incongruência<sup>23</sup>).

31. Também ressaltou que os representantes devem apresentar a procuração outorgada por seu representado ou seu familiar, na qual constarão a manifestação clara da vontade, a identificação da pessoa a quem se outorga a procuração e a indicação, de forma precisa, do objeto da reapresentação. O Estado salientou que, mesmo nos casos em que os representantes cumpriram os requisitos mínimos exigidos pela Corte, persistem problemas de identificação de algumas supostas vítimas que estão representadas, e que essa falta de certeza gera insegurança jurídica.

32. A *Comissão* salientou que questões relativas à identificação das supostas vítimas de um caso não constituem exceções preliminares. Lembrou que, em seu Relatório de Mérito, identificou tanto as 26 vítimas mortas extrajudicialmente e as

<sup>22</sup> Familiar de Alberto dos Santos Ramos: Vera Lúcia Santos de Miranda (irmã); familiares de Alex Vianna dos Santos: Helena Vianna (mãe); Adriana Vianna dos Santos (irmã); Alessandra Viana Vieira (mãe); familiar de André Luiz Neri da Silva: Joyce Neri da Silva Dantas (irmã); familiares de Clemilson dos Santos Moura: João Alves de Moura (pai); Eva Maria dos Santos Moura (mãe); familiares de Macmiller Faria Neves: Edson Faria Neves (pai); Mac Laine Faria Neves (irmã); familiares de Robson Genuíno dos Santos: Robson Genuíno dos Santos Júnior [filho]; Rogerio Genuíno dos Santos (irmão); suposta vítima L.R.J.; familiares de Alex Fonseca Costa: Otacílio Costa (pai); Beatriz Fonseca Costa (mãe); Bruna Fonseca Costa (irmã); familiares de Ciro Pereira Dutra: Geni Pereira Dutra (mãe); familiares de Cosme Rosa Genoveva: Océlia Rosa (mãe); Rosane da Silva Genoveva (esposa); Diego da Silva Genoveva (filho); familiares de Fábio Ribeiro Castor: Cesar Braga Castor (pai); Vera Lúcia Ribeiro Castor (mãe); William Mariano dos Santos (filho); familiares de Jacques Douglas Melo Rodrigues: Dalvací Melo Rodrigues (mãe); Mônica Santos de Souza Rodrigues (esposa); Evelyn Santos de Souza Rodrigues (filha), Adriana Melo Rodrigues (irmã); Rosileide Rodrigues do Nascimento (irmã); Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues (irmã); familiares de Renato Inácio da Silva: Shirley de Almeida (mãe), Catia Regina Almeida da Silva (irmã).

<sup>23</sup> Maria das Graças da Silva (suposta companheira de Alberto dos Santos Ramos): os representantes não apresentaram prova da relação afetiva entre Maria das Graças da Silva e a vítima; Thiago da Silva (suposto filho de Alberto dos Santos Ramos): não há documento que estabeleça o vínculo familiar; Alberto da Silva (suposto filho de Alberto dos Santos Ramos): não há documento que estabeleça o vínculo; Roseane dos Santos (suposta irmã de Alberto dos Santos Ramos): não consta o nome dos pais, motivo por que não se pode estabelecer o vínculo; Jucelena Rocha dos Santos Ribeiro de Souza (suposta companheira de Robson Genuíno dos Santos): não há documento que comprove a união com a suposta vítima; Michelle Mariano dos Santos (suposta companheira de Fábio Ribeiro Castor): não há comprovante da união com a vítima; Prícila da Silva Rodrigues (suposta companheira de Jacques Douglas Melo Rodrigues): não há prova da união com a vítima; Samuel da Silva Rodrigues (suposto filho de Jacques Douglas Melo Rodrigues): não há prova do vínculo familiar.



três vítimas de violência sexual como os 82 familiares das vítimas. Observou que, embora o artigo 35.1 do Regulamento determine que o Relatório deva identificar as vítimas, essa regra não é de caráter absoluto, pois o artigo 35.2 mostra a existência de situações especiais em que isso não é possível. Acrescentou que, conforme o artigo 44 da Convenção Americana, não contar com uma procuração de representação não pode constituir razão para que uma pessoa não seja identificada e declarada vítima em um caso individual. Finalmente, considerou que cabe à Corte Interamericana determinar se entende que as vítimas que não outorgaram procuração se encontram razoavelmente representadas pelos atuais representantes ou se, para as etapas posteriores do processo, cabe dispor alguma determinação para solucionar a questão de sua representação por meio da Defensoria Pública Interamericana.

33. Os *representantes* afirmaram que as inconsistências referentes aos nomes das vítimas incluídas no Relatório de Mérito e no escrito de petições e argumentos não constituem uma exceção preliminar *per se*, mas uma questão de mérito.<sup>24</sup> Nesse sentido, os representantes sustentaram que a norma da Corte para identificar uma vítima é a de “estar razoavelmente identificada”, o que se cumpriria plenamente no presente caso. Além disso, lembraram a reiterada jurisprudência da Corte, que considera adequadamente identificadas as vítimas a que se faz referência em documento expedido por autoridade competente, por exemplo, uma certidão de nascimento ou um “livro de família”, apresentado ao Tribunal. Além disso, ressaltaram que a Corte deve levar em conta que, no presente caso, os representantes apresentaram documentos oficiais da maioria das vítimas, emitidos por órgãos públicos do Brasil. Embora alguns desses documentos apresentem deficiências, estas são atribuíveis ao Estado, que não poderia alegar sua própria negligência para excluir as vítimas.

34. Os representantes também justificaram que não foi possível identificar algumas supostas vítimas dos fatos do caso por se tratar de casos de violações em massa de um grupo. Mencionaram que a Corte aplicou essa exceção em diversos casos nos quais não foi possível a individualização das vítimas, dada a natureza das violações, entre outros. Finalmente, consideraram que, devido: a) ao tempo transcorrido desde os fatos; b) à natureza coletiva das violações; e c) a outros fatores de contexto, deve-se aplicar o artigo 35.2 do Regulamento.

## B.2. Considerações da Corte

35. A Corte observa que o Estado apresentou diversas objeções à lista de 38 procurações de supostas vítimas mencionadas no Relatório de Mérito e considerou que apenas 30 supostas vítimas estariam devidamente representadas, identificadas e mencionadas nesse Relatório.

36. Com relação à identificação das supostas vítimas, a Corte lembra que o artigo 35.1 de seu Regulamento dispõe que o caso lhe será submetido mediante

<sup>24</sup> *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C Nº 282, par. 77.

a apresentação do Relatório de Mérito, no qual deverá figurar a identificação das supostas vítimas. Cabe, pois, à Comissão identificar com precisão e na devida oportunidade processual as supostas vítimas num caso perante a Corte,<sup>25</sup> uma vez que, após o Relatório de Mérito, não é possível acrescentar novas supostas vítimas, salvo nas circunstâncias excepcionais contempladas no artigo 35.2 do mencionado Regulamento, segundo o qual, quando se justifique que não foi possível identificar algumas supostas vítimas dos fatos do caso, por tratar-se de casos de violações em massa ou coletivas, o Tribunal decidirá, oportunamente, se as considera vítimas, de acordo com a natureza da violação.<sup>26</sup>

37. Dessa forma, a Corte avaliou a aplicação do artigo 35.2 do Regulamento com base nas características particulares de cada caso<sup>27</sup> e o aplicou em casos de violações em massa ou coletivas, com dificuldades para identificar ou contatar todas as supostas vítimas, por exemplo, devido à presença de um conflito armado,<sup>28</sup> de deslocamento<sup>29</sup> ou da queima dos corpos das supostas vítimas,<sup>30</sup> ou em casos em que famílias inteiras desapareceram e não haveria ninguém que pudesse falar por elas.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98; e *Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C Nº 275, par. 23.

<sup>26</sup> *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 48; e *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. 50.

<sup>27</sup> Cumpre salientar que a Corte aplicou o artigo 35.2 de seu Regulamento nos seguintes casos: *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250; *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C Nº 251; *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; *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C Nº 270; *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; *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C Nº 318; e *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. Do mesmo modo, rechaçou sua aplicação nos seguintes casos: *Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C Nº 234; *Caso Defensor de Direitos Humanos e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Série C Nº 283; *Caso García e familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C Nº 258; *Caso Suárez Peralta Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de maio de 2013. Série C Nº 261; *Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C Nº 275; *Caso Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C Nº 285; *Caso Argüelles e outros Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 288; *Caso Canales Huapaya e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2015. Série C Nº 296; *Caso Flor Freire Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C Nº 315; e *Caso I.V. Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C Nº 329.

<sup>28</sup> Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala*, par. 48; e *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis)*, par. 41.

<sup>29</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros*, par. 30; e *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis)*, par. 41.

<sup>30</sup> Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos*, par. 50.

<sup>31</sup> Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro*, par. 48.

Também levou em conta a dificuldade de acesso à área onde ocorreram os fatos,<sup>32</sup> a falta de registros a respeito dos habitantes do lugar<sup>33</sup> e o transcurso do tempo,<sup>34</sup> além de características particulares das supostas vítimas do caso, por exemplo, quando estas constituíram clãs familiares com nomes e sobrenomes similares,<sup>35</sup> ou quando se tratava de migrantes.<sup>36</sup> Do mesmo modo, considerou a conduta do Estado, por exemplo, quando há alegações de que a falta de investigação contribuiu para a incompleta identificação das supostas vítimas,<sup>37</sup> e em um caso de escravidão.<sup>38</sup>

38. No presente caso, a Corte observa que se identificaram 26 vítimas falecidas e três vítimas de violência sexual e estupro. Embora se registrem problemas quanto à identificação dos supostos familiares de algumas das vítimas, que poderiam justificar-se em virtude: i) do contexto do caso; ii) da natureza coletiva da violação dos direitos humanos; iii) da falta de documentos de identidade; iv) do período de 22 anos transcorridos desde a primeira incursão policial; e v) de alguns atos de omissão de registro atribuíveis ao Estado.

39. A Corte considera que a argumentação dos representantes com relação ao contexto, à violação coletiva e ao tempo transcorrido desde as incursões policiais, em 1994 e 1995, não pode ser considerada suficiente para aplicar a exceção prevista no artigo 35.2 do Regulamento da Corte.

40. Quanto à natureza das violações, o presente caso se refere à suposta violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, e não às execuções extrajudiciais e aos estupros cometidos por agentes públicos. O fato de que as incursões policiais de 1994 e 1995 tenham resultado na morte de 26 pessoas e no estupro de três mulheres foi aceito pelo Estado, o que não exime os representantes de identificar os familiares dessas vítimas, que, por seu próprio direito, seriam supostas vítimas de violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. É indesculpável que, passados 22 anos da ocorrência dos fatos e 21 de tramitação na Comissão, unicamente ao apresentar seu escrito de petições e argumentos, os representantes tenham enviado uma lista mais completa dos familiares. O fato de que a tramitação na Comissão tenha tido longa duração deveria ter permitido aos representantes recolher essa informação e apresentá-la oportunamente à Comissão. Tampouco ficam claras, no presente caso, dificuldades de tal dimensão que pudessem ter impedido pelo menos a identificação dos familiares das pessoas falecidas em 1994 e 1995. Por todo o exposto, a Corte acolhe parcialmente a exceção preliminar do Estado e considerará como supostas vítimas no presente caso unicamente as pessoas identificadas e arroladas no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana.

<sup>32</sup> Cf. *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis)*, par. 41.

<sup>33</sup> Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos*, par. 50; e *Caso do Massacre de Rio Negro*, par. 48.

<sup>34</sup> Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro*, par. 51; e *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis)*, par. 41.

<sup>35</sup> Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro*, par. 48.

<sup>36</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros*, par. 30.

<sup>37</sup> Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro*, par. 48; e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos*, par. 50.

<sup>38</sup> Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 48.

41. Por outro lado, a Corte considera que os familiares das supostas vítimas estão razoavelmente representados pelo CEJIL e pelo ISER, de maneira que não prospera a exceção *rationae personae* do Estado sobre a suposta falta de outorga de procurações aos representantes.

42. Finalmente, a Corte julga improcedente a exceção preliminar relacionada à suposta falta de relação de algumas supostas vítimas com os fatos do caso, já que essa questão está relacionada com o mérito do assunto.

### **C. Incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte e em relação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**

#### **C.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes**

43. O *Estado* informou que formalizou sua adesão à Convenção Americana em 1992 e reconheceu a jurisdição da Corte em 10 de dezembro de 1998. Por conseguinte, a Corte só pode conhecer de casos iniciados depois dessa aceitação. Ressaltou que as supostas violações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) devem ser analisadas no âmbito da declaração de aceitação da jurisdição da Corte pelo Estado brasileiro, considerando que os atos denunciados foram, com efeito, instantâneos, e o Tribunal não tem competência *ratione temporis* para analisar atos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Acrescentou que a interpretação da Comissão e dos representantes não considera a soberania estatal e viola o regime especial da declaração com limitação temporal estabelecido no artigo 62.2 da Convenção Americana.

44. Segundo o Estado, a incompetência *ratione temporis* seria mais evidente em relação à Convenção de Belém do Pará, uma vez que o suposto delito de violência sexual teria sido cometido em 18 de outubro de 1994 e a ratificação da referida Convenção ocorreu em 27 de novembro de 1995 e entrou em vigor em 27 de dezembro de 1995; por conseguinte, aplicá-la ao caso implicaria a violação do princípio de irretroatividade dos tratados.

45. Por outro lado, o Estado salientou que a alegação dos representantes a respeito da responsabilidade do Estado pela suposta violação contínua da proteção judicial e das garantias judiciais deve ser analisada a partir de 10 de dezembro de 1998 sobre as atividades relacionadas com violações específicas e autônomas de denegação de justiça, e não sobre aquelas iniciadas anteriormente a essa data.

46. A *Comissão* destacou que foi explícita ao submeter ao conhecimento da Corte Interamericana os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Salientou que o entendimento da Corte é de que tem competência para se pronunciar sobre as possíveis violações independentes que possam ocorrer no âmbito de um processo

judicial, mesmo quando esse processo tenha sido iniciado antes da aceitação da competência. Além disso, quanto à competência temporal em relação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e à Convenção de Belém do Pará, a Comissão reiterou que as violações desses instrumentos são aquelas associadas à obrigação de investigar atos de tortura e atos de violência contra a mulher, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

47. Quanto às investigações sobre as execuções extrajudiciais, a Comissão considerou que algumas deficiências e irregularidades tiveram lugar antes da aceitação da competência da Corte, mas não foram sanadas pelo Estado depois de 10 de dezembro de 1998. Além disso, destacou que o Estado descumpriu a garantia do prazo razoável.

48. Os *representantes* ressaltaram que a Corte já estabeleceu, em várias ocasiões, que é competente para analisar fatos cujo início seja anterior à data de reconhecimento pelos Estados da jurisdição da Corte e continuam ou persistem posteriormente a essa data. Aduziram que são conscientes do limite temporal da aceitação da competência da Corte por parte do Brasil, motivo por que alegaram violações quanto às ações das autoridades ocorridas, e que persistem depois de 10 de dezembro de 1998. Destacaram que as autoridades não foram diligentes durante a investigação dos crimes, inclusive as investigações posteriores a 10 de dezembro de 1998. Conseqüentemente, solicitaram que a Corte não considere a exceção preliminar interposta pelo Estado.

## C.2. Considerações da Corte

49. O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, e em sua declaração salientou que o Tribunal teria competência a respeito de “fatos posteriores” a esse reconhecimento.<sup>39</sup> Com base nisso e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado que pudessem implicar sua responsabilidade internacional sejam anteriores a esse reconhecimento da competência.<sup>40</sup> Por esse motivo, ficam fora da competência do Tribunal os fatos ocorridos antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa da Corte.

50. Por outro lado, o Tribunal pode examinar as demais violações alegadas que ocorreram a partir de 10 de dezembro de 1998, e sobre elas se pronunciar. Pelo

<sup>39</sup> O reconhecimento de competência, feito pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998, destaca que “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, [...] de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. Cf. Informação geral do Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Brasil, reconhecimento de competência*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

<sup>40</sup> Cf. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, par. 16.

exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado que tiveram lugar nas investigações e processos a respeito das incursões policiais de 1994 e 1995, ocorridos posteriormente ao reconhecimento por parte do Brasil da competência contenciosa do Tribunal. A análise da Corte a respeito de alegadas violações da Convenção Americana, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e da Convenção de Belém do Pará também se realizará a respeito de fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998.

51. Com base no acima exposto, este Tribunal reafirma sua jurisprudência constante sobre esse tema e julga parcialmente fundamentada a exceção preliminar.

#### **D. Incompetência *ratione materiae* por violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

##### **D.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes**

52. O *Estado* salientou que está fora da competência da Comissão e da Corte assumir o papel das autoridades nacionais e atuar como uma espécie de tribunal de recursos de quarta instância a respeito de decisões nacionais. Ressaltou que, com relação à Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues, ambas teriam apresentado uma demanda por danos morais contra o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de obter indenização pela morte de seu familiar. Essa ação teria sido declarada improcedente, por prescrição, em detrimento de Mônica Santos de Souza Rodrigues, já que teria sido apresentada depois do prazo razoável previsto na legislação brasileira. Com relação à Evelyn Santos de Souza Rodrigues, estabeleceu-se que não havia um nexo causal entre a conduta estatal e o dano sofrido. Apesar de a ação apresentada ter sido declarada improcedente em primeira instância, não se recorreu da decisão perante o Tribunal de Justiça, conforme o disposto no artigo 513 do Código de Processo Civil. O Estado asseverou que as supostas vítimas não fizeram uso do direito de recorrer da decisão, e que uma eventual condenação do Estado a pagar uma reparação implicaria violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

53. A *Comissão* salientou que o Estado toma como ponto de partida que os processos em âmbito interno não violaram os direitos humanos, quando é precisamente isso o que se debaterá no mérito do assunto. Além disso, afirmou que, conforme o artigo 63.1 da Convenção Americana, à Corte compete fixar reparações sem estar condicionada à existência de decisões de âmbito interno nessa matéria.

54. Os *representantes* acrescentaram que, de acordo com o entendimento da Corte, para que a exceção de quarta instância seja procedente, é necessário que os solicitantes peçam que a Corte revise a sentença de um tribunal interno, em virtude de sua incorreta apreciação da prova, dos fatos ou do direito interno. No presente caso, os representantes afirmaram que não buscam a revisão de decisões internas interpostas

por Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues, mas o pronunciamento em relação às violações do dever estatal de proteção jurídica efetiva e às garantias judiciais, que configuram violações específicas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados interamericanos ratificados pelo Estado.

## D.2. Considerações da Corte

55. O Tribunal estabeleceu que a jurisdição internacional tem caráter coadjuvante e complementar,<sup>41</sup> 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 algum alcance de valoração de prova ou da aplicação do direito interno em aspectos que não estejam diretamente relacionados com o cumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos.<sup>42</sup>

56. Esta Corte estabeleceu que, para que a exceção de quarta instância seja procedente, “é necessário que o solicitante solicite 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, simultaneamente, se alegue que tal sentença incorreu em violação de tratados internacionais sobre os quais o Tribunal tenha competência”.<sup>43</sup> Além disso, este Tribunal estabeleceu que, ao se avaliar o cumprimento de certas obrigações internacionais, pode ocorrer uma intrínseca inter-relação entre a análise de direito internacional e a de direito interno. Portanto, a determinação de se as ações de órgãos judiciais constituem ou não violação das obrigações internacionais do Estado pode levar a que a Corte deva ocupar-se de examinar os respectivos processos internos para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana.<sup>44</sup>

57. No presente caso, nem a Comissão nem os representantes solicitaram a revisão de decisões internas relacionadas com avaliação de provas, dos fatos ou da aplicação do direito interno. A Corte considera que é objeto de estudo de mérito analisar as alegações sobre se os processos judiciais internos foram idôneos e eficazes, e se os recursos tramitaram e foram solucionados devidamente.

58. Pelo acima exposto, a Corte julga improcedente a presente exceção preliminar.

<sup>41</sup> No Preâmbulo da Convenção Americana sustenta-se 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.

<sup>42</sup> Cf. *Caso García Ibarra e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C Nº 306, par. 17 a 22; *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 Granier e outros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de junho de 2015. Série C Nº 293, par. 174.

<sup>43</sup> *Caso Cabrera García e Montiel Flores*, par. 18; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 73.

<sup>44</sup> *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.

## **E. Incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações de direitos humanos previstos nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como no artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**

### **E.1 Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes**

59. O Estado alegou que a Corte não tem competência para analisar o caso em relação a supostas violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, uma vez que os artigos 33 e 62 da Convenção Americana limitam a competência contenciosa da Corte. Isso porque o artigo 8 da CIPST prevê que o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais depois de haver esgotado os recursos internos do respectivo Estado. Desse modo, a Corte somente teria competência para analisar as supostas violações ao referido tratado na medida em que o Estado expressamente reconhecesse sua competência contenciosa.

60. O Estado também contestou a incompetência da Corte com respeito à suposta violação da Convenção de Belém do Pará, porque essa Convenção não outorga jurisdição contenciosa à Corte, já que seu artigo 12 é taxativo ao autorizar somente à Comissão a análise das violações.

61. A Comissão mencionou que, em múltiplos casos, insistiu-se em quais situações é pertinente a aplicação dos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, a fim de estabelecer o alcance da responsabilidade estatal em casos vinculados à falta de investigação de atos de tortura. Nesse contexto, tanto a Comissão como a Corte declararam violações a essas disposições, no entendimento de que o inciso terceiro do artigo 8 da CIPST incorpora uma cláusula geral de competência aceita pelos Estados no momento de ratificar esse instrumento ou a ele aderir. Considerou que não há motivos para que a Corte se afaste de seu critério reiterado, que se encontra em conformidade com o Direito Internacional.

62. A Comissão salientou que é pertinente a aplicação do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, a fim de estabelecer o alcance das responsabilidades estatais em casos vinculados à falta de investigação de atos de violência contra a mulher. Destacou que, em casos anteriores, a Corte aplicou diretamente o artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará e se referiu especificamente à sua competência material e ao alcance da cláusula de competência prevista no artigo 12 desse instrumento. A Comissão considerou que não há motivos para que a Corte se afaste de seu critério reiterado, que se encontra em conformidade com o Direito Internacional.

63. Os representantes reiteraram que a jurisprudência da Corte determina que não é necessário que os tratados interamericanos de direitos humanos contenham uma cláusula específica que outorgue competência à Corte, desde que eles estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional. Os representantes expuseram que a Corte reiterou que tem competência para interpretar e aplicar a CIPST, e estabeleceu que o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará outorga competência à Corte frente à violação, por um Estado-Parte, do artigo 7 dessa Convenção.



## E.2. Considerações da Corte

64. É pertinente lembrar que, ante o argumento formulado por alguns Estados de que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de aceitação de competência da Corte, 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.<sup>45</sup> Desse modo, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte, segundo a Convenção Americana, e em conformidade com o artigo 62 do mesmo instrumento, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que a ele atribuam competência.<sup>46</sup>

65. Embora o artigo 8 da Convenção contra a Tortura<sup>47</sup> não mencione explicitamente a Corte Interamericana, este Tribunal se referiu à sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção, com base num meio de interpretação complementar, como os trabalhos preparatórios, ante a possível ambiguidade da disposição.<sup>48</sup> Desse modo, em sua sentença 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 na 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 ratifiquem a Convenção contra a Tortura, ou a ela adiram, o maior número de Estados. 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 algum outro que seja criado no futuro.<sup>49</sup> Nesse sentido, a Comissão e, conseqüentemente, a Corte têm competência para analisar e declarar violações a essa Convenção.

66. Em virtude das considerações acima, a Corte reitera sua jurisprudência constante<sup>50</sup> no sentido de que é competente para interpretar e aplicar a Convenção contra a Tortura e avaliar a responsabilidade de um Estado que tenha dado seu consentimento para se obrigar por essa Convenção, e tenha aceitado, além disso, a

<sup>45</sup> Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34; e *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 37.

<sup>46</sup> Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 37.

<sup>47</sup> Esse preceito dispõe, sobre a competência para aplicá-la, que "[u]ma vez esgotado o ordenamento jurídico interno do respectivo Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais cuja competência haja sido aceita por esse Estado" ao qual é atribuída a violação desse tratado.

<sup>48</sup> Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 51.

<sup>49</sup> *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, par. 247 e 248; e *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C N° 167, nota de rodapé 6.

<sup>50</sup> 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; e *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz*, nota de rodapé 6.

competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com esse entendimento, o Tribunal já teve a oportunidade de aplicar a Convenção contra a Tortura e avaliar a responsabilidade de diversos Estados, em virtude de sua alegada violação, em mais de 40 casos contenciosos.<sup>51</sup> Dado que o Brasil é parte na Convenção contra a Tortura

<sup>51</sup> A Corte aplicou a Convenção contra a Tortura nos seguintes casos: *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 136; *Caso das "Criações de Ruda" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 248 a 252; *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 185 e 186; *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, nota de rodapé 3; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par. 218 e 219; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 103, par. 98; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, par. 117 e 156; *Caso Tibi Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 159; *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C Nº 132, par. 54; *Caso Blanco Romero e outros Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C Nº 138, par. 61; *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 147, par. 162; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 86; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 266; *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C Nº 167, nota de rodapé 6; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 53; *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 89; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 54; *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. 51; *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. 131; *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. 174; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, par. 230 e 245; *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. 182; *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 23, 137, 192 e 193; *Caso Gelmán Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 18; *Caso Torres Millacura e outros Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C Nº 229, par. 30, 90, 139; *Caso Família Barrios Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, par. 10, 260; *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2013. Série C Nº 240 par. 47, 62; *Caso do Massacre de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 16, 262; *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. 29, 246, 252, 301; *Caso Gudiel Alvarez e outros ("Diário Militar") Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C Nº 2530, par. 330; *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C Nº 260, par. 50, 210, 236 e 343; *Caso García Lucero e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 28 de Agosto de 2013. Série C Nº 267 par. 138; *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2013. Série C Nº 270, par. 16; *Caso García Cruz e Sánchez Silvestre Vs. México. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C Nº 273, par. 21, 25 e 70; *Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C Nº 275, par. 37; *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. 437, 476 e 513; *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289, par. 18 e 196; *Caso Wong Ho Wing Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C Nº 297, par. 188; *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. 269; *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença

e reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal, a Corte tem competência *ratione materiae* para pronunciar-se neste caso sobre a alegada responsabilidade do Estado pela violação desse instrumento.

67. Por outro lado, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 16 de novembro de 1995, sem reservas ou limitações. O artigo 12 desse tratado expressa a possibilidade da apresentação de “petições” à Comissão, referentes a “denúncias ou queixas de violação de [seu] artigo 7”, estabelecendo que “a Comissão as considerará de acordo com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão”. Como a Corte salientou reiteradamente em sua jurisprudência, “parece claro que o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte, ao não excetuar de sua aplicação nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais”.<sup>52</sup> A Corte não encontra elementos que justifiquem afastar-se de sua jurisprudência. Por conseguinte, julga improcedente a exceção preliminar de falta de competência interposta pelo Estado.

## F. Falta de esgotamento prévio de recursos internos

### F.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

68. O Estado rechaçou o argumento da Comissão no sentido de que não se manifestou expressamente sobre o esgotamento do requisito prévio dos recursos internos, o que teria dado lugar à renúncia tácita de seu direito de formulá-lo no momento de apresentar sua resposta. A juízo do Estado, a forma não pode prevalecer sobre o conteúdo, razão pela qual o fato de que não se tenha manifestado sobre um tema não quer dizer que o tenha feito num sentido específico. Salientou que a Comissão, na fase de admissibilidade do caso, reconheceu que o Brasil tinha levado a seu conhecimento que havia investigações policiais em curso no momento da denúncia e considerou, por esse motivo, que não tinha outras questões a apresentar. Do acima exposto não se deve entender que o Estado se omitiu em relação a esse pronunciamento.

de 2 de setembro de 2015. Série C Nº 300, par. 177 e 178; *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C Nº 308, par. 129; *Caso Herrera Espinoza e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2016. Série C Nº 317, par. 18 e 103; *Caso Pollo Rivera e outros Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de outubro de 2016. Série C Nº 319, par. 153; e *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. 215.

<sup>52</sup> Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, par. 41. A esse respeito, a Corte destacou que, na “formulação” do artigo 12 da Convenção de Belém de Pará, “não se exclui nenhuma disposição da Convenção Americana, devendo-se, portanto, concluir que a Comissão atuará nas petições sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da [Convenção Americana]”, como dispõe o artigo 41 da mesma Convenção. O artigo 51 da Convenção “[...] se refere [...] expressamente à submissão de casos à Corte”. No mesmo sentido, ver *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C Nº 307, nota de rodapé 6.

69. O Estado alegou que os representantes pretendem o pagamento de uma indenização pecuniária por supostos danos morais e materiais sofridos pelas vítimas. No entanto, esse aspecto não é passível de atendimento em esfera internacional, porque, à exceção de Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues, nenhuma das supostas vítimas recorreu ao Poder Judiciário para solicitar reparação pecuniária dessa natureza. Além disso, o Estado não impediu que as vítimas solicitassem a reparação pecuniária, e a legislação interna prevê essa possibilidade jurídica mediante ação de responsabilidade civil do Estado.

70. O Estado esclareceu que a ação civil de indenização para a reparação de danos materiais e morais não depende da conclusão de investigações e processos penais, em atenção ao princípio de independência de instâncias, e que não havia, portanto, motivo para que as vítimas ou seus representantes tivessem deixado de recorrer às instâncias domésticas, inclusive, assistidos pela defesa pública. Além disso, declarou que a existência de uma demora injustificada, à luz do artigo 46.2.c da Convenção, só pode ocorrer antes da apresentação da denúncia ao mecanismo internacional de proteção.

71. A Comissão explicitou que a Convenção Americana não prevê que se esgotem mecanismos adicionais para que as vítimas possam obter uma reparação relacionada com fatos a respeito dos quais os recursos internos já tenham sido esgotados. Salientou que a Corte sustentou que uma objeção ao exercício da jurisdição do Tribunal, baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos, deve ser apresentada no momento processual oportuno, durante a admissibilidade do procedimento perante a Comissão. Além disso, compete aos Estados especificar claramente perante a Comissão os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar, os quais devem corresponder àqueles expostos à Corte.

72. A Comissão ressaltou que o presente caso acumula duas petições recebidas pela Comissão, cuja admissibilidade foi analisada separadamente. No âmbito do caso 11.694 (fatos ocorridos em 18 de outubro de 1994), o Estado não questionou expressamente a falta de esgotamento dos recursos internos, o que faz com que a exceção preliminar em relação a esse caso resulte extemporânea na totalidade. No âmbito do caso 11.566 (fatos ocorridos em 8 de maio de 1995), a exceção de falta de esgotamento dos recursos internos, com relação às queixas em matéria de reparações pecuniárias, é extemporânea, pois não foi apresentada nesses termos no momento processual oportuno, ou seja, durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão. De maneira complementar, a Comissão salientou que nos relatórios de admissibilidade dos casos se pronunciou sobre o requisito de esgotamento dos recursos internos, aplicando a exceção de atraso injustificado contemplado no artigo 46.2.c, da Convenção Americana, levando em conta que no caso 11.566 três anos já haviam se passado desde o acontecimento dos fatos, sem que se registrassem avanços substantivos nas investigações, enquanto no caso 11.694 já haviam se passado seis anos na mesma situação.

73. A Comissão destacou que o requisito de esgotamento dos recursos internos previsto no artigo 46.1 da Convenção Americana se relaciona aos fatos que

se alegam violatórios dos direitos humanos. A pretensão dos representantes de que se ordenem reparações por parte da Corte surge da declaração de responsabilidade internacional do Estado implicado, o que deriva de maneira automática da declaração dessa responsabilidade.

74. Os *representantes* concordaram com a Comissão e declararam que a Corte deve realizar um controle de legalidade da atuação da Comissão somente quando existir um erro grave que viole o direito de defesa das partes, ou quando o direito de defesa de uma das partes tenha sido violado.

75. Considerando que à parte que alega cabe o ônus da prova, os representantes argumentaram que o Estado não demonstrou que a Comissão tenha cometido algum erro grave ou causado prejuízo a seu direito de defesa. Salientaram que a Comissão concedeu ao Estado, em ambos os casos (11.694 e 11.566), a oportunidade de apresentar a exceção preliminar, momento em que o Estado se limitou a fazer referências gerais às investigações em curso. Finalmente, ressaltaram que a hipótese de que as vítimas devam necessariamente esgotar os recursos internos para ter acesso à jurisdição internacional é errônea, e a Corte não está impedida de conhecer do presente caso.

## F.2. Considerações da Corte

76. A Corte elaborou diretrizes claras para analisar uma exceção baseada num suposto descumprimento do requisito de esgotamento dos recursos internos. Em primeiro lugar, a Corte interpretou a exceção como uma defesa à disposição do Estado, que pode, como tal, 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 mostrar que esses recursos são aplicáveis e efetivos.<sup>53</sup>

77. A Corte afirmou 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 se tenham interposto e esgotado os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.<sup>54</sup>

78. Na etapa de admissibilidade do caso perante a Comissão, portanto, o Estado deve explicitar claramente os recursos que, a seu critério, ainda não foram esgotados, diante da necessidade de salvaguardar o princípio de igualdade processual entre as

<sup>53</sup> Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C N° 184, par. 30; *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 88; *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C N° 172, par. 43; e *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C N° 179, par. 40.

<sup>54</sup> Cf. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de maio de 2016, parágrafos 21-22; e *Caso Quispialaya Vilcapoma*, par. 20.

partes, que deve reger todo o procedimento no Sistema Interamericano.<sup>55</sup> 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 precisão das alegações do Estado.<sup>56</sup> Do mesmo modo, os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão na etapa de admissibilidade devem corresponder àqueles usados como argumento na Corte.<sup>57</sup>

79. A Corte observa que, no momento de contestar a petição perante a Comissão, referente aos fatos de 1994, o Estado não se manifestou sobre o esgotamento de recursos internos. Isto posto, em relação à petição a respeito dos fatos ocorridos em 1995, no momento de apresentar sua contestação à Comissão, o Estado não ofereceu uma resposta completa e se limitou a declarar à Corte que “ainda que o Estado brasileiro não tenha aberto em sua resposta um tópico próprio sobre o assunto, isso não significa que não tenha se manifestado”. No entanto, a Corte reitera seu critério de que o Estado deve especificar claramente perante a Comissão, no decorrer da referida etapa da tramitação do caso, os recursos que, a seu critério, ainda não se tenham esgotado.<sup>58</sup>

80. A Corte considera que as contestações do Estado perante a Comissão não atenderam aos requisitos de uma exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos, porquanto não especificaram os recursos internos pendentes de esgotamento, ou que estavam em curso, nem expuseram as razões pelas quais consideravam que eram procedentes e efetivos. Portanto, a Corte julga improcedente a exceção preliminar.

## G. Inobservância do prazo razoável para submeter o caso à Comissão

### G.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

81. O *Estado* alegou que a Comissão analisou de forma incorreta a demora injustificada dos processos judiciais internos ao examinar a admissibilidade das petições, porquanto levou em conta o período compreendido entre a data em que ocorreram os fatos e os relatórios de admissibilidade (cinco anos em relação aos fatos ocorridos em 1994 e três anos em relação aos fatos ocorridos em 1995), sem levar em consideração que o atraso injustificado, assim como o esgotamento dos recursos internos, devia ter sido examinado em relação ao lapso transcorrido entre a ocorrência dos fatos e a apresentação da denúncia à Comissão, uma vez que as

<sup>55</sup> Cf. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C Nº 298, par. 28.

<sup>56</sup> Cf. *Caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C Nº 307, par. 24.

<sup>57</sup> 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 dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá*, par. 21.

<sup>58</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 88 e 89; e *Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C Nº 284, par. 21.

petições não podiam ser submetidas à Comissão sem que tivessem sido previamente esgotados os recursos internos. Segundo o Estado, admitir o critério da Comissão prejudicaria, em primeiro lugar, as vítimas, porque possibilitaria submeter denúncias à Comissão sem prévio esgotamento dos recursos internos, e inverteria a ordem do princípio de complementaridade entre os sistemas doméstico e interamericano de proteção de direitos humanos. Por outro lado, seria prejudicial à Comissão, porque condicionaria o processamento das petições a uma última análise para juntar ao relatório de admissibilidade, a fim de comprovar o cumprimento desse requisito, desse modo prejudicando o funcionamento do sistema de proteção dos direitos humanos.

82. O Estado expôs, ademais, que, no momento da apresentação das petições, a Comissão não podia aceitar a alegação dos peticionários de que o prazo legal para encerrar as investigações estava concluído, muito menos ultrapassado, porquanto fizeram uma interpretação equivocada da legislação doméstica. Declarou que os peticionários não comprovaram ter esgotado previamente os recursos internos no momento da denúncia, tornando-se evidente a inobservância dos requisitos do artigo 46.2.c, já que não havia demora nas ações policiais até a data da denúncia.

83. A *Comissão* observou que, em determinados pontos, o Estado reitera alguns dos elementos suscitados com relação à falta de esgotamento dos recursos internos. Aduziu que a análise do esgotamento dos recursos internos, inclusive a possível aplicação de exceções a esse requisito, deve efetuar-se à luz da situação existente no momento do pronunciamento de admissibilidade, e não no da apresentação da petição. Toda informação recebida pela Comissão após a petição inicial é estritamente submetida a contraditório, a fim de resguardar o direito de defesa do Estado, a bilateralidade do procedimento e a igualdade processual.

84. Os *representantes* salientaram que a análise dos requisitos dos artigos 46 e 47 da Convenção Americana ocorre quando a Comissão examina os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes, e se pronuncia sobre a admissibilidade, e não quando se apresenta a denúncia inicial por parte dos peticionários. Desse modo, o argumento do Estado sobre a falta de esgotamento dos recursos internos no momento da apresentação da denúncia inicial, ou antes da notificação da petição ao Estado, carece de base. Ademais, destacaram que a regra do esgotamento prévio do recurso no âmbito interno está concebida para que o Estado evite responder juridicamente em âmbito internacional antes de ter a oportunidade de fazer justiça por seus próprios meios. A esse respeito, a história processual do presente caso mostra que não se consideraram as medidas adequadas para remediar as violações denunciadas, seja no momento em que foram apresentadas as petições iniciais, em 1995 e 1996, seja quando foram emitidos os relatórios de admissibilidade.

## G.2. Considerações da Corte

85. A Corte constata que a alegação do Estado se destina principalmente a questionar o critério da Comissão de examinar o esgotamento dos recursos internos e, conseqüentemente, o atraso injustificado na solução desses recursos, levando em

conta o lapso transcorrido entre o momento de ocorrência dos fatos e o momento em que examina a admissibilidade das petições. No Caso Wong Ho Wing Vs. Peru, a Corte ressaltou que o artigo 46.1.a, da Convenção Americana, no qual se dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada à Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que se tenham interposto e esgotado os recursos da jurisdição interna, deve ser interpretado no sentido de que exige o esgotamento dos recursos no momento em que se decida sobre a admissibilidade da petição, e não no momento de sua apresentação.<sup>59</sup>

86. Do mesmo modo, este Tribunal lembra que a regra do prévio esgotamento dos recursos internos é concebida no interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam imputados, antes de haver tido a ocasião de remediá-los por seus próprios meios.<sup>60</sup> Isso significa que esses recursos não só devem existir formalmente, mas também que devem ser adequados e efetivos, como resultado das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.<sup>61</sup> Do mesmo modo, o fato de que a análise do cumprimento do requisito de esgotamento de recursos internos se realize de acordo com a situação existente no momento de decidir sobre a admissibilidade da petição não afeta o caráter complementar do Sistema Interamericano. Pelo contrário, caso algum recurso interno esteja pendente, o Estado tem a oportunidade de solucionar a situação alegada na etapa de admissibilidade.<sup>62</sup>

87. Por outro lado, levando em conta as características desse caso e os argumentos expostos pelas partes a esse respeito, este Tribunal considera que a análise preliminar da disponibilidade ou efetividade das ações nas investigações implicaria uma avaliação das ações do Estado em relação a suas obrigações de respeitar e garantir os direitos reconhecidos nos instrumentos internacionais cuja violação se alega, questão que não se deve estudar em caráter preliminar, mas ao examinar o mérito da controvérsia.

88. O Tribunal, por conseguinte, entende que não foi prejudicado o direito de defesa do Estado e que, conseqüentemente, não há motivo algum para que se afaste do decidido pela Comissão no processo. A falta de especificidade por parte do Estado no momento processual oportuno perante a Comissão, a respeito dos recursos internos adequados que não se teriam esgotado, bem como da falta de argumentação sobre sua disponibilidade, idoneidade e efetividade, faz com que a proposição a esse respeito perante esta Corte seja extemporânea. Em virtude do exposto, a Corte julga improcedente a exceção interposta pelo Estado.

<sup>59</sup> Cf. *Caso Wong Ho Wing*, par. 25; e *Caso Duque Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C Nº 310, par. 34.

<sup>60</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 61; e *Caso Duque*, par. 35.

<sup>61</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 63; e *Caso Duque*, par. 35.

<sup>62</sup> Cf. *Caso Wong Ho Wing*, par. 27; e *Caso Duque*, par. 35.



## V PROVA

### A. Prova documental, testemunhal e pericial

89. Este Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova pelos representantes, pelo Estado e pela Comissão, anexados a seus escritos principais e alegações finais (par. 1, 4 e 7 *supra*). A Corte recebeu também os depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelas supostas vítimas Bruna Fonseca Costa, Diogo da Silva Genoveva, Evelyn Santos de Souza Rodrigues, Geni Pereira Dutra, Helena Viana dos Santos, João Alves de Moura, Joyce Neri da Silva Dantas, Maria das Graças da Silva, Michelle Mariano dos Santos, Mônica Santos de Souza Rodrigues, Otacílio Costa, Pricila da Silva Rodrigues, Robson Genuíno dos Santos Júnior, Samuel da Silva Rodrigues, Tereza de Cássia Rosa Genoveva e William Mariano dos Santos, bem como a declaração testemunhal de Ignacio Cano. Recebeu ainda os pareceres dos peritos Caetano Lagrasta Neto, Cecília Coimbra, Daniel Sarmento, Débora Diniz, Jan Michael-Simon, João Batista Damasceno, João Tancredo, João Trajano, José Pablo Baraybar, Marlon Alberto Weichert, Michel Misse e Christof Heyns. Quanto à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu os depoimentos das supostas vítimas L.R.J. e Mac Laine Faria Neves, propostos pelos representantes, e dos peritos Patricia Viseur-Sellers, Marlon Weichert e Claude Jacques Chambriard, propostos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, respectivamente.

90. Finalmente, a Corte recebeu diversos documentos apresentados pelos representantes, juntamente com as alegações finais escritas.

### B. Admissão da prova

91. Este Tribunal admite os documentos apresentados na devida oportunidade processual pelas partes e pela Comissão, cuja admissibilidade não tenha sido questionada ou objetada.<sup>63</sup>

92. Com respeito a alguns documentos oferecidos por meio de *links* eletrônicos, a Corte estabeleceu que, caso uma parte ou a Comissão proporcione pelo menos o *link* eletrônico direto do documento que cita como prova, e seja possível ter acesso a ele, não se vê afetada a segurança jurídica, nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pela Corte e pelas demais partes.<sup>64</sup> A Corte, por conseguinte, julga pertinente admitir os documentos apresentados por meio de *links* eletrônicos no presente caso.

93. Quanto às notas de imprensa enviadas pela Comissão e pelos representantes, a Corte considerou que poderão ser apreciadas quando reunirem fatos públicos e notórios,

<sup>63</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 140; e *Caso Andrade Salmón Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de dezembro de 2016. Série C N° 330, par. 16.

<sup>64</sup> Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 165, par. 26; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 67.

ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborarem aspectos relacionados com o caso.<sup>65</sup> A Corte decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar a respectiva fonte e a data de publicação.<sup>66</sup>

94. Com relação ao depoimento em forma de áudio, prestado pela suposta vítima Michelle Mariano dos Santos, ele não foi prestado perante agente dotado de fé pública. Nesse sentido, os representantes justificaram que não foi possível autenticar o depoimento da Senhora dos Santos, em virtude de estar internada em uma Unidade de Tratamento Intensivo, devido a seu grave estado de saúde. Este Tribunal constata que nem sua admissibilidade nem sua autenticidade foram objetadas pelo Estado, e que, posteriormente, os representantes anexaram a certidão de óbito da suposta vítima. A Corte reconhece as circunstâncias especiais que impossibilitaram a Senhora Michelle Mariano dos Santos de prestar seu depoimento diante de um agente dotado de fé pública e julga procedente admitir essa prova, em conformidade com o artigo 58.a, do Regulamento.

95. Além disso, em 3 de outubro de 2016, os representantes remeteram, como prova superveniente, cópia do processo de ação indenizatória N° 2002.001.085895-0, interposto pelas supostas vítimas Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues no âmbito interno. Essa prova foi encaminhada ao Estado, sem que tenha sido objetada. A Corte constata que a informação apresentada é posterior ao escrito de petições, argumentos e provas, em virtude do que este Tribunal admite a referida documentação.<sup>67</sup>

96. No que se refere aos documentos remetidos pelos representantes sobre custas e gastos, anexados às alegações finais escritas, a Corte só considerará os que se refiram às novas custas e gastos em que tenham incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte, ou seja, os que tenham sido realizados posteriormente à apresentação do escrito de petições e argumentos. Por conseguinte, não considerará as faturas cuja data seja anterior à apresentação do escrito de petições e argumentos, já que deveriam ter sido apresentadas no momento processual oportuno.<sup>68</sup> Em relação a determinados documentos remetidos pelos representantes, juntamente com as alegações finais escritas, referentes a partes do expediente do caso perante a Comissão Interamericana, especialmente atas de reuniões entre o Estado e os representantes para tentar chegar a um acordo de solução amistosa, a Corte considera que essa prova não foi apresentada no momento processual oportuno à Corte e, portanto, a considera inadmissível.

97. Por outro lado, em conformidade com o artigo 58.a, de seu Regulamento, “A Corte poderá, em qualquer fase da causa: Procurar *ex officio* toda prova que considere útil e necessária”. Nesse sentido, no presente caso a Corte considera útil, para corroborar dados sobre o contexto, e incorpora *ex officio* o livro “*Pensando a Segurança Pública – Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais*”, publicado pelo Ministério da Justiça do Brasil em 2014.

<sup>65</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 146; e *Caso Tenorio Roca e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de junho de 2016. Série C N° 314, par. 54.

<sup>66</sup> Cf. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C N° 244, par. 17; e *Caso Tenorio Roca e outros*, par. 38.

<sup>67</sup> *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C N° 212, par. 53; e *Caso I.V.*, par. 45.

<sup>68</sup> Cf. *Caso Tenorio Roca e outros*, par. 41.

### C. Avaliação da prova

98. Com base no disposto nos artigos 46, 47, 48, 50, 51, 57 e 58 do Regulamento, bem 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, as declarações, depoimentos e pareceres periciais, ao estabelecer os fatos do caso e pronunciar-se sobre o mérito. Para isso se sujeita aos princípios da crítica sã, dentro do respectivo marco normativo, levando em conta o conjunto do acerto probatório e o alegado na causa.<sup>69</sup> Do mesmo modo, conforme a jurisprudência deste Tribunal, os depoimentos prestados pelas supostas vítimas não podem ser avaliados isoladamente, mas somente no conjunto das provas do processo, na medida em que podem oferecer mais informações sobre as supostas violações e suas consequências.<sup>70</sup>

## VI FATOS

99. Este capítulo apresentará o contexto referente ao caso e os fatos dentro da competência temporal da Corte.

100. Os fatos anteriores à data de ratificação da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil (10 de dezembro de 1998) são enunciados unicamente como parte do contexto e dos antecedentes para melhor compreensão do caso.

### A. Reconhecimento do Estado

101. Na audiência pública do presente caso o Estado reconheceu os fatos nos seguintes termos: “as condutas perpetradas por agentes públicos durante incursões policiais na Favela Nova Brasília em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995 e consubstanciadas, especificamente, no homicídio de 26 (vinte e seis) pessoas e na violência sexual de outras 3 (três), representam violações aos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, ainda que tais fatos não estejam sob jurisdição temporal dessa Honorable Corte. [...] O Estado brasileiro mais uma vez afirma que reconhece que seus agentes são responsáveis por 26 homicídios e três crimes de violação sexual e o Estado também reconhece toda a dor e sofrimento que as vítimas possuem em decorrência destes fatos”. Também em suas alegações finais escritas, o Estado afirmou que “as condutas perpetradas por agentes públicos durante incursões policiais na Favela Nova Brasília em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995 e consubstanciadas, especificamente, no homicídio de 26 (vinte e seis) pessoas e na violência sexual de outras 3 (três), representam violações aos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, ainda que tais fatos não estejam sob jurisdição temporal dessa Honorable Corte”.

<sup>69</sup> Cf. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*, par. 76; e *Caso Andrade Salmón*, par. 22.

<sup>70</sup> Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; e *Caso I.V.*, par. 60.

## B. Contexto

### B.1. Violência policial no Brasil

102. De acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro.<sup>71</sup> Não há dados disponíveis sobre mortes ocorridas durante operações policiais nos anos 1994 e 1995. A partir de 1998, a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro começou a compilar essas estatísticas. Em 1998, 397 pessoas morreram por ação da polícia nesse Estado; em 2007, a cifra chegou a 1.330. Em 2014, houve 584 vítimas letais de intervenções policiais e, em 2015, esse número aumentou para 645.<sup>72</sup>

103. Entre as vítimas fatais de violência policial, estima-se uma predominância de jovens, negros, pobres e desarmados.<sup>73</sup> Segundo dados oficiais, “os homicídios são hoje a principal causa de morte de jovens de 15 a 29 anos no Brasil, e atingem especialmente jovens negros do sexo masculino, moradores das periferias e áreas metropolitanas dos centros urbanos. Dados do SIM/Datasus do Ministério da Saúde mostram que mais da metade dos 56.337 mortos por homicídios, em 2012, no Brasil, eram jovens (30.072, equivalente a 53,37%), dos quais 77,0% negros (pretos e mulatos)

<sup>71</sup> Cf. UNESCO, Mapa da Violência IV: os jovens do Brasil (Brasília, 2004), p. 57-58; CIDH, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo III, par. 8, 11, 13; Observações finais da Comissão de Direitos Humanos: Brasil, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.66, 24 de julho de 1996, par. 6 e 8; Ata resumida da 1506ª sessão do Comitê de Direitos Humanos, 16 de julho de 1996. U.N. Doc. CCPR/C/SR.1506, par. 5; Relatório do Relator Especial sobre Formas Contemporâneas de Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, U.N.Doc. E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de fevereiro de 2006, par. 33, 36 e 38; Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009, III – Execuções Extrajudiciais pela Polícia, par. 7 e 8; Acompanhamento das Recomendações de País – Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.4, 28 de maio de 2010; *Americas Watch, Police Abuse in Brazil: Summary Executions and Torture in São Paulo and Rio de Janeiro*. Nova York, 1987, p. 19-32 e 41-45; *Human Rights Watch, Violência x Violência: Violações aos Direitos Humanos e Criminalidade no Rio de Janeiro*, 1996; *Human Rights Watch, Brutalidade policial urbana no Brasil*, 1997; Anistia Internacional, *Rio de Janeiro 2003: Candelária e Vigário Geral 10 anos depois*, 2003; Justiça Global, *Relatório RIO: violência policial e insegurança pública*, 2004; Anistia Internacional, “Eles entram atirando”: Policiamento de comunidades socialmente excluídas, 2005; Anistia Internacional, *Nós Recolhemos os Pedacos: A Experiência da Violência Urbana para as Mulheres no Brasil*. Madri, 2008; *Human Rights Watch, Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e São Paulo*, 2009; Anistia Internacional, *Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*, 2015. Ver também laudo pericial escrito apresentado por Marlon Weichert em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 14541).

<sup>72</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo, 2015 (expediente de prova, folhas 14344 e 14354), e Dados do Instituto de Segurança Pública apresentados pelo Estado em suas Alegações Finais (expediente de mérito, folha 1158).

<sup>73</sup> Cf. Senado Federal, Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Assassinato de Jovens (Brasília, 2016) citado no laudo pericial escrito apresentado por Marlon Weichert em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 14595-14598); Relatório do Relator Especial sobre Formas Contemporâneas de Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, U.N. Doc. E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de fevereiro de 2006, par. 33, 36 e 38; UNESCO, Mapa da Violência IV: os jovens do Brasil (Brasília, 2004), p. 57-58, documentos citados no depoimento prestado mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 16537); Depoimento prestado mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 14513, 14524-14525); *Americas Watch, Police Abuse in Brazil: Summary Executions and Torture in São Paulo and Rio de Janeiro*. Nova York, 1987, p. 19-32 e 41-45; e Anistia Internacional, “Eles entram atirando”: Policiamento de comunidades socialmente excluídas, 2005, p. 38.

e 93,30% do sexo masculino”.<sup>74</sup> Na cidade do Rio de Janeiro, aproximadamente 65% das pessoas que morreram em 2015 são negras (negros e mulatos).<sup>75</sup> No Estado do Rio de Janeiro, estudos mostram que a oportunidade de um jovem negro de morrer por ação da polícia é quase 2,5 vezes maior do que a de um jovem branco.<sup>76</sup>

104. Em 1996, o Brasil reconheceu perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas que era preciso tomar medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais, provocadas por um funcionamento excessivamente lento das engrenagens da justiça, fruto, por sua vez, em muitas ocasiões, da incapacidade dos estados de realizar uma investigação policial eficiente.<sup>77</sup>

105. Por sua vez, a Comissão Interamericana salientou que as mortes ocorridas durante as intervenções policiais são registradas como legítima defesa; não obstante isso, da autópsia das vítimas comumente decorre que elas morrem por disparos recebidos em regiões vitais do corpo.<sup>78</sup> A esse respeito, em 1996, o Comitê de Direitos Humanos mostrou preocupação com os casos de execuções sumárias e arbitrárias cometidas por forças de segurança e “esquadrões da morte” no Brasil, dos quais, com frequência, participavam membros das forças de segurança, contra pessoas pertencentes a grupos especialmente vulneráveis.<sup>79</sup>

106. Há dificuldades para que os casos de execuções sumárias e arbitrárias sejam investigados de maneira adequada e, com frequência, ficam impunes.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2014: Jovens do Brasil*. Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional da Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Brasília, 2014, p. 9. Ver também Câmara dos Deputados, Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Homicídios de Jovens, Negros e Pobres (Brasília, julho de 2015) (expediente de prova, folhas 14994 e 15017). Ver também laudo pericial escrito apresentado por Marlon Weichert em 30 de setembro de 2016, folha 14570.

<sup>75</sup> Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://public.tableau.com/profile/instituto.de.seguran.a.p.blica.isp#/vizhome/LetalidadeViolenta/Resumo>. Acesso em: 22 de novembro de 2016.

<sup>76</sup> Laudo pericial escrito apresentado por Marlon Weichert em 30 de setembro de 2016, folha 14570. Ver também Jacqueline Sinhoretto *et al.*, *A Filtragem Racial na Seleção Policial de Suspeitos: Segurança Pública e Relações Raciais*, in: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro; BAPTISTA, Gustavo Camilo; e FIGUEREDO, Isabel Seixas de. *Pensando a Segurança Pública: Segurança Pública e Direitos Humanos: temas transversais*, Ministério da Justiça: Brasília, 2014, p. 132.

<sup>77</sup> Cf. Ata resumida da 1506ª sessão do Comitê de Direitos Humanos, 16 de julho de 1996. U.N. Doc. CCPR/C/SR.1506, par. 5.

<sup>78</sup> Cf. CIDH, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo III, par. 8, 11, 13; Depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 15554-15555); Depoimento prestado mediante *affidavit* por Jan Michael-Simon, em 29 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 15828).

<sup>79</sup> Cf. Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Brasil, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.66, 24 de julho de 1996, par. 6 e 8. Ver também laudo pericial apresentado mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 14515 a 14517 e 14519).

<sup>80</sup> Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Brasil, U.N.Doc. CCPR/C/79/Add.66, 24 de julho de 1996, par. 6 e 8; Depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 15557); Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. Rev.01 (29 de setembro de 1997) citado no depoimento prestado mediante *affidavit* por Jan Michael-Simon, em 29 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 15827); *Human Rights Watch*, *Força Letal. Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e São Paulo* (Nova York, 2009), p. 5. Ver também Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009, e peritagem prestada mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016, folhas 14510, 14514 a 14522.

107. Um dos elementos que dificultam as investigações são os formulários de “resistência à prisão”, os quais são emitidos antes da abertura da investigação relativa a um homicídio cometido por um agente policial. Antes de investigar e corroborar a conduta policial, em muitas das investigações se realiza uma investigação a respeito do perfil da vítima falecida e se encerra a investigação por considerar que era um possível criminoso.<sup>81</sup>

108. No Relatório sobre a Missão ao Brasil, em 2003, a então Relatora Especial das Nações Unidas sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias afirmou que “[uma] análise mais minuciosa revela que as mortes cometidas pela polícia são frequentemente execuções extrajudiciais mal disfarçadas”.<sup>82</sup> No Relatório da visita de 2007 e no Relatório de Acompanhamento das Recomendações, o Relator Especial reiterou que, na maioria dos casos, as execuções cometidas por policiais em serviço são registradas como “atos de resistência” ou casos de “resistência seguida de morte”, ou seja, a própria polícia determina se se tratou de uma execução extrajudicial ou de uma morte conforme a lei. Em raras ocasiões essas classificações realizadas pela própria polícia são investigadas seriamente, e poucos autores são processados ou condenados.<sup>83</sup>

109. Essa informação foi reproduzida por organizações não governamentais e igualmente reiterada nas peritagens anexadas ao presente caso.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Cf. CIDH, Relatório Nº 26/09, Caso 12.440, Wallace de Almeida (Brasil), 20 de março de 2009, par. 81 e 82. *Human Rights Watch*, Força Letal. Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e São Paulo (Nova York, 2009) p. 105; Depoimento prestado mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 16529, 16601); Depoimento prestado mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 14523); Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009, par. 13; peritagem apresentada mediante *affidavit* por Marlon Weichert, em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 14545 a 14548).

<sup>82</sup> Cf. Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, U.N. Doc. E/CN.4/2004/7/Add.3, 28 de janeiro de 2004, par. 40. Ver também depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 15556 a 15558).

<sup>83</sup> Cf. Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009; Acompanhamento das Recomendações de País – Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.4, 28 de maio de 2010. Ver também depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016, folhas 15557 e 15558; peritagem apresentada mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 16553-16555, 16561-16562, 16586-16587), e peritagem apresentada mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 14514-14515, 14519-14521).

<sup>84</sup> Cf. UNESCO, Mapa da Violência IV: os jovens do Brasil, Brasília, 2004, p. 57-58; CIDH, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de setembro de 1997, Capítulo III, par. 8, 11, 13; Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Brasil, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.66, 24 de julho de 1996, par. 6 e 8; Ata resumida da 1506ª sessão do Comitê de Direitos Humanos, 16 de julho de 1996. U.N. Doc. CCPR/C/SR.1506, par. 5; Relatório do Relator Especial sobre Formas Contemporâneas de Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, U.N. Doc. E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de fevereiro de 2006, par. 33, 36 e 38; Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009, III – Execuções Extrajudiciais pela Polícia, par. 7 e 8; Acompanhamento das Recomendações de País – Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.4, 28 de maio de 2010. Ver também *Americas Watch*, *Police Abuse in Brazil: Summary Executions and Torture in São Paulo and Rio de Janeiro* (Abuso Policial no Brasil: Execuções Sumárias e Tortura em São Paulo e Rio de Janeiro). Nova York, 1987, p. 19-32 e 41-45; *Human Rights Watch*, *Violência x Violência: Abusos aos Direitos Humanos e Criminalidade no Rio de Janeiro*, 1996; *Human Rights Watch*, *Brutalidade policial urbana no Brasil*, 1997;

110. Finalmente, embora a grande maioria das vítimas letais de operações policiais no Brasil sejam homens, as mulheres residentes em comunidades onde há “confrontos” geralmente se deparam com uma violência particular e são ameaçadas, atacadas, feridas, insultadas e, inclusive, objeto de violência sexual em mãos da polícia.<sup>85</sup>

111. Entre as medidas normativas existentes para enfrentar esse problema, o Ministério Público tem, entre as atribuições definidas no artigo 129 da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade de controle externo da atividade policial.<sup>86</sup>

112. Também a Lei Nº 12.030/2009 garante a autonomia técnica, científica e funcional dos peritos, e a Emenda Constitucional 45 estabeleceu o instituto de deslocamento de competência de casos de violações de direitos humanos da jurisdição estadual para a federal, a pedido do Chefe do Ministério Público.

## B.2. Antecedentes

### *Incursoção policial de 18 de outubro de 1994*<sup>87</sup>

113. Em 18 de outubro de 1994, pela manhã, uma incursão policial foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de 40 a 80 policiais civis e militares<sup>88</sup> de várias delegacias da cidade do Rio de Janeiro.<sup>89</sup> Somente 28 policiais foram identificados na investigação.<sup>90</sup>

114. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a: i) disparar contra os ocupantes e levar os corpos, cobertos por cobertores, à praça principal da comunidade; ou ii) deter ocupantes para levá-los e posteriormente privá-los da vida e depositar seus corpos na praça da comunidade.<sup>91</sup>

Anistia Internacional, *Rio de Janeiro 2003: Candelária e Vigário Geral 10 anos depois*, 2003; Justiça Global, *Relatório RIO: violência policial e insegurança pública*, 2004; Anistia Internacional, “*Eles entram atirando*”: *Policiamento de comunidades socialmente excluídas*, 2005; Anistia Internacional, *Nós Recolhemos os Pedacos: A Experiência da Violência Urbana para as Mulheres no Brasil*. Madri, 2008; *Human Rights Watch, Força Letal: Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e São Paulo*, 2009; Anistia Internacional, *Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*, 2015; e laudo pericial escrito apresentado por Marlon Weichert em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 14541).

<sup>85</sup> Cf. Anistia Internacional. *Nós Recolhemos os Pedacos: A Experiência da Violência Urbana para as Mulheres no Brasil*. Madri, 2008, p. 38 e 42.

<sup>86</sup> A competência do Ministério Público está definida no artigo 129, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal Brasileira, na Lei Complementar Nº 75/1993 e nas resoluções Nº 13/06 e Nº 23/06 editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

<sup>87</sup> O Estado reconheceu que as condutas perpetradas por agentes públicos durante incursões policiais na Favela Nova Brasília, em 1994 e 1995, redundaram no homicídio de 26 pessoas e em violência sexual contra três mulheres.

<sup>88</sup> Relatório da DIVAI, de 3 de dezembro de 1995. Averiguação Sumária Nº 460/95 (expediente de prova, folha 4992).

<sup>89</sup> Declaração testemunhal de Cesar Augusto Bento Leite, Jorge Luiz Andrade e Silva, Luiz Carlos Pereira Pinto, Carlos Alberto Figueroa Borges, Janse Theobald, Paulo Cannabrava Barata e Alonso Ferreira Neto à Delegacia Especial de Tortura e Abuso de Autoridade (expediente de prova, folhas 230-245); declaração de Gilton Machado Macarenhas (expediente de prova, folha 4362); declaração testemunhal de Jorge Luiz Andrade E. Silva (expediente de prova, folha 4363); e declaração testemunhal de Augusto Bento Leite (expediente de prova, folha 4365).

<sup>90</sup> Relação de policiais que participaram da Operação (expediente de prova, folhas 9471-9473).

<sup>91</sup> Cf. Notas de imprensa e carta da jornalista Fernanda Botelho Portugal (expediente de prova, folhas 144-145).

115. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram meninas de 15 e 16 anos de idade.<sup>92</sup>

116. Como resultado dessa incursão,<sup>93</sup> a polícia matou 13 residentes do sexo masculino da Favela Nova Brasília, quatro dos quais eram crianças: Alberto dos Santos Ramos, 22 anos (três ferimentos à bala no peito e um no braço esquerdo); André Luiz Neri da Silva, 17 anos (um ferimento à bala nas costas, um na parte esquerda do abdômen, um na mão esquerda, um no pulso direito e um no braço direito); Macmiller Faria Neves, 17 anos (um ferimento à bala na parte de trás da cabeça, um na região temporal esquerda, um no rosto e um no ombro esquerdo); Fábio Henrique Fernandes, 19 anos (oito ferimentos de bala na parte de trás do pescoço, seis ferimentos de bala na parte de trás da perna direita e um ferimento à bala na coxa esquerda); Robson Genuíno dos Santos, 30 anos (dois ferimentos à bala no abdômen e no peito); Adriano Silva Donato, 18 anos (três ferimentos à bala nas costas, na região temporal direita e no braço direito); Evandro de Oliveira, 22 anos (um ferimento à bala nas costas e dois nos olhos – um em cada olho); Alex Vianna dos Santos, 17 anos (dois ferimentos à bala na orelha e no peito); Alan Kardec Silva de Oliveira, 14 anos (dois ferimentos à bala na região temporal direita e na coxa direita); Sérgio Mendes Oliveira, 20 anos (nove ferimentos a bala na boca, no pescoço, no abdômen direito, no ombro esquerdo, na coxa direita, no quadril esquerdo, na nádega direita e dois na nádega esquerda); Ranilson José de Souza, 21 anos (três ferimentos à bala no olho esquerdo, na face esquerda e na parte de trás do crânio); Clemilson dos Santos Moura, 19 anos (dois ferimentos à bala na região temporal direita e um no braço direito); e Alexander Batista de Souza, 19 anos (um ferimento à bala nas costas e dois no ombro direito).<sup>94</sup>

*Incursão policial de 8 de maio de 1995*<sup>95</sup>

117. Em 8 de maio de 1995, aproximadamente às seis horas da manhã, um grupo de 14 policiais civis entrou na Favela Nova Brasília, com o apoio de dois helicópteros. A operação supostamente tinha como objetivo deter um carregamento

<sup>92</sup> Declaração testemunhal de L.R.J., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 154-158), e declaração testemunhal de C.S.S., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 160-164); declaração testemunhal de J.F.C., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 166-171).

<sup>93</sup> O Estado reconheceu, na audiência pública e em suas alegações finais escritas, que “as condutas perpetradas por agentes públicos durante incursões policiais na *Favela Nova Brasília*, em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 e consubstanciadas, especificamente, no homicídio de 26 (vinte e seis) pessoas e na violência sexual de outras três, representam violações aos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, ainda que tais fatos não estejam sob jurisdição temporal dessa Honorable Corte” (expediente de mérito, folha 1182).

<sup>94</sup> Relatório da autópsia Nº 8517/94 (expediente de prova, folhas 32-39); Relatório da autópsia Nº 8518/94 (expediente de prova, folhas 41-48); Relatório da autópsia Nº 8519/94 (expediente de prova, folhas 50-53); Relatório da autópsia Nº 8520/94 (expediente de prova, folhas 55-61); Relatório da autópsia Nº 8521/94 (expediente de prova, folhas 63-69); Relatório da autópsia Nº 8522/94 (expediente de prova, folhas 71-77); Relatório da autópsia Nº 8523/94 (expediente de prova, folhas 79-86); Relatório da autópsia Nº 8524/94 (expediente de prova, folhas 73-80); Relatório da autópsia Nº 8526/94 (expediente de prova, folhas 97-104); Relatório da autópsia Nº 8527/94 (expediente de prova, folhas 106-113); Relatório da autópsia Nº 8528/94 (expediente de prova, folhas 115-122); Relatório da autópsia Nº 8529/94 (expediente de prova, folhas 124-131), e Relatório da autópsia Nº 8525/94 (expediente de prova, folhas 133-138).

<sup>95</sup> O Estado reconheceu que a conduta adotada por agentes públicos durante as incursões policiais na Favela Nova Brasília, em 1994 e 1995, redundou no assassinato de 26 pessoas e em violência sexual contra três mulheres.



de armas que seria entregue a traficantes de drogas da localidade.<sup>96</sup> De acordo com testemunhas, houve um tiroteio entre policiais e supostos traficantes de drogas, que causou pânico na comunidade.<sup>97</sup>

118. Como resultado dessa incursão policial, três policiais foram feridos<sup>98</sup> e 13 homens da comunidade foram mortos.<sup>99</sup> As análises forenses com base nos relatórios de autópsia mostraram numerosos ferimentos a bala no corpo das 13 vítimas, com frequência impactando o peito, perto do coração e a cabeça.<sup>100</sup> Além disso, documentos provenientes do Hospital Getúlio Vargas indicaram que as 13 pessoas chegaram mortas ao hospital.<sup>101</sup>

119. As pessoas falecidas foram: Cosme Rosa Genoveva, 20 anos (três ferimentos a bala no peito, um no joelho, um no pé e um na coxa); Anderson Mendes, 22 anos (um ferimento à bala na nádega direita e dois na caixa torácica esquerda); Eduardo Pinto da Silva, 18 anos (vários ferimentos à bala no peito); Nilton Ramos de Oliveira Júnior, 17 anos (dois ferimentos à bala no peito); Anderson Abrantes da Silva, 18 anos (um ferimento à bala na região temporal direita); Márcio Félix, 21 anos (um ferimento à bala no peito, dois na coxa superior esquerda, dois nas costas, um no ombro esquerdo, dois no lado direito inferior das costas, um na mão direita e um na mão esquerda); Alex Fonseca Costa, 20 anos (um ferimento à bala no pescoço, um no peito esquerdo, um na coxa superior direita, um no joelho direito); Jacques Douglas Melo Rodrigues, 25 anos (um ferimento à bala na região frontal direita, um no queixo, um na parte superior direita do peito e um no ombro direito); Renato Inácio da Silva, 18 anos (um ferimento à bala na zona temporal esquerda e um no peito); Ciro Pereira Dutra, 21 anos (um ferimento à bala nas costas, perto do ombro esquerdo); Welington Silva, 17 anos (um ferimento à bala no peito e uma no ombro direito); Fábio Ribeiro Castor, 20 anos (um ferimento à bala no pescoço, dois no peito e um no abdômen); e Alex Sandro Alves dos Reis, 19 anos (dois ferimentos à bala no peito e um no braço esquerdo).<sup>102</sup>

<sup>96</sup> Boletim de Ocorrência Nº 000252/95, de 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 323-332); e carta do delegado Marcos Alexandre C. Reimão, de 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 320-321).

<sup>97</sup> Boletim de Ocorrência Nº 000252/95, de 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 323-332).

<sup>98</sup> Carta do delegado Marcos Alexandre C. Reimão, de 8 de maio de 1995; carta da jornalista Fernanda Botelho Portugal (expediente de prova, folhas 144-145); e Ofício SJU/GAB, de 1º de dezembro de 1994 (expediente de prova, folhas 320-321).

<sup>99</sup> O Estado reconheceu que “as condutas perpetradas por agentes públicos durante incursões policiais na *Favela Nova Brasília*, em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 e consubstanciadas, especificamente, no homicídio de 26 (vinte e seis) pessoas e na violência sexual de outras três, representam violações aos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, ainda que tais fatos não estejam sob jurisdição temporal [da Corte]” (expediente de mérito, folha 1182).

<sup>100</sup> Relatório Pericial da perita forense Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folhas 576-578).

<sup>101</sup> Atas de Remoção de Cadáver preenchidas por Paulino Soares M. Filho (guarda do Hospital Getúlio Vargas), em 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 487-549).

<sup>102</sup> Relatório da autópsia Nº 891/95 (expediente de prova, folhas 356-361); Relatório da autópsia Nº 00892/95 (expediente de prova, folhas 363-368); Relatório da autópsia Nº 893/95 (expediente de prova, folhas 370-374); Relatório da autópsia Nº 894/95 (expediente de prova, folhas 376-382); Relatório da autópsia Nº 895/95 (expediente de prova, folhas 384-389); Relatório da autópsia Nº 896/95 (expediente de prova, folhas 391-396); Relatório da autópsia Nº 897/95 (expediente de prova, folhas 398-403); Relatório da autópsia Nº 898/95 (expediente de prova, folhas 405-411); Relatório da autópsia Nº 899/95 (expediente de prova, folhas 413-418); Relatório da autópsia Nº 900/95 (expediente de prova, folhas 420-424); Relatório da autópsia Nº 901/95 (expediente de prova, folhas 426-431); Relatório da autópsia Nº 902/95 (expediente de prova, folhas 433-439); e Relatório da autópsia Nº 903/95 (expediente de prova, folhas 441-445).

*Investigações sobre a incursão policial de 18 de outubro de 1994*

120. O primeiro inquérito sobre o ocorrido em 18 de outubro de 1994 foi conduzido pela Divisão de Repressão a Entorpecentes (DRE) da Polícia Civil do Rio de Janeiro e registrado no Boletim de Ocorrência Nº 523, no mesmo dia da incursão policial.<sup>103</sup> Esse inquérito policial foi autuado sob o número IP Nº 187/94, e as 13 mortes foram registradas na categoria de “resistência com morte dos opositores”. No inquérito, foi incluída uma lista das armas e drogas junto a depoimentos de seis policiais da DRE que participaram da operação, os quais descreveram confrontos contra pessoas armadas. Todos mencionaram que haviam retirado os corpos dos “opositores” do lugar da morte com a intenção de salvar-lhes a vida.<sup>104</sup>

121. A Divisão de Assuntos Internos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (DIVAI) também iniciou, em 10 de novembro de 1994, um inquérito administrativo, em consequência de uma carta da jornalista Fernanda Botelho Portugal, em relação a uma investigação de campo por ela realizada na Favela Nova Brasília.<sup>105</sup> No documento, a jornalista informou haver visitado duas casas onde seis homens jovens haviam sido executados e ter conversado com duas jovens que foram testemunhas dessas violentas ações por parte da polícia. Uma delas denunciou que a polícia havia levado seu companheiro vivo e algemado, mas que depois apareceu morto; enquanto a outra informou que havia sido vítima de violência sexual por parte da polícia.<sup>106</sup> Essas mesmas casas foram examinadas por peritos forenses criminais em 17 de novembro de 1994, sem resultados conclusivos. Em seu relatório, os peritos observaram que o exame foi realizado um mês depois dos eventos; que os lugares não haviam sido preservados; e que a jornalista Portugal – que acompanhou os peritos – constatou que os imóveis encontravam-se completamente diferentes daqueles que vislumbrara um mês antes.<sup>107</sup>

122. Paralelamente ao inquérito policial da DRE e ao inquérito administrativo da DIVAI, em 19 de outubro de 1994, o Governador do Estado do Rio de Janeiro criou uma Comissão Especial de Sindicância, constituída pelo Secretário Estadual de Justiça, pela Corregedora Geral da Polícia Civil, pelo Diretor-Geral do Departamento Geral de Polícia Especializada e por dois representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).<sup>108</sup>

123. Em 12 de novembro de 1994, a Comissão Especial de Sindicância recebeu os depoimentos de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., as três supostas vítimas de violência sexual. L.R.J. e C.S.S. declararam que um grupo de aproximadamente 10 policiais entraram na casa atirando, e as chutaram e deram socos nos seus ouvidos, na barriga e nas pernas, mandaram que se deitassem de barriga para baixo e passaram a desferir golpes com

<sup>103</sup> Boletim de Ocorrência Nº 523, de 18 de outubro de 1994 (expediente de prova, folhas 6-20).

<sup>104</sup> Boletim de Ocorrência Nº 0000523, de 18 de outubro de 1994 (expediente de prova, folhas 6-20).

<sup>105</sup> Relatório de Mérito Nº 141/11 (par. 89).

<sup>106</sup> Carta da jornalista Fernanda Botelho Portugal (expediente de prova, folhas 144-145).

<sup>107</sup> Relatório de Local do Crime OC Nº 3.420-A/94/SPH. Laudo Nº 1156011, de 17 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 147-152).

<sup>108</sup> Ofício SJU/GAB, de 1º de dezembro de 1994 (expediente de prova, folha 201).

uma ripa de madeira nas nádegas das três. Declararam também que: i) foram vítimas de abusos verbais e físicos enquanto eram questionadas sobre o paradeiro de um traficante de drogas; ii) um policial começou a apertar suas nádegas e suas pernas, e forçou C.S.S. a tirar a blusa para poder ver seus seios, momento em que lhe disse que “estava boa para ser comida”; iii) outro policial, depois de ver os seios de C.S.S., a levou ao banheiro, a ameaçou de morte e a forçou a despir-se e a ter sexo anal com ele;<sup>109</sup> e iv) um policial conhecido como “Turco” forçou L.R.J. a praticar sexo oral com ele, segurando-a pelo cabelo para aproximar o rosto de seu pênis, e depois se masturbou e ejaculou em seu rosto. Finalmente, declararam que quando os policiais saíram, elas foram ao Hospital Salgado Filho para receber assistência médica, e posteriormente, junto com “André”, tentaram buscar refúgio em outro lugar nessa mesma noite.<sup>110</sup>

124. Por sua vez, J.F.C. informou que estava dormindo numa casa da Favela Nova Brasília com seu noivo André Luiz Neri da Silva, também conhecido como “Paizinho”, que era traficante de drogas e tinha um lança-granadas e um fuzil. Aproximadamente às cinco horas de 18 de outubro de 1994, acordaram com cerca de 10 policiais entrando violentamente em sua casa, os quais rapidamente os dominaram, confiscaram as armas de seu noivo e começaram a agredi-los. J.F.C. informou que lhe aplicaram pontapés nas pernas e no estômago, enquanto lhe perguntavam sobre o paradeiro de um traficante de drogas chamado “Macarrão”, e que um policial lhe tocou os seios enquanto os demais policiais olhavam. J.F.C. afirmou que a polícia agrediu violentamente André, que estava algemado, e que finalmente o levaram vivo. No entanto, ele foi encontrado morto entre os 13 cadáveres retirados após a operação policial.<sup>111</sup>

125. Em 14 de novembro de 1994, L.R.J., C.S.S. e J.F.C. foram submetidas a exames médicos forenses no Instituto Médico Legal (IML) para verificar suas lesões físicas ou sexuais. Esses exames não tiveram resultados conclusivos em virtude do tempo transcorrido.<sup>112</sup> Em 18 de novembro de 1994, as três participaram do processo de identificação para reconhecer os policiais militares e civis, supostos homicidas: L.R.J. reconheceu José Luiz Silva dos Santos como um dos que invadiram a casa e a agrediram, e notou alguma semelhança entre Rubens de Souza Bretas e um dos invasores.<sup>113</sup> C.S.S. identificou Plínio Alberto dos Santos Oliveira como o homem que a forçou a ter sexo anal com ele, e Rubens de Souza Bretas e Márcio Mendes Gomes como dois dos que invadiram a casa e a agrediram.<sup>114</sup> J.F.C. identificou Carlos Coelho Macedo como um dos que algemaram André Luiz Neri da Silva; reconheceu Rubens de Souza Bretas e

<sup>109</sup> Declaração testemunhal de C.S.S., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 160-164).

<sup>110</sup> Declaração testemunhal de L.R.J., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 154-158).

<sup>111</sup> Declaração testemunhal de J.F.C., de 12 de novembro de 1994, à Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 166-171).

<sup>112</sup> Exames de Corpo de Delito de L.R.J., C.S.S. e J.F.C. Nº 12242/94, de 14 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 173-177).

<sup>113</sup> Autos de Reconhecimento de Pessoa de L.R.J., de 18 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 179-182).

<sup>114</sup> Autos de Reconhecimento de Pessoa de C.S.S., de 18 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 184-187).

Wagner Castilho Leite como dois dos agressores, e notou alguma semelhança entre Reinaldo Antonio da Silva Filho, Reinaldo Borges Barros e seus agressores.<sup>115</sup>

126. Em 22 de novembro de 1994, o Secretário de Estado da Polícia Civil solicitou que os autos do inquérito IP Nº 187/94 fossem enviados à Delegacia Especial de Tortura e Abuso de Autoridade (DETA), que seria responsável por continuar as investigações, solicitação esta que não foi cumprida por vários anos.<sup>116</sup>

127. Em 1º de dezembro de 1994, a Comissão Especial de Sindicância emitiu seu relatório final e o apresentou ao Governador do Estado do Rio de Janeiro.<sup>117</sup> Nesse documento, o então Secretário de Justiça afirmou que, com base nas provas coletadas, havia fortes indícios de que pelo menos alguns dos mortos haviam sido executados sumariamente.<sup>118</sup> Diante disso, e dos fortes indícios de “abusos sexuais” contra crianças, o Secretário Estadual de Justiça solicitou especificamente que um membro do Ministério Público acompanhasse o inquérito policial.<sup>119</sup> Esse pedido foi atendido mediante a designação de dois promotores pelo Chefe do Ministério Público.<sup>120</sup>

128. Em consequência do inquérito administrativo da Comissão Especial de Sindicância, o Chefe da DETAA solicitou a instauração de um novo inquérito policial e administrativo para investigar os fatos de 18 de outubro de 1994.<sup>121</sup> Esse inquérito policial foi instaurado em 5 de dezembro de 1994 e registrado com o número IP Nº 52/94.<sup>122</sup>

129. No âmbito do inquérito IP Nº 52/94, entre 19 de dezembro e 26 de dezembro de 1994, nove policiais da DRE depuseram perante o delegado encarregado da investigação. Dois policiais afirmaram não haver participado da operação<sup>123</sup> e os outros sete reconheceram haver participado, afirmando que a incursão estava a cargo do delegado José Secundino. Não obstante isso, afirmaram que não foram testemunhas ou participaram de nenhum ato de tortura ou abuso, e que somente se deram conta de que pessoas haviam morrido quando viram os corpos numa rua da favela antes que fossem levados ao hospital.<sup>124</sup> Em 30 de dezembro de 1994, o Chefe da DETAA solicitou novas medidas.<sup>125</sup> No entanto, segundo as provas apresentadas, não houve avanço algum na investigação entre os anos de 1995 e 2002.

<sup>115</sup> Auto de Reconhecimento de Pessoa de J.F.C., de 18 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 189-196).

<sup>116</sup> Boletim Informativo Nº 209, de 22 de novembro de 1994 (expediente de prova, folha 203).

<sup>117</sup> Ofício SJU/GAB, de 1º de dezembro de 1994 (expediente de prova, folhas 198-201).

<sup>118</sup> Ofício SJU/GAB, de 1º de dezembro de 1994 (expediente de prova, folha 201).

<sup>119</sup> Ofício SJU/GAB Nº 1057/94 (expediente de prova, folha 140).

<sup>120</sup> Ofício CPGJ Nº 821 (expediente de prova, folha 142).

<sup>121</sup> Decisão da Autoridade Policial da DETAA, de 28 de novembro de 1994 (expediente de prova, folhas 205-208).

<sup>122</sup> Instrução da DETAA, de 5 de dezembro de 1994 (expediente de prova, folha 25).

<sup>123</sup> Depoimento de Rogério Pereira da Silva e José Lino da Costa (expediente de prova, folhas 227-228).

<sup>124</sup> Declaração testemunhal de Cesar Augusto Bento Leite, Jorge Luiz Andrade e Silva, Luiz Carlos Pereira Pinto, Carlos Alberto Figueroa Borges, Janse Theobald, Paulo Cannabrava Barata e Alonso Ferreira Neto perante a Delegacia Especial de Tortura e Abuso de Autoridade (expediente de prova, folhas 230-245).

<sup>125</sup> Decisão da Autoridade Policial da DETAA, de 30 de dezembro de 1994. (expediente de prova, folhas 247 a 249).

*Investigação sobre a incursão policial de 8 de maio de 1995*

130. A segunda incursão policial na Favela Nova Brasília foi informada em 8 de maio de 1995 ao delegado encarregado da Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros (DRRFCEF) da Polícia Civil do Rio de Janeiro.<sup>126</sup>

131. Nessa mesma data, dois membros da polícia civil participantes da incursão registraram os fatos por meio do Boletim de Ocorrência N° 252/95, qualificando-os como “tráfico de drogas, grupo armado e resistência seguida de morte” e informaram os nomes dos policiais que participaram da incursão.<sup>127</sup>

132. O inquérito policial foi registrado como IP N° 061/95, inicialmente conduzido pela DRRFCEF.<sup>128</sup> Em 8 de maio de 1995, um policial prestou depoimento perante essa autoridade policial,<sup>129</sup> e também o fizeram seis residentes da Favela Nova Brasília.<sup>130</sup>

133. Em 15 de maio de 1995, o funcionário encarregado do inquérito determinou que fossem realizadas as seguintes diligências: solicitar os resultados dos exames relativos aos materiais apreendidos; unir os registros de exame cadavérico dos agressores que morreram no confronto; identificar e processar Wanderley Messias do Nascimento por posse de entorpecentes; identificar e investigar “Marcinho VP”, suposto chefe do tráfico de entorpecentes, e iniciar o processo sumário para conceder a “promoção por ato de valentia” a todos os policiais que participaram da operação.<sup>131</sup>

134. Em 23, 30 e 31 de maio de 1995, 19 policiais que participaram da incursão policial prestaram depoimento como testemunhas dos fatos. Em termos gerais, todos eles reiteraram declarações prévias e afirmaram que: i) houve um confronto e um forte fogo cruzado; ii) drogas e armas foram apreendidas; iii) três policiais foram feridos; e iv) as pessoas da comunidade feridas foram removidas e levadas ao hospital.<sup>132</sup> Entre os meses de junho e setembro de 1995, foram realizadas investigações sobre os antecedentes penais das 13 pessoas assassinadas.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> Carta do delegado Marcos Alexandre Reimão, de 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 320 e 321).

<sup>127</sup> Boletim de Ocorrência N° 252/95, de 8 de maio de 1995 (expediente de prova, folhas 323 a 332).

<sup>128</sup> Cf. Relatório de Mérito N° 141/11, par. 110.

<sup>129</sup> Declaração testemunhal de Moisés Pereira Castro, de 8 de maio de 1995, perante a Superintendência de Polícia Judiciária (expediente de prova, folhas 336-337).

<sup>130</sup> Declaração testemunhal de Jorge Luiz de Sais e Márcio Lima, de 8 de maio de 1995, perante a Superintendência de Polícia Judiciária (expediente de prova, folhas 339-341); declaração testemunhal de Everton Eugênio Gonçalves Silva, Fabiano Bessa e Ubiraci Silva de Jesus, de 8 de maio de 1995, perante a Superintendência de Polícia Judiciária (expediente de prova, folhas 343-348); declaração testemunhal de Raimundo Edilson Reis, de 8 de maio de 1995, perante a Superintendência de Polícia Judiciária (expediente de prova, folhas 350-351).

<sup>131</sup> Decisão da Autoridade Policial, de 15 de maio de 1995 (expediente de prova, folha 353).

<sup>132</sup> Declarações testemunhais do delegado Marcos Alexandre Cardoso Reimão e dos policiais Carlos Alberto Gonçalves Vieira, Vitor Pereira Júnior, Gustavo Barbosa Lima, Cesar Ulisses C. Machado, Newton Frões de Azevedo Filho, Renato José Lopes, Alfredo Silva Neto, Carlos Alberto Donato da Cruz, Márcio Mendes Gomes, Alcides Pereira de Carvalho Filho, Adonis Lopes de Oliveira, Renato Babaióf, Flávio Martins Molina, Lúcio Desidério de Assumpção, Alfredo Pereira dos Santos, Paulo Márcio de Bragança Teixeira, Flávio Noronha e Mauro José Gonçalves, em 23, 30 e 31 de maio de 1995, perante a Superintendência de Polícia Judiciária (expediente de prova, folhas 447-483).

<sup>133</sup> Cf. Relatório de Mérito N° 141/11, par. 114.

135. Em 29 de junho de 1995, a Promotora Maria Ignez C. Pimentel solicitou diversas diligências, entre elas, a citação do motorista do veículo que transportou as supostas vítimas ao hospital.<sup>134</sup> Desse modo, em 6 de julho de 1995, o declarante informou que não sabia se as pessoas transportadas ao hospital já estavam mortas no momento da ocorrência.<sup>135</sup>

136. Em 21 de setembro de 1995, o delegado encarregado do inquérito emitiu seu relatório final, no qual afirmou que a operação policial foi destinada a interceptar a entrega de um carregamento de armas, mas que, diante do ataque sofrido por parte de moradores da favela, a polícia havia reagido. Em consequência da operação, 13 indivíduos foram feridos e não sobreviveram; e drogas e armas foram apreendidas, sem a identificação de a quem pertenciam. O delegado decidiu que nenhuma diligência probatória adicional era necessária, e determinou o envio dos autos ao Ministério Público.<sup>136</sup>

137. Em 29 de janeiro de 1996, a Promotora Maria Ignez Pimentel solicitou que os familiares das 13 vítimas fossem citados.<sup>137</sup> Alguns desses familiares prestaram depoimento em 16 de fevereiro, 1º de março, 8 de março, 22 de março e 29 de março de 1996.<sup>138</sup> Transcorreram mais de quatro anos sem que se realizasse nenhuma diligência relevante no âmbito do inquérito IP N° 061/95.

### C. Fatos no âmbito da competência temporal da Corte

#### *Investigações sobre a incursão policial de 18 de outubro de 1994*

138. De acordo com a prova nos autos, não houve nenhuma atuação processual relevante entre 1995 e 2002. Em 27 de agosto de 2002, os autos do IP N° 52/94 (iniciado pela DETAA) foram reenumerados com o N° 141/02 pela Corregedoria<sup>139</sup> Interna da Polícia Civil (COINPOL).<sup>140</sup>

139. Em 15 de dezembro de 2003, o inquérito IP N° 187/94 (iniciado pela DRE) foi reenumerado pela COINPOL com o número IP N° 225/03. Entre 22 de janeiro de 2004 e 26 de fevereiro de 2007, foram apresentadas várias solicitações de concessão de prazo para o cumprimento de diligências ordenadas.<sup>141</sup>

140. Apesar de, desde 22 de novembro de 1994, o Secretário de Estado da Polícia Civil ter solicitado que o IP N° 187/94 fosse enviado à DETAA (par. 126 *supra*),

<sup>134</sup> Manifestação da Promotora Maria Ignez Pimentel, de 29 de junho de 1995 (expediente de prova, folhas 551-552).

<sup>135</sup> Declaração testemunhal de Marcos Luiz Rodrigues, de 6 de julho de 1995, perante a Secretaria de Estado da Polícia Civil (expediente de prova, folhas 554-555).

<sup>136</sup> Relatório com conclusões do IP N° 061/95, de 21 de setembro de 1995 (expediente de prova, folhas 557-560).

<sup>137</sup> Manifestação da Promotora Maria Ignez Pimentel, de 29 de janeiro de 1996 (expediente de prova, folha 562).

<sup>138</sup> Declarações testemunhais de familiares de vítimas, em 16 de fevereiro, 1º de março, 8 de março, 22 de março e 29 de março de 1996, perante a Promotora de Investigação Penal (expediente de prova, folhas 563-574).

<sup>139</sup> Equivalente a um Departamento de Assuntos Internos.

<sup>140</sup> Capa do expediente reenumerado 141/02 (expediente de prova, folha 27).

<sup>141</sup> Pedido de prazo para cumprimento de diligências (expediente de prova, folhas 270-298).

somente em 2007 o IP Nº 187/94 (renumerado como IP Nº 225/03 pela COINPOL)<sup>142</sup> foi unificado com o IP Nº 52/94 (renumerado como IP Nº 141/02 pela COINPOL). Ambos os autos foram agrupados no IP Nº 141/02 da Corregedoria Geral de Polícia.<sup>143</sup>

141. Depois de unificados os autos, duas medidas foram adotadas: em 15 de fevereiro de 2008, o delegado encarregado da incursão policial de 18 de outubro de 1994 foi citado para prestar depoimento sobre os fatos<sup>144</sup> e, em 19 de setembro de 2008, uma ordem de citação determinou a busca dos familiares das supostas vítimas assassinadas.<sup>145</sup>

142. Em 30 de abril e 13 de agosto de 2009, foram solicitados novos prazos para o cumprimento das diligências que faltavam.<sup>146</sup> Em 14 de agosto, foi emitido o relatório final, dando conta de que se extinguiu a ação penal, aplicando-se a prescrição por decurso de prazo.<sup>147</sup> Em 18 de agosto de 2009, o relatório final foi enviado ao Ministério Público.<sup>148</sup>

143. Em 1º de outubro de 2009, o Ministério Público solicitou o arquivamento do caso “em razão da inevitável extinção de punibilidade pela prescrição”.<sup>149</sup> Em 3 de novembro de 2009, o Juiz da 31ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, baseando-se nas considerações do Ministério Público, determinou o arquivamento do IP Nº 141/02.<sup>150</sup>

144. Em consequência da emissão do Relatório de Mérito Nº 141/11 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e seu envio ao Ministério Público do Rio de Janeiro, em 7 de março de 2013, o Subprocurador-Geral de Justiça (Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) solicitou o desarquivamento do inquérito sobre o massacre (chacina) ocorrido em 18 de outubro de 1994. Entre as justificativas para esse pedido, o Subprocurador-Geral salientou que o inquérito original (IP Nº 141/94) se referia a crimes de “abuso de autoridade, agressões, torturas, bem como outras infrações penais”, e não aos homicídios efetivamente ocorridos naquela data.<sup>151</sup> Do mesmo modo, nem o Chefe de Polícia, nem o Procurador, nem o Juiz que confirmou o arquivamento do inquérito se manifestaram sobre os crimes que efetivamente ocorreram nesse dia na favela Nova Brasília. Nesse sentido, o relatório aprovado pelo Subprocurador-Geral destaca que, com efeito, ocorreram homicídios, inclusive latrocínio, bem como violências sexuais, tortura e abuso de poder.<sup>152</sup> Por outro lado, o documento mostra que os delitos de violência sexual estariam prescritos e não poderiam ser investigados novamente.<sup>153</sup>

<sup>142</sup> Certificado do envio à COINPOL, em 15 de dezembro de 2003 (expediente de prova, folhas 22-23).

<sup>143</sup> Certificado de unificação de expedientes, em 13 de agosto de 2007 (expediente de prova, folhas 29-30).

<sup>144</sup> Convocação de José Secundino (expediente de prova, folha 308).

<sup>145</sup> Ordem de citação IP Nº 141/02 (expediente de prova, folha 310).

<sup>146</sup> IP Nº 141/02, Ofício de 30 de abril de 2009 (expediente de prova, folha 5099); IP Nº 141/02, Ofício de 13 de agosto de 2009 (expediente de prova, folha 5101).

<sup>147</sup> IP Nº 141/02, Ofício de 14 de agosto de 2009 (expediente de prova, folhas 5102 e 5103).

<sup>148</sup> IP Nº 141/02, Ofício de 18 de agosto de 2009 (expediente de prova, folha 5104).

<sup>149</sup> IP Nº 141/02, Ofício de 1º de outubro de 2009 (expediente de prova, folhas 5105-5107).

<sup>150</sup> IP Nº 141/02, decisão do Juiz da 31ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 3 de novembro de 2009 (expediente de prova, folhas 5108-5109).

<sup>151</sup> Pedido de desarquivamento, de 7 de março de 2013 (expediente de prova, folha 6409).

<sup>152</sup> Pedido de desarquivamento, de 7 de março de 2013, folhas 6427, 6430.

<sup>153</sup> Pedido de desarquivamento, de 7 de março de 2013, folhas 6427, 6431.

145. Posteriormente, em 16 de maio de 2013, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), iniciou uma ação penal contra seis implicados na operação da Favela Nova Brasília pelo homicídio das 13 vítimas.<sup>154</sup>

146. Em 21 de maio de 2013, a 1ª Vara Criminal admitiu a denúncia e ordenou a prática de diversas diligências.<sup>155</sup> Entre junho e agosto de 2013, os acusados apresentaram suas contestações à ação penal.<sup>156</sup> Em 18 de dezembro de 2013, foi realizada uma audiência de instrução e julgamento com a presença dos seis acusados.<sup>157</sup> Em 17 de janeiro de 2014, o Ministério Público solicitou que fossem localizadas J.F.C., C.S.S. e L.R.J.<sup>158</sup> Em 7 de julho de 2014, a audiência de instrução e julgamento prosseguiu com a ausência de um acusado e duas testemunhas oferecidas pelo Ministério Público.<sup>159</sup>

147. Em 1º de setembro de 2014, o Ministério Público solicitou novamente a realização de diligências para localizar J.F.C., C.S.S. e L.R.J., que não haviam podido ser localizadas.<sup>160</sup> Em 23 de outubro de 2014, L.R.J. foi contatada por telefone e confirmou seu endereço.<sup>161</sup> Em 27 de março de 2015, o Ministério Público solicitou a citação de L.R.J. no domicílio que havia informado, bem como a expedição de ofícios em que constara o número de CPF de C.S.S.;<sup>162</sup> e, em 8 de abril de 2015, se ordenou a tramitação dessas solicitações.<sup>163</sup> Em audiência realizada em 2 de agosto de 2016, recebeu-se o depoimento da vítima C.S.S.; L.R.J. apresentou atestado médico para justificar seu não comparecimento, e J.F.C. não foi localizada.<sup>164</sup>

148. As investigações não esclareceram as mortes das 13 supostas vítimas e ninguém foi punido pelos fatos denunciados. Com relação à violência sexual contra C.S.S., L.R.J. e L.F.C., as autoridades públicas jamais realizaram uma investigação sobre esses fatos concretos.

#### *Investigação sobre a incursão policial de 8 de maio de 1995*

149. Em 25 de setembro de 2000, a pedido da promotoria, a perita forense Tania Donati Paes Rio apresentou um relatório pericial sobre as autópsias das supostas vítimas.<sup>165</sup>

150. A perita salientou que, de acordo com as informações registradas, tanto nos meios de imprensa como nos documentos do processo, bem como na literatura médica, cenários de intercâmbio de múltiplos disparos são resultado mais da intenção de eliminar o

<sup>154</sup> Petição inicial do Ministério Público, de 13 de maio de 2013 (expediente de prova, folhas 6438 e 6439).

<sup>155</sup> Decisão do Juiz da 1ª Vara Criminal, de 21 de maio de 2013 (expediente de prova, folha 6447).

<sup>156</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folhas 6477-6478, 6483-6485, 6487-6490, 6491-6495, 6497-6498, 6517-6524, 6525-6528).

<sup>157</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6658).

<sup>158</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6665).

<sup>159</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6780).

<sup>160</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6837).

<sup>161</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6841).

<sup>162</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6853).

<sup>163</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6855).

<sup>164</sup> Depoimento prestado mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 16588).

<sup>165</sup> Relatório Pericial da perita forense Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folhas 576-578).



opositor do que do simples fato de tentar neutralizar um ataque.<sup>166</sup> Além disso, acrescentou que o fato de que os ferimentos a bala nas vítimas tenham, com frequência, impactado o peito perto do coração e a cabeça, e de que seis dos mortos tenham sido atingidos por um ou dois disparos, mostrava uma alta eficiência letal. Sete corpos, ademais, apresentavam sinais de lesões causadas por objetos contundentes e fraturas.<sup>167</sup>

151. Em 2 de outubro de 2000, o promotor solicitou a realização de diversas diligências.<sup>168</sup> Em 10 de agosto de 2000, o inquérito policial recebeu um novo número: IP N° 120/01.<sup>169</sup> Posteriormente, em 31 de janeiro de 2003, o promotor emitiu uma ordem relacionada com múltiplos inquéritos policiais que poderiam estar relacionadas com os fatos da incursão policial de 1995, inclusive a operação policial levada a cabo na Favela Nova Brasília, em outubro de 1994.<sup>170</sup>

152. Entre fevereiro de 2003 e outubro de 2004, houve um mal-entendido no número de identificação dos autos. Finalmente, em 30 de novembro de 2004, superado o mal-entendido, o Chefe da Polícia Civil submeteu o inquérito IP N° 120/01 à competência da COINPOL.<sup>171</sup> Em 29 de dezembro de 2004, esse inquérito policial recebeu um novo número: IP N° 217/04.<sup>172</sup>

153. Em 27 de janeiro de 2005, o Delegado da COINPOL encarregado do inquérito resumiu o andamento das investigações e solicitou a busca judicial, relativa à existência, ou não, de processos civis apresentados contra o Estado do Rio de Janeiro por parte dos familiares das vítimas fatais entre 1995 e 2000.<sup>173</sup> Essa diligência foi reiterada no dia 13 de fevereiro de 2006.<sup>174</sup>

154. O prazo para a conclusão do inquérito policial expirou em múltiplas e sucessivas ocasiões, entre abril de 2006 e junho de 2008, e esse prazo foi renovado sucessivamente, sem avanços nas diligências.<sup>175</sup> Finalmente, em 23 de setembro de 2008, o delegado encarregado desse inquérito emitiu um relatório concluindo que “em aproximadamente treze anos de investigação, o que foi coligido aos autos nos remete à ocorrência de um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente a uma ‘guerra’, culminou com mortes e pessoas feridas”.<sup>176</sup>

<sup>166</sup> Relatório Pericial da perita forense Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folha 577).

<sup>167</sup> Relatório Pericial da perita forense Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folha 578).

<sup>168</sup> Manifestação do Promotor Stephan Stamm, em 2 de outubro de 2000 (expediente de prova, folha 580).

<sup>169</sup> Renumeração do IP N° 061/95 como IP 120/01 (expediente de prova, folhas 312-315).

<sup>170</sup> Manifestação do Promotor Daniel Lima Ribeiro, em 31 de janeiro de 2003 (expediente de prova, folhas 585-586).

<sup>171</sup> Avocação e Distribuição de Processo, em 30 de novembro de 2004 (expediente de prova, folha 656).

<sup>172</sup> Renumeração do IP N° 120/01 como IP N° 217/04 (expediente de prova, folhas 317-318).

<sup>173</sup> Manifestação do Oficial de Polícia Fernando Albuquerque, em 27 de janeiro de 2005 (expediente de prova, folhas 658-659).

<sup>174</sup> Manifestação do Oficial de Polícia Fernando Albuquerque, em 13 de fevereiro de 2016 (expediente de prova, folhas 661).

<sup>175</sup> Pedido de prazo para cumprimento de diligências (expediente de prova, folhas 663-693).

<sup>176</sup> Relatório da Polícia Civil do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 5740-5745).

155. Em 2 de outubro de 2008, os autos foram enviados ao Ministério Público,<sup>177</sup> que solicitou seu arquivamento em 1º de junho de 2009.<sup>178</sup> Em 18 de junho de 2009, o Juiz da 3ª Vara Criminal decidiu arquivar o processo.<sup>179</sup>

156. Em 31 de outubro de 2012, o Ministério Público apresentou um relatório sobre a possibilidade de desarquivar o inquérito, salientando que houvera falhas em sua condução.<sup>180</sup> Em 11 de dezembro de 2012, o Juiz da 3ª Vara Criminal resolveu que não era possível desarquivá-lo.<sup>181</sup> Não obstante isso, em 10 de janeiro de 2013, o Procurador-Geral de Justiça deu competência ao Ministério Público para investigar.<sup>182</sup> Em 9 de julho de 2013, a Divisão de Homicídios abriu um novo inquérito policial.<sup>183</sup>

157. Como parte da investigação policial, em 11 de julho de 2013, solicitou-se à Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos (DFAE) o envio do histórico de armas;<sup>184</sup> em 1º de agosto de 2013, foram enviados três históricos<sup>185</sup> e, em 18, 19 e 20 de novembro, diversas testemunhas dos fatos de 8 de maio de 1995 prestaram depoimento.<sup>186</sup>

158. Em 21 de outubro de 2014, o Ministério Público apresentou o relatório das diligências de análise das armas.<sup>187</sup> Entre novembro de 2014 e maio de 2015, conduziram-se diligências relativas às armas usadas na incursão policial.<sup>188</sup> Finalmente, em 7 de maio de 2015, foi proferida a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinando o arquivamento da ação penal e a nulidade das provas produzidas após o desarquivamento do expediente do Ministério Público, por estar em contradição com o decidido pelo Poder Judiciário. Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que os acusados estariam sofrendo “tortura psicológica” decorrente da “perpetuação investigatória” por 19 anos.<sup>189</sup>

159. O inquérito sobre as 13 mortes na incursão policial de 8 de maio de 1995 continua inconcluso até esta data.

*Ação de reparação apresentada por Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues contra o Estado do Rio de Janeiro*

160. Em 15 de julho de 2002, Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues – companheira permanente e filha, respectivamente, de Jacques Douglas Melo Rodrigues – iniciaram um procedimento civil contra o Estado do Rio de Janeiro, buscando o reconhecimento da responsabilidade estatal por sua morte, e uma indenização compensatória.<sup>190</sup> Em 27 de setembro de 2004, declarou-se

<sup>177</sup> Ofício da COINPOL (expediente de prova, folhas 5746-5747).

<sup>178</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 5751-5752).

<sup>179</sup> Ofício da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folha 5753).

<sup>180</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 7740-7742).

<sup>181</sup> Decisão da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folhas 7757-7761).

<sup>182</sup> Ofício do Procurador-Geral de Justiça (expediente de prova, folha 7769).

<sup>183</sup> Autos do Processo IP Nº 901-008992/2013 (expediente de prova, folha 7109).

<sup>184</sup> Autos do Processo IP Nº 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 7807-7819).

<sup>185</sup> Autos do Processo IP Nº 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 7820-7838).

<sup>186</sup> Autos do Processo IP Nº 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 7853-7858).

<sup>187</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 8163-8169).

<sup>188</sup> Autos do Processo IP Nº 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 8226, 8231-8251, 8252, 8282-8288, 8289, 8291-8320).

<sup>189</sup> Decisão da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folhas 8321-8337).

<sup>190</sup> Processo Nº 0087743-75.2002.819.0001 (expediente de prova, folhas 9497-9504).

a prescrição da pretensão de Mônica Santos de Souza Rodrigues.<sup>191</sup> Em 23 de fevereiro de 2005, o pedido de Evelyn Santos de Souza Rodrigues foi julgado improcedente, sob o argumento de que não se havia demonstrado que a morte de Jacques Douglas Melo Rodrigues fora ocasionada pela ação de um agente público<sup>192</sup>.

## VII MÉRITO

### VII-1

#### DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS<sup>193</sup> E À PROTEÇÃO JUDICIAL<sup>194</sup>

161. Neste capítulo, a Corte formulará as considerações de direito pertinentes, relacionadas às alegadas violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial. Para esse efeito, se procederá a uma análise na seguinte ordem: a) a alegada violação das garantias judiciais e da proteção judicial dos familiares das vítimas mortas nas incursões de 1994 e 1995; e b) a devida diligência e proteção judicial nos casos de violência sexual contra L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

<sup>191</sup> Processo N° 0087743-75.2002.819.0001 (expediente de prova, folhas 9497-9504).

<sup>192</sup> Processo N° 0087743-75.2002.819.0001 (expediente de prova, folhas 9497-9504).

<sup>193</sup> 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.

<sup>194</sup> 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 interpusse 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.

### A. Alegações das partes e da Comissão

162. A *Comissão* declarou que era inaceitável o tempo transcorrido sem nenhuma determinação preliminar sobre a legalidade do uso da força letal por parte da polícia, que resultou na morte de 26 vítimas; de acordo com a Comissão, esse tempo transcorrido bastaria para declarar que o Estado é responsável pelas violações dos artigos 8.1 e 25.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção.

163. A Comissão ressaltou que as investigações policiais foram realizadas pelas mesmas delegacias da Polícia Civil que haviam realizado as operações, as quais foram, ademais, iniciadas mediante “autos de resistência” registrados pelos policiais que haviam participado das incursões, em observância da prática de registrar todas as mortes causadas pela polícia como legítimas, e frequentemente utilizadas para transferir a responsabilidade da polícia às vítimas. Portanto, a Comissão considerou que, devido à falta de independência das autoridades encarregadas das investigações, e em virtude da natureza tendenciosa das investigações policiais, foram violados os artigos 8.1 e 25.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana.

164. A Comissão lembrou que, apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção de Belém do Pará posteriormente aos fatos do caso, a obrigação de investigar os atos de violência contra as mulheres, consagrada no artigo 7 dessa Convenção, é de natureza contínua, ou seja, mantém-se em vigor até que os fatos sejam adequadamente esclarecidos, e, no tempo oportuno, os culpados devidamente punidos, motivo por que, à luz dessa natureza contínua, a obrigação se aplica, inclusive, quando os fatos denunciados ocorreram antes da data em que o Estado em questão depositou seu instrumento de ratificação. Em virtude do exposto, a Comissão considerou o Estado culpado da violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, e em relação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de L.R.J. C.S.S., e J.F.C.

165. Os *representantes* salientaram que as autoridades investigadoras não foram independentes e imparciais, e não agiram com a devida diligência, nem em prazo razoável, obstruindo o acesso das vítimas à justiça. Não foram diligentes em sua atuação devido aos longos períodos de inatividade nos processos investigativos, às excessivas prorrogações de prazo solicitadas e concedidas na fase de investigação e ao descumprimento das diligências ordenadas por essas autoridades.

166. Os representantes também mencionaram que a investigação dos fatos do presente caso foi prejudicada por seu registro como “auto de resistência”. Com efeito, o conceito de “auto de resistência” implica que as vítimas sejam tratadas como “opositores”, o que resulta no estabelecimento de uma única linha investigativa, voltada para buscar seus eventuais antecedentes criminosos e provar sua culpa por algum crime que tenha ocorrido no âmbito dos fatos investigados.

167. Além disso, argumentaram que houve falta de diligência quando da reabertura das investigações do presente caso no ano de 2013; e que não se realizaram os exames balísticos das armas corretas. Em relação à ação de reparação apresentada

por Mônica Santos de Souza Rodrigues e Evelyn Santos de Souza Rodrigues, os representantes salientaram que houve falta de recursos adequados e efetivos para proteger e garantir os direitos das vítimas do presente caso.

168. Os representantes solicitaram à Corte que declare que o Estado é responsável por violar os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, protegidos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas falecidas em consequência dos fatos do presente caso.

169. Com respeito à situação de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., os representantes mencionaram que apenas foram examinadas praticamente um mês depois dos fatos violatórios; e que, por mais de 20 anos, não se realizou nenhuma diligência para investigar, julgar e punir os responsáveis pelos atos de violência sexual cometidos contra elas.

170. Os representantes solicitaram à Corte que declare que o Estado é responsável por violar os direitos à proteção judicial, às garantias judiciais e à integridade pessoal, constantes dos artigos 25, 8 e 5 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; 1, 6 e 8 da CIPST e 7 da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., em razão da impunidade dos fatos que lhes causaram sofrimento, e dos danos à sua integridade pessoal, pela frustração e angústia que provoca nelas até hoje. Solicitaram, ademais, que essa responsabilidade seja qualificada como agravada, em razão dos direitos da criança, estabelecidos no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, no que se refere a C.S.S., que tinha 15 anos na época dos fatos do presente caso, e de J.F.C., que tinha 16 anos.

171. O *Estado* não se referiu especificamente às alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção. No entanto, formulou algumas considerações relativas às garantias judiciais e à proteção judicial, como parte de suas alegações referentes ao direito à integridade pessoal. A esse respeito, o Estado considerou que uma violação do artigo 25 da Convenção não pode ser simultânea à violação do artigo 8 do mesmo instrumento, pois protegem direitos diferentes, e os representantes pretendem que o Estado seja simultaneamente declarado responsável pela violação de ambos os artigos da Convenção em virtude de um mesmo feito.

## **B. Considerações da Corte**

172. A Corte reitera que sua competência contenciosa no presente caso se limita às ações judiciais que tiveram lugar depois de 10 de dezembro de 1998, data a partir da qual o Estado reconheceu a competência deste Tribunal. Nesse sentido, para efeitos de determinar a responsabilidade estatal no caso, a Corte analisará unicamente as ações realizadas a partir da referida data.

173. Antes de examinar as investigações relacionadas às incursões ocorridas em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, a Corte se pronunciará sobre: i) as normas relativas à devida diligência e prazo razoável em casos de alegadas execuções; ii) a

independência dos órgãos investigativos em casos de morte decorrente de intervenção policial; e iii) os efeitos dos “autos de resistência à prisão” nas investigações. A seguir, procederá a uma análise concreta sobre: iv) a devida diligência e o prazo razoável nas investigações relacionadas com as incursões de 1994 e 1995; e v) a efetividade dos recursos para a proteção dos direitos dos familiares das vítimas mortas nas incursões de 1994 e 1995. Posteriormente, a Corte se pronunciará sobre: vi) as normas relativas à devida diligência em casos de violação sexual; e vii) realizará uma análise sobre a resposta estatal em relação às violações sexuais de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

### **B.1. Normas relativas à devida diligência e prazo razoável em casos de alegadas execuções extrajudiciais**

174. A Corte expressou de maneira reiterada que os Estados-Partes são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (artigo 25), recursos cuja tramitação observará as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso em conformidade com a obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).<sup>195</sup>

175. Esse dever de “garantir” os direitos implica a obrigação positiva de adoção, por parte do Estado, de uma série de condutas, dependendo do direito substantivo específico de que se trate.<sup>196</sup>

176. Essa obrigação geral se vê especialmente acentuada em casos de uso da força letal por parte de agentes estatais. Uma vez que se tenha conhecimento de que os agentes de segurança fizeram uso de armas de fogo com consequências letais, o Estado também está obrigado a determinar se a privação da vida foi arbitrária ou não. Essa obrigação constitui um elemento fundamental e condicionante para a proteção do direito à vida que se vê anulado nessas situações.<sup>197</sup>

177. Em casos em que se alega que ocorreram execuções extrajudiciais é fundamental que os Estados realizem uma investigação efetiva da privação arbitrária do direito à vida reconhecido no artigo 4 da Convenção, destinada à determinação da verdade e à busca, captura, julgamento e eventual punição dos autores dos fatos.<sup>198</sup> Esse dever se torna mais intenso quando nele estão ou podem estar implicados agentes estatais<sup>199</sup> que detêm o monopólio do uso da força. Além disso, caso os fatos

<sup>195</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 91; e *Caso I.V.*, par. 292.

<sup>196</sup> Cf. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz*, par. 101; e *Caso Cruz Sánchez*, par. 347.

<sup>197</sup> Cf. *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 166, par. 88; e *Caso Valencia Hinojosa e outra Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2016. Série C Nº 327, par. 133.

<sup>198</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 143; e *Caso Yarce e outras Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2016. Série C Nº 325, par. 280.

<sup>199</sup> 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 Quispialaya Vilcapoma Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C Nº 308, par. 162.

violatórios dos direitos humanos não sejam investigados com seriedade, seriam, de certo modo, favorecidos pelo poder público, o que compromete a responsabilidade internacional do Estado.<sup>200</sup>

178. O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.<sup>201</sup>

179. O cumprimento da obrigação de empreender uma investigação séria, imparcial e efetiva do ocorrido, no âmbito das garantias do devido processo, implicou também um exame do prazo da referida investigação<sup>202</sup> e dos “meios legais disponíveis”<sup>203</sup> aos familiares da vítima falecida, para garantir que sejam ouvidas e que possam participar durante o processo de investigação.<sup>204</sup>

180. A Corte estabeleceu que, a fim de garantir sua efetividade, na investigação de violações de direitos humanos se devem evitar omissões na coleta da prova e no acompanhamento de linhas lógicas de investigação.<sup>205</sup> A esse respeito, a Corte definiu que, quando os fatos se referem à morte violenta de uma pessoa, a investigação iniciada deve ser conduzida de forma a poder garantir a devida análise das hipóteses de autoria que dela decorram<sup>206</sup>. Nesse ponto, cabe lembrar que não corresponde à Corte analisar as hipóteses de autoria usadas durante a investigação dos fatos e, consequentemente, determinar responsabilidades individuais, cuja definição compete aos tribunais penais internos, mas avaliar as ações ou omissões de agentes estatais, segundo a prova apresentada pelas partes.<sup>207</sup> Do mesmo modo, não compete à Corte substituir a jurisdição interna, estabelecendo as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se nos passos efetivamente dados no plano interno violaram-se ou não obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.<sup>208</sup>

181. A Corte lembra que a falta de diligência tem como consequência que, conforme o tempo vá transcorrendo, se prejudique indevidamente a possibilidade de

<sup>200</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, par. 145; e *Caso Cruz Sánchez*, par. 348.

<sup>201</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 177; e *Caso I.V.*, par. 315.

<sup>202</sup> Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C N° 30, par. 77; e *Caso Cruz Sánchez*, par. 352.

<sup>203</sup> Cf. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*, par. 173; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 288.

<sup>204</sup> Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N° 196, par. 109; e *Caso Cruz Sánchez*, par. 352.

<sup>205</sup> *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 163, par. 158; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 212.

<sup>206</sup> *Caso Kawas Fernández*, par. 96; e *Caso Yarce e outras*, par. 307.

<sup>207</sup> *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz*, par. 87; e *Caso Defensor de Direitos Humanos*, par. 214.

<sup>208</sup> *Caso Nogueira de Carvalho e outro Vs. Brasil. Exceções Preliminares e Mérito*. Sentença de 28 de novembro de 2006. Série C N° 161, par. 80; e *Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 165.

obter e apresentar provas pertinentes que permitam esclarecer os fatos e determinar as responsabilidades respectivas, com o que o Estado contribui para a impunidade.<sup>209</sup>

182. Além disso, a devida diligência numa investigação médico-legal de uma morte exige a manutenção da cadeia de custódia de todo elemento de prova forense,<sup>210</sup> o que consiste em manter um registro escrito preciso, complementado, conforme seja cabível, com fotografias e demais elementos gráficos, para documentar a história do elemento de prova à medida que passa pelas mãos de diversos investigadores encarregados do caso.<sup>211</sup>

## **B.2. Normas sobre independência dos órgãos investigadores em casos de morte decorrente de intervenção policial**

183. Com relação ao papel dos órgãos encarregados da investigação e do processo penal, a Corte recorda que todos os órgãos que exercem funções de natureza materialmente jurisdicional têm o dever de adotar decisões justas baseadas no respeito pleno às garantias do devido processo estabelecidas no artigo 8 da Convenção Americana.<sup>212</sup>

184. O Tribunal estabeleceu que, dependendo das circunstâncias do caso, pode ter de analisar os procedimentos que constituem o pressuposto de um processo judicial, e a ele se vinculam, especialmente as tarefas de investigação de cujo resultado dependem os respectivos início e avanço.<sup>213</sup>

185. Todas as exigências do devido processo previstas no artigo 8.1 da Convenção, bem como os critérios de independência e imparcialidade, se estendem também aos órgãos não judiciais aos quais caiba a investigação prévia ao processo judicial, realizada para determinar as circunstâncias de uma morte e a existência de indícios suficientes para interpor uma ação penal. Sem o cumprimento dessas exigências, o Estado não poderá posteriormente exercer de maneira efetiva e eficiente sua faculdade acusatória, e os tribunais não poderão levar a cabo o processo judicial que esse tipo de violação requer.<sup>214</sup>

186. Nesse sentido, os Princípios Relativos a uma Eficaz Prevenção e Investigação das Execuções Extralegais, Arbitrárias ou Sumárias, e seu Manual (conhecidos como

<sup>209</sup> Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C Nº 217, par. 172; e *Caso Yarce e outras*, par. 282. A impunidade foi definida pela Corte como a falta, no conjunto, de investigação, busca, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Cf. *Caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Exceções Preliminares*. Sentença de 25 de janeiro de 1996. Série C Nº 23, par. 173; e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, nota 184.

<sup>210</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas (Protocolo de Minnesota), UN Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991); e *Caso Comunidade Camponesa de Santa Bárbara*, par. 228.

<sup>211</sup> Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 305; e *Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 153.

<sup>212</sup> Cf. *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 149; *Caso Flor Freire*, par. 166.

<sup>213</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros). Mérito*, par. 222; e *Caso Fernández Ortega e outros*, par. 175.

<sup>214</sup> *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz*, par. 133; e *Caso García Ibarra e outros*, par. 135.



Protocolo de Minnesota<sup>215</sup>) dispõem que, nos casos em que se suspeite da participação de funcionários estatais, “pode não ser possível uma investigação objetiva e imparcial a menos que se crie uma comissão de inquérito especial”. Entre os fatores que justificam a crença de que funcionários estatais participaram do homicídio, e que deveriam levar à criação de uma comissão especial imparcial que a investigue figuram, entre outros: quando a vítima tenha sido vista pela última vez sob custódia da polícia ou detida; quando o *modus operandi* seja reconhecidamente imputável a esquadrões da morte patrocinados pelo governo; quando pessoas do governo ou a ele relacionadas tenham tentado obstruir ou atrasar a investigação do homicídio; quando não se possam obter as provas físicas ou de testemunhas essenciais à investigação. Nessas situações, o parágrafo 11 dos referidos Princípios dispõe que se crie uma comissão de sindicância independente ou procedimento semelhante. Os investigadores, nesses casos, devem ser imparciais, competentes e independentes.

187. A esse respeito, a Corte considera que o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos funcionários envolvidos no incidente. Essa independência implica a ausência de relação institucional ou hierárquica, bem como sua independência na prática.<sup>216</sup> Nesse sentido, nas hipóteses de supostos crimes graves em que *prima facie* apareçam como possíveis acusados membros da polícia, a investigação deve ser atribuída a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados.

188. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu diversas circunstâncias nas quais a independência dos investigadores pode ser afetada no caso de morte decorrente de intervenção estatal.<sup>217</sup> Entre elas, a Corte destaca as seguintes hipóteses: i) os mesmos policiais investigadores são suspeitos em potencial; ii) são colegas dos acusados; iii) mantêm relação hierárquica com os acusados; ou iv) a conduta dos órgãos investigadores indica falta de independência, como a falha em adotar determinadas medidas fundamentais para elucidar o caso e, oportunamente, punir os responsáveis; v) um peso excessivo

<sup>215</sup> Manual sobre a Eficaz Prevenção e Investigação de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias, das Nações Unidas (Protocolo de Minnesota).

<sup>216</sup> Cf. TEDH, *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 230.

<sup>217</sup> Cf. TEDH, *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 222; *Caso Bektaş e Özalp Vs. Turquia*, Nº 10036/03. Sentença de 20 de abril de 2010, par. 66; e *Caso Orhan Vs. Turquia*, Nº 25656/94. Sentença de 18 de junho de 2002, par. 342; *Caso Ramsahai e outros Vs. Países Baixos*, Nº 52391/99. Sentença de 15 de maio de 2007, par. 335-341; *Caso Emars Vs. Letônia*, Nº 22412/08. Sentença de 18 de novembro de 2014, par. 85 e 95; *Caso Aktaş Vs. Turquia*, Nº 24351/94. Sentença de 24 de abril de 2003, par. 301; *Caso Şandru e outros Vs. Romênia*, Nº 22465/03. Sentença de 8 de dezembro de 2009, par. 74; e *Caso Enukidze e Girgvlani Vs. Geórgia*, Nº 25091/07. Sentença de 26 de abril de 2011, par. 247 e seguintes; *Caso Sergey Shevchenko Vs. Ucrânia*, Nº 32478/02. Sentença de 4 de abril de 2006, par. 72 e 73; *Caso Kaya Vs. Turquia*, Nº 22535/93. Sentença de 19 de fevereiro de 1998, par. 89; e *Caso Grimailovs Vs. Letônia*, Nº 6087/03. Sentença de 25 de junho de 2013, par. 114; *Caso Oğur Vs. Turquia*, Nº 21594/93. Sentença de 20 de maio de 1999, par. 90-91; *Caso Rupa Vs. Romênia (nº 1)*, Nº 58478/00. Sentença de 16 de dezembro de 2008, par. 123 e 124; *Caso Armani da Silva Vs. Reino Unido*, Nº 5878/08, Sentença de 30 de março de 2016, par. 233; e *Caso Al-Skeini e outros Vs. Reino Unido [GS]*, Nº 55721/07. Sentença de 7 de julho de 2011, par. 173.

concedido à versão dos acusados; vi) a omissão de não explorar determinadas linhas de investigação que eram claramente necessárias; ou vii) inércia excessiva.

189. O acima exposto não significa que o órgão investigador deva ser absolutamente independente, mas que deve ser “suficientemente independente das pessoas ou estruturas cuja responsabilidade esteja sendo atribuída” no caso concreto. A determinação do grau de independência se faz à luz de todas as circunstâncias do caso.<sup>218</sup>

190. Caso a independência ou a imparcialidade do órgão investigador sejam questionadas, o Tribunal deve proceder a um exame mais estrito para verificar se a investigação foi realizada de maneira independente e imparcial. Do mesmo modo, deve-se examinar se, e até que ponto, a alegada falta de independência e imparcialidade impactou a efetividade do procedimento para determinar o ocorrido e punir os responsáveis.<sup>219</sup> Alguns critérios essenciais, que estão inter-relacionados, devem ser observados para estabelecer a efetividade da investigação nesses casos: i) a adequação das medidas de investigação; ii) sua celeridade; iii) a participação da família da pessoa morta; e iv) a independência da investigação.<sup>220</sup> Também em casos de morte provocada por intervenção de agente policial, para ser efetiva, a investigação deve ser capaz de mostrar se o uso da força foi ou não justificado em razão das circunstâncias. Nesse tipo de caso, às autoridades domésticas cabe aplicar um exame particularmente rigoroso no que se refere à investigação.

191. Finalmente, no que diz respeito à intervenção de órgãos de supervisão da investigação ou do Poder Judiciário, é necessário fazer notar que em algumas ocasiões as falhas da investigação podem ser remediadas, mas em outros casos isso não é possível, em virtude de seu estado avançado e da dimensão dos erros ocasionados pelo órgão investigador.<sup>221</sup>

### B.3. O efeito dos “autos de resistência à prisão” nas investigações

192. A Corte recorda que as investigações dos fatos de ambas as incursões policiais, de outubro de 1994 e maio de 1995, na Favela Nova Brasília, começaram com o levantamento de “autos de resistência à prisão” para registrar as mortes das pessoas que haviam perdido a vida durante a incursão (par. 120 e 131 *supra*). Embora esses fatos se encontrem fora da competência temporal da Corte, o efeito dos “autos de resistência à prisão” impactou toda a investigação, com consequências que perduraram ao longo do tempo, e que foram determinantes para a falta de devida diligência nas investigações.

193. A esse respeito, várias peritagens e declarações testemunhais anexadas ao presente caso, bem como a Defensoria Pública do Estado de São Paulo destacou em seu escrito de *amicus curiae*, mostraram que no Brasil tornou-se uma prática

<sup>218</sup> Cf. TEDH, *Caso Ramsahai e outros Vs. Países Baixos*, Nº 52391/99. Sentença de 15 de maio de 2007, par. 343 e 344; e *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 223.

<sup>219</sup> Cf. TEDH, *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 224.

<sup>220</sup> Cf. TEDH, *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 225.

<sup>221</sup> Cf. TEDH, *Caso Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*, Nº 24014/05. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 234.

habitual em que os relatórios sobre mortes ocasionadas pela polícia se registrem como “resistência seguida de morte”, e que no Rio de Janeiro se use a expressão “auto de resistência” para referir-se ao mesmo fato. De acordo com a Defensoria Pública, esse é o cenário ideal para os agentes que pretendem dar aspecto de legalidade às execuções sumárias que praticam.<sup>222</sup>

194. Do mesmo modo, o perito Caetano Lagrasta salientou que os “autos de resistência” são classificados desde o primeiro momento como a ocorrência de um confronto que teve como resultado a morte de uma pessoa, ou seja, parte-se do pressuposto de que o policial respondeu proporcionalmente a uma ameaça ou agressão por parte da vítima que morreu. Quando uma morte é classificada com esses “autos de resistência”, raramente é investigada com diligência; pelo contrário, as investigações costumam criminalizar a vítima, pois muitas vezes são conduzidas com o propósito de determinar o crime que supostamente a pessoa que morreu havia cometido. Embora possa haver indícios de execuções sumárias, costumam ser ignorados pelas autoridades. Diversos especialistas brasileiros e internacionais, organizações de direitos humanos e organismos internacionais de proteção de direitos humanos se referiram a esse fenômeno, o que a Corte destacou nos parágrafos 104 a 112 *supra*.

195. A Corte observa que, no presente caso, as investigações pelas mortes ocorridas em ambas as incursões começaram com a presunção de que os agentes de polícia agiam no cumprimento da lei, e que as mortes haviam sido resultado dos confrontos que teriam ocorrido durante as incursões. Além disso, as linhas de investigação tinham estado voltadas para determinar a responsabilidade das pessoas que haviam sido executadas, focando-se em determinar se tinham antecedentes criminais ou se seriam responsáveis por agredir os agentes de polícia ou atentar contra sua vida, o que coincide com o contexto em que ocorreram os fatos (par. 102 a 110 *supra*) e a impunidade nesse tipo de caso.

196. Essa tendência nas investigações trouxe como consequência a consideração de que as pessoas executadas teriam praticado atividades criminosas, que colocaram os agentes de polícia na necessidade de defender-se e, nesse caso, disparar contra elas. Essa noção regeu a dinâmica das investigações até o final, fazendo com que existisse uma revitimização das pessoas executadas e de seus familiares, e que as circunstâncias das mortes não fossem esclarecidas.

197. O registro das execuções como “resistência à prisão” tinha um claro efeito nas investigações, na gravidade com que se assumiam os fatos e na importância que se atribuía à identificação e punição dos responsáveis. A seguir, a Corte avaliará como

<sup>222</sup> Cf., entre outros, Relatório da Missão ao Brasil, Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. U.N. Doc. A/HRC/11/2/Add.2, 23 de março de 2009; peritagem apresentada mediante *affidavit* por Michel Misse, em 16 de setembro de 2016, folhas 14510 e 14511, 14515; peritagem apresentada mediante *affidavit* por Marlon Weichert, em 30 de setembro de 2016, folhas 14545 a 14549; Depoimento prestado mediante *affidavit* por Ignacio Cano, em 27 de setembro de 2016, folhas 15557 a 15561; e peritagem apresentada mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016, folhas 16529 a 16532, 16553, 16555, 16557 a 16558.

essa situação provocou um impacto nas investigações que se seguiram, em relação aos fatos já reconhecidos pelo Estado (par. 101 *supra*).

#### **B.4. A alegada violação das garantias judiciais e da proteção judicial dos familiares das vítimas mortas nas incursões de 1994 e 1995**

##### **B.4.1. A devida diligência nas investigações relacionadas com as incursões policiais de 1994 e 1995**

198. A Corte lembra que, de acordo com a prova, não houve nenhuma atuação relevante na investigação sobre esse incidente entre 1995 e 2002. Em 27 de agosto de 2002, o inquérito IP N° 52/94 foi renumerado com o N° 141/02 pela Corregedoria Interna da Polícia (COINPOL).<sup>223</sup> Em 15 de dezembro de 2003, o inquérito IP N° 187/94 foi renumerado pela COINPOL com o número IP N° 225/03. Entre 22 de janeiro de 2004 e 26 de fevereiro de 2007, foram apresentados vários pedidos de concessão de prazo para dar cumprimento a diferentes diligências ordenadas.<sup>224</sup>

199. Em 2007, o IP N° 187/94 e o IP N° 52/94 foram reunidos no IP N° 141/02 da COINPOL.<sup>225</sup> Em 15 de fevereiro de 2008, o delegado encarregado da incursão policial foi citado para prestar depoimento sobre os fatos,<sup>226</sup> e, em 19 de setembro de 2008, uma ordem de citação determinou a busca dos familiares das vítimas mortas.<sup>227</sup>

200. Em 18 de agosto de 2009, foi enviado ao Ministério Público o relatório final, informando que se extinguiu a ação penal, aplicando-se a prescrição por decurso de prazo.<sup>228</sup> Em 1º de outubro de 2009, o Ministério Público solicitou o arquivamento do caso “em razão da inevitável extinção da punibilidade pela prescrição”.<sup>229</sup> Em 3 de novembro de 2009, o juiz da 31ª Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, baseando-se nas considerações do Ministério Público, determinou o arquivamento do IP N° 141/02.<sup>230</sup>

201. Como decorrência da emissão do Relatório de Mérito N° 141/11, pela Comissão Interamericana, e sua notificação ao Estado brasileiro, em março de 2013, o Ministério Público solicitou o desarquivamento do inquérito sobre os 13 homicídios ocorridos em 18 de outubro de 2014. Posteriormente, em 16 de maio de 2013, o Ministério Público iniciou uma ação penal contra seis envolvidos na operação da Favela Nova Brasília. Em 21 de maio de 2013, a 1ª Vara Criminal admitiu a denúncia e ordenou a prática de diversas diligências.<sup>231</sup> Em 18 de dezembro de 2013, foi realizada

<sup>223</sup> Capa do expediente renumerado 141/02 (expediente de prova, folha 27).

<sup>224</sup> Pedido de prazo para cumprimento de diligências (expediente de prova, folhas 270-298).

<sup>225</sup> Certificado de unificação de expedientes, em 13 de agosto de 2007 (expediente de prova, folhas 29-30).

<sup>226</sup> Convocação de José Secundino (expediente de prova, folha 308).

<sup>227</sup> Ordem de citação IP N° 141/02 (expediente de prova, folha 310).

<sup>228</sup> IP N° 141/02, ofício de 14 de agosto de 2009 (expediente de prova, folhas 5102 e 5103).

<sup>229</sup> IP N° 141/02, ofício de 1º de outubro de 2009 (expediente de prova, folhas 5105-5107).

<sup>230</sup> IP N° 141/02, decisão da 31ª Vara Criminal, de 3 de novembro de 2009 (expediente de prova, folha 5108).

<sup>231</sup> Decisão da 1ª Vara Criminal, de 21 de maio de 2013 (expediente de prova, folha 6452-6453).

uma audiência de instrução e julgamento.<sup>232</sup> Em 17 de janeiro de 2014, o Ministério Público solicitou que fossem localizadas J.F.C, C.S.S. e L.R.J.<sup>233</sup> Em 7 de julho de 2014, deu-se continuidade à audiência de instrução e julgamento.<sup>234</sup>

202. Em 1º de setembro de 2014, o Ministério Público solicitou novamente a realização de diligências para localizar J.F.C, C.S.S. e L.R.J., que não haviam podido ser localizadas.<sup>235</sup> Em 23 de outubro de 2014, L.R.J. foi contatada por telefone.<sup>236</sup> Em 27 de março de 2015, o Ministério Público solicitou a citação de L.R.J. no domicílio que havia informado, bem como a expedição de ofícios de que constasse o número de registro civil (CPF) de C.S.S.<sup>237</sup>; e, em 8 de abril de 2015, ordenou-se a tramitação desses pedidos<sup>238</sup>. Em 2 de agosto de 2016, foi realizada uma audiência em que C.S.S. prestou depoimento como testemunha e L.R.J. apresentou seu exame médico; J.F.C. não foi localizada.

203. Com relação ao exposto, a Corte observa que, até esta data, as investigações sobre as mortes das 13 pessoas mortas durante a operação de 1994 não esclareceram os fatos e ninguém foi punido. Em primeiro lugar, a Corte destaca os prolongados períodos de tempo sem que se realizassem ações relevantes nas investigações. Entre 1996 e 2000, não se registrou ação alguma; em 2000, se ordenou a realização de uma diligência; em 2002 e 2003, os autos foram reenumerados; entre 2004 e 2007, concederam-se vários prazos; em 2007, finalmente, uniram-se os dois processos que seguiam em paralelo; em 2008, foram realizadas diligências pouco relevantes, e, finalmente, em 2009, extinguiu-se a ação penal, aplicando-se a prescrição por decurso de prazo. A reabertura do expediente em 2013 representa um passo importante, mas tampouco representou um avanço significativo ou decisivo na investigação e no processo penal.

204. A Corte considera que ocorreu uma demora no desenvolvimento do processo como consequência, principalmente, da falta de ação das autoridades, o que provocou longos períodos de inatividade nas investigações, e o descumprimento de diligências ordenadas, mas que não eram levadas a cabo. A esse respeito, o Estado não demonstrou que tenha existido uma justificação para a inação de suas autoridades judiciais, nem para os longos períodos em que não houve ações.

205. O prolongado decurso de tempo sem avanços substantivos na investigação provocou, eventualmente, a prescrição, que foi resultado da falta de diligência das autoridades judiciais sobre as quais recaía a responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para investigar, julgar e, oportunamente, punir os responsáveis,<sup>239</sup>

<sup>232</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6658).

<sup>233</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6665).

<sup>234</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6780).

<sup>235</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6837).

<sup>236</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6841).

<sup>237</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6853).

<sup>238</sup> Autos do Processo Nº 2009.001.272489-7 (expediente de prova, folha 6855).

<sup>239</sup> Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 199; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 210.

e, como tal, é uma questão atribuível ao Estado. A reabertura da investigação e a superação da prescrição por razões materiais, em 2013, e a ação penal em curso desde então contra seis policiais pode chegar a punir alguns dos responsáveis, mas está restrita a um número limitado de agentes que participaram da referida incursão.

206. No presente caso, a Corte observa que a entidade encarregada de conduzir as investigações (a DRE) era a mesma instituição a cargo da incursão policial de 18 de outubro de 1994. Desse modo, os agentes da DRE deviam avaliar suas próprias ações, o que não garantiu a independência real da investigação e constituiu um obstáculo significativo para seu avanço, uma vez que os agentes tinham interesse direto e se encontravam diretamente envolvidos nas alegadas execuções extrajudiciais que deviam investigar. A Corte considera que essa organização não dispunha da objetividade e da idoneidade institucional necessária para garantir uma investigação independente e imparcial. É inadmissível que os mesmos policiais estejam a cargo de uma investigação contra eles próprios ou seus companheiros de delegacia ou departamento. Isso impactou diretamente a investigação até sua transferência para a Corregedoria da Polícia Civil (COINPOL), em 2002, e repercutiu negativamente até hoje, em razão da falta de seriedade e diligência na investigação inicial.

207. A falta de independência concreta dos investigadores torna-se evidente da análise de sua relação direta com os homicidas, suas ações tendenciosas e parciais e a excessiva morosidade dos procedimentos. A polícia civil foi incapaz de realizar as mínimas diligências necessárias para estabelecer a verdade sobre o ocorrido e instruir o processo penal contra os homicidas. No caso concreto, a Corte observa uma série de alertas a respeito da seriedade das condutas adotadas pelos agentes policiais, como as conclusões da Comissão Especial de Sindicância e, posteriormente, a intervenção do Ministério Público, em 2013. Sem prejuízo do exposto, essas ações foram demasiado tímidas para superar as falhas apresentadas de 18 de outubro de 1994 a março de 2013. Também é importante fazer notar que as deficiências e a falta de independência da polícia civil na investigação dos fatos poderiam ter sido objeto de supervisão de parte da Corregedoria da Polícia Civil, do Ministério Público e, inclusive, do Poder Judiciário, mas essas instâncias não agiram no sentido de examinar a fundo a ação parcial, ineficiente e tendenciosa da polícia.

208. É igualmente importante observar que, num contexto de alta letalidade e violência policial, o Estado tinha a obrigação de agir com mais diligência e seriedade no presente caso. Os exames cadavéricos mostravam um altíssimo percentual de vítimas mortas com grande número de disparos a curta distância. Com efeito, uma das vítimas foi assassinada com um disparo em cada um dos olhos.<sup>240</sup> As investigações realizadas pelos diversos departamentos da polícia civil do Rio de

<sup>240</sup> Entre outros, ver peritagem apresentada mediante *affidavit* por Caetano Lagrasta Neto, em 30 de setembro de 2016, folhas 16558, 16564, 16594; peritagem apresentada mediante *affidavit* por José Pablo Baraybar, em 4 de agosto de 2016 (expediente de prova, folhas 16307, 16308 e 16343); Relatório Pericial de Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folha 578); e peritagem apresentada mediante *affidavit* por Jan Michael-Simon, em 29 de setembro de 2016 (expediente de prova, folhas 15828).

Janeiro não atenderam aos mínimos padrões de devida diligência em casos de execuções extrajudiciais e graves violações de direitos humanos.

209. Por outro lado, ainda que a atuação da polícia tenha sido coberta de omissões e negligência, outros órgãos estatais tiveram a oportunidade de retificar a investigação e não o fizeram. Em primeiro lugar, a Corregedoria da Polícia Civil mostrou ser incapaz de conduzir a investigação a partir de 2002. A esse respeito, o perito João Trajano destacou que há fortes indícios de que esse órgão privilegie o espírito corporativo e se concentre em averiguar problemas administrativos ou disciplinares, e não priorize graves denúncias de violações de direitos humanos e abuso da força no cumprimento de suas funções. Em resumo, o perito afirmou que as corregedorias “não conseguem dar conta de sua missão investigadora e punitiva”.<sup>241</sup> Além disso, o Ministério Público tampouco cumpriu sua função de controle da atividade de investigação da polícia e aprovou o arquivamento do inquérito sem verificar a completa falta de diligência e de independência nele presente durante mais de uma década. Por sua vez, o juiz chamado a decidir pelo arquivamento da investigação, em 2009, tampouco procedeu a um controle efetivo da investigação e se limitou a manifestar estar de acordo com a Promotoria, o que foi decisivo para a impunidade dos fatos e a falta de proteção judicial dos familiares das pessoas mortas em 18 de outubro de 1994.

210. No que se refere à investigação dos fatos da incursão policial de 1995, a Corte observa que, entre 1995 e 2000, a investigação não produziu nenhum ato relevante (par. 130 a 137 e 149 *supra*). Em 25 de setembro de 2000, a perita forense Tania Donati Paes Rio apresentou um relatório pericial sobre as autópsias das pessoas executadas.<sup>242</sup> Posteriormente, entre fevereiro de 2003 e outubro de 2004, houve um mal-entendido no número de identificação dos expedientes. Finalmente, em 30 de novembro de 2004, o Chefe da Polícia Civil submeteu o inquérito IP Nº 120/01 à competência da COINPOL.<sup>243</sup> Em 29 de dezembro de 2004, esse inquérito policial recebeu um novo número: IP Nº 217/04.<sup>244</sup> Em 27 de janeiro de 2005, o Delegado da COINPOL encarregado do inquérito solicitou a busca judicial, relativa à existência, ou não, de processos civis apresentados contra o Estado do Rio de Janeiro pelos familiares das vítimas mortas.<sup>245</sup>

211. O prazo para a conclusão da investigação policial expirou em múltiplas ocasiões entre abril de 2006 e junho de 2008, e foi renovado sucessivamente, sem avanços nas diligências.<sup>246</sup> Finalmente, em 23 de setembro de 2008, o delegado encarregado desse inquérito emitiu um relatório concluindo que “verifica-se que

<sup>241</sup> Peritagem apresentada mediante *affidavit* por João Trajano Lima Sento-Sé, em 28 de setembro de 2016 (expediente de prova, folha 16478).

<sup>242</sup> Relatório Pericial da perita forense Tania Donati Paes Rio, de 25 de setembro de 2000 (expediente de prova, folhas 576-578).

<sup>243</sup> Ato Avocatório de 30 de novembro de 2004 (expediente de prova, folha 656).

<sup>244</sup> Renumeração do IP Nº 120/01 como IP 217/04 (expediente de prova, folhas 317-318).

<sup>245</sup> Manifestação do Delegado Fernando Albuquerque, em 27 de janeiro de 2005 (expediente de prova, folhas 658-659).

<sup>246</sup> Pedido de prazo para cumprimento de diligências (expediente de prova, folhas 663-693).

em aproximadamente treze anos de investigação, o que foi coligido aos autos nos remete à ocorrência de um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente a uma ‘guerra’, culminou com mortes e pessoas feridas”.<sup>247</sup> Em 1º de outubro de 2008, os autos foram enviados ao Ministério Público,<sup>248</sup> que solicitou seu arquivamento em 1º de junho de 2009.<sup>249</sup> Em 18 de junho de 2009, o juiz da 3ª Vara Criminal decidiu arquivar o processo com uma decisão de uma palavra: “Arquive-se”.<sup>250</sup>

212. Em 31 de outubro de 2012, em decorrência da emissão do Relatório de Mérito Nº 141/11 da Comissão Interamericana e sua notificação ao Estado brasileiro, o Ministério Público apresentou um relatório sobre a possibilidade de desarquivar o inquérito, indicando que houvera falhas na sua condução.<sup>251</sup> Em 11 de dezembro de 2012, o juiz da 3ª Vara Criminal decidiu que não era possível desarquivá-lo.<sup>252</sup> No entanto, em 10 de janeiro de 2013, o Procurador-Geral de Justiça deu competência ao Ministério Público para investigar.<sup>253</sup> Em 9 de julho de 2013, a Divisão de Homicídios abriu um novo inquérito policial.<sup>254</sup>

213. Como parte do inquérito policial, em 11 de julho de 2013, solicitou-se à Divisão de Fiscalização de Armas e Explosivos (DFAE) o envio do histórico de armamentos.<sup>255</sup> Em 21 de outubro de 2014, o Ministério Público apresentou o relatório das diligências de análise dos armamentos.<sup>256</sup> Entre novembro de 2014 e maio de 2015, foram realizadas diligências relativas às armas usadas na incursão policial.<sup>257</sup> Finalmente, em 7 de maio de 2015, a 3ª Vara Criminal decidiu pelo arquivamento da ação penal e pela nulidade das provas produzidas depois do desarquivamento do expediente do Ministério Público, por estar em contradição com o decidido pelo Poder Judiciário.<sup>258</sup> A investigação sobre as 13 mortes na incursão policial de 8 de maio de 1995 continua arquivada.

214. Com respeito à fase de investigação, a Corte destaca a ausência de diligências relevantes no processo e a negligência dos órgãos investigadores. Os prazos para a realização de diligências expiraram em numerosas ocasiões, sem que nelas houvesse avanços. As provas foram analisadas de maneira superficial e as autoridades não deram o impulso processual necessário à investigação. Em consequência da falta de mínima diligência, nenhum agente foi denunciado ou processado com base nessas investigações.

215. A falta de avanços na investigação teve como consequência que, finalmente, o delegado encarregado emitisse um relatório concluindo que os autos mostravam que houvera um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente

<sup>247</sup> Relatório da Polícia Civil do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 5740-5745).

<sup>248</sup> Ofício da COINPOL (expediente de prova, folhas 5746-5747).

<sup>249</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 5751-5752).

<sup>250</sup> Decisão da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folha 5753).

<sup>251</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 7740-7755).

<sup>252</sup> Decisão da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folhas 7757-7761).

<sup>253</sup> Ofício do Procurador-Geral de Justiça (expediente de prova, folha 7769).

<sup>254</sup> Autos do Processo IP 901-008992/2013 (expediente de prova, folha 7109).

<sup>255</sup> Autos do Processo IP 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 7807-7819).

<sup>256</sup> Ofício do Ministério Público do Rio de Janeiro (expediente de prova, folhas 8163-8169).

<sup>257</sup> Autos do Processo IP 901-008992/2013 (expediente de prova, folhas 8226, 8231-8251, 8252, 8282-8288).

<sup>258</sup> Decisão da 3ª Vara Criminal (expediente de prova, folhas 8321-8337).



a uma “guerra”, culminou com mortes e pessoas feridas (par. 211 *supra*). Essa conclusão encerrou a série de ações que haviam sido realizadas com a finalidade de comprovar que as mortes haviam ocorrido no contexto de um confronto, razão pela qual não haveria responsabilidade dos agentes policiais.

216. A respeito dessas tendências na condução das investigações mencionadas anteriormente, como já se salientou, exige-se do órgão investigador de uma morte causada por uma intervenção policial a independência real e concreta em relação aos supostos homicidas (par. 183 a 191 *supra*), como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado. Do mesmo modo, exige-se que os agentes que intervêm na investigação mostrem garantias suficientes de natureza objetiva que inspirem a confiança necessária às partes no caso, bem como aos cidadãos, numa sociedade democrática.<sup>259</sup> Com relação à investigação da incursão de 1995, assim como ocorreu com as investigações a respeito da incursão de 1994, a autoridade encarregada da investigação foi a mesma dependência que estivera encarregada da operação da incursão policial de 8 de maio de 1995. O mesmo agente foi encarregado de investigar seus companheiros da mesma instituição e da mesma unidade, o que representa uma violação da garantia de independência e imparcialidade necessária para a investigação das execuções cometidas na Favela Nova Brasília. Finalmente, apesar de um novo inquérito ter sido aberto, em 2013, não conseguiu corrigir as falhas do inquérito iniciado em 1995, persistindo a falta de ações judiciais relevantes, sem a concretização de avanço substantivo no expediente.

#### **B.4.2. O prazo razoável nas investigações relacionadas com as incursões policiais de 1994 e 1995**

217. Quanto à celeridade do processo, este Tribunal salientou que o “prazo razoável” a que se refere o artigo 8.1 da Convenção deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento que se desenvolve até que se profira a sentença definitiva.<sup>260</sup> O direito de acesso à justiça implica que a solução da controvérsia se dê em tempo razoável,<sup>261</sup> já que uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.<sup>262</sup>

218. A respeito do suposto descumprimento da garantia judicial de prazo razoável no processo penal, a Corte examinará os quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria: i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades judiciais; e iv) o dano provocado na

<sup>259</sup> Cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 171; e *Caso Duque*, par. 162.

<sup>260</sup> Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 71; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

<sup>261</sup> Cf. *Caso Suárez Rosero. Mérito*, par. 71; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

<sup>262</sup> Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 145; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

situação jurídica da pessoa envolvida no processo.<sup>263</sup> A Corte lembra que cabe ao Estado justificar, com fundamento nos critérios citados, a razão pela qual necessitou do tempo transcorrido para considerar o caso e, na hipótese de não fazê-lo, a Corte dispõe de amplas atribuições para proceder a sua própria avaliação a respeito da matéria.<sup>264</sup> O Estado não apresentou alegações específicas sobre essa suposta violação da Convenção.

219. No presente caso, a investigação sobre a incursão de 18 de outubro de 1994 começou nesse mesmo dia com o Boletim de Ocorrência N° 523 da DRE e se encerrou com a declaração de prescrição emitida em 2009, ou seja, a duração do procedimento foi de aproximadamente 15 anos. Posteriormente, o processo foi reaberto em 2013, sem que até a data desta sentença tenha ocorrido algum avanço processual relevante. Em vista do exposto, a Corte passará agora a determinar se o prazo transcorrido é razoável, conforme os critérios estabelecidos em sua jurisprudência.

220. Com relação à complexidade do assunto, este Tribunal levou em conta diversos critérios para determinar a complexidade de um processo. Entre eles, a complexidade da prova, a pluralidade de sujeitos processuais ou o número de vítimas, o tempo transcorrido desde a violação, as características do recurso consagradas na legislação interna e o contexto em que aconteceu a violação.<sup>265</sup> Nesse caso, a Corte observa que as características do processo não configuravam uma complexidade particularmente alta, considerando que as vítimas mortas, bem como as que tinham sofrido violência sexual, e os elementos policiais que haviam participado da incursão eram identificáveis. Além disso, a operação foi planejada, coordenada e realizada por agentes públicos, que, inclusive, informaram a seus superiores sobre as mortes ocorridas.

221. No que se refere à atividade processual do interessado, a Corte observa que não há evidência de que os familiares tenham realizado ações que dificultassem o avanço das investigações, e, pelo contrário, não puderam participar das investigações levadas a cabo em consequência da incursão de 1994.

222. No que diz respeito à conduta das autoridades judiciais, a Corte considera que houve atrasos nas investigações que obedeceram à inatividade das autoridades, à concessão de prorrogações e à falta de cumprimento de diversas diligências ordenadas, tudo isso relacionado com a falta de atuação diligente e a falta de independência das autoridades encarregadas da investigação. A Corte considera que as autoridades não tentaram, de forma diligente, que o prazo razoável fosse respeitado na investigação e no processo penal.

223. Por último, em relação ao dano ocasionado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo e aos impactos em seus direitos, a Corte considera, como fez

<sup>263</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 155; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

<sup>264</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C N° 202, par. 156; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

<sup>265</sup> Cf., entre outros, *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Mérito, Reparaciones e Custas*, par. 78; e *Caso Andrade Salmón*, par. 158.

anteriormente,<sup>266</sup> que não é necessário que se analise esse dano para determinar a razoabilidade do prazo das investigações aqui referidas.

224. A título de conclusão, a Corte considera que a longa duração das investigações fez com que os familiares das vítimas mortas permanecessem em situação de incerteza a respeito dos responsáveis pelos fatos da incursão de 1994. Por tudo isso, a Corte conclui que o Estado violou as garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Alcides Ramos, Thiago da Silva, Alberto da Silva, Maria das Graças Ramos da Silva, Rosiane dos Santos, Vera Lúcia dos Santos de Miranda, Lúcia Helena Neri da Silva, Joyce Neri da Silva Dantas, Edson Faria Neves, Mac Laine Faria Neves, Valdenice Fernandes Vieira, Neuza Ribeiro Raymundo, Eliane Elene Fernandes Vieira, Rogério Genuíno dos Santos, Jucelena Rocha dos Santos, Robson Genuíno dos Santos Júnior, Norival Pinto Donato, Celia da Cruz Silva, Nilcéia de Oliveira, Diogo Vieira dos Santos, Helena Vianna dos Santos, Adriana Vianna dos Santos, Sandro Vianna dos Santos, Alessandra Vianna Vieira, Zeferino Marques de Oliveira, Aline da Silva, Efigênia Margarida Alves, Sérgio Rosa Mendes, Sônia Maria Mendes, Francisco José de Souza, Martinha Martino de Souza, Luiz Henrique de Souza, Ronald Marcos de Souza, João Alves de Moura, Eva Maria dos Santos Moura, João Batista de Souza e Josefa Maria de Souza.<sup>267</sup>

225. No que diz respeito às investigações sobre a incursão de 1995, a Corte examinará a seguir, assim como no que diz respeito às investigações da incursão de 1994, os quatro critérios estabelecidos em sua jurisprudência na matéria (par. 218 *supra*).<sup>268</sup> A Corte lembra que cabe ao Estado justificar, com fundamento nos critérios mencionados, a razão pela qual precisou do tempo transcorrido para considerar o caso e, caso não o faça, a Corte dispõe de amplas atribuições para proceder a sua própria avaliação a respeito da matéria.<sup>269</sup> O Estado não apresentou alegações específicas sobre a suposta violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.

226. A esse respeito, a Corte lembra que a investigação sobre a incursão de 8 de maio de 1995 começou nesse mesmo dia com o Boletim de Ocorrência Nº 252 e se encerrou

<sup>266</sup> Cf. *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C Nº 203, par. 138; e *Caso Quispialaya Vilcapoma*, par. 187.

<sup>267</sup> A respeito das vítimas, a Corte Interamericana dispõe de informação de que quatro familiares indicados como supostas vítimas pela Comissão Interamericana faleceram antes de 10 de dezembro de 1998 [Cirene dos Santos (mãe de Alberto dos Santos Ramos, 1982), Edna Ribeiro Raimundo Neves (mãe de Macmiller Faria Neves, 1991), Maria de Lourdes Genuíno (mãe de Robson Genuíno dos Santos, 1997) e José Francisco Sobrinho (pai de Robson Genuíno dos Santos, 1971)]. Quanto a essas pessoas, o Tribunal não emitirá nenhuma declaração de responsabilidade estatal, em virtude da regra de competência temporal. Por outro lado, em conformidade com a prova enviada pela Comissão e pelos representantes, a Corte constatou que: i) a pessoa identificada pela Comissão como “Graça” corresponde a Maria das Graças da Silva, companheira de Alberto dos Santos Ramos; ii) a pessoa identificada pela Comissão como Thiago Ramos corresponde a Thiago da Silva; iii) a pessoa identificada pela Comissão como Alberto Ramos corresponde a Alberto da Silva; iv) a senhora Neuza Ribeiro Raymundo, identificada pela Comissão como avó de Fábio Henrique Fernandes, é na realidade avó da vítima Macmiller Faria Neves; e v) a pessoa identificada pela Comissão como Alessandra Vianna dos Santos corresponde a Alessandra Vianna Vieira.

<sup>268</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 192, par. 155; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 370.

<sup>269</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 156; e *Caso Andrade Salmón*, par. 157.

com a declaração de prescrição emitida em 2009, ou seja, a duração do processo foi de aproximadamente 14 anos. Posteriormente, o processo foi reaberto em 2013 e arquivado novamente em 2015. Em vista do exposto, a Corte passará agora a determinar se o prazo transcorrido é razoável conforme os critérios estabelecidos em sua jurisprudência.

227. Com relação à complexidade do assunto, a Corte observa que as características do processo não configuravam uma complexidade particularmente alta, considerando que se devia contar com os nomes dos agentes de polícia que participaram da incursão, bem como das pessoas que supostamente deveriam ser buscadas ou detidas nessa incursão. A Corte não vê motivos específicos que mostrem uma complexidade especial no caso analisado, que justificasse uma duração de 14 anos do processo.

228. No que se refere à atividade processual do interessado, a Corte observa que não há evidência de que os familiares tivessem realizado ações que dificultassem o avanço das investigações; ao contrário, não puderam participar das investigações levadas a cabo em consequência da incursão de 1995.

229. No que diz respeito à conduta das autoridades judiciais, a Corte considera que não foi dado andamento à investigação, que foi destinada a avaliar a conduta das vítimas mortas e não dos delegados que as executaram. A Corte considera que as autoridades não tentaram, de forma diligente, que as investigações avançassem e que os responsáveis pelos fatos fossem identificados e punidos.

230. Por último, em relação ao dano gerado da situação jurídica da pessoa envolvida no processo e seu impacto nos direitos dessa pessoa, a Corte considera que, no presente caso, efetivamente, se demonstrou que a longa duração das investigações fez com que os familiares não pudessem ter acesso a uma reparação pelos danos. A falta de determinação dos fatos também impactou, concretamente, a possibilidade de compensação dos familiares das vítimas, porquanto o processo tentado por Evelyn Santos de Souza Rodrigues foi rechaçado pela jurisdição civil, em virtude da falta de determinação criminal de responsabilidade pelos fatos denunciados.

231. Pelo acima exposto, a Corte conclui que o Estado violou as garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Waldomiro Genoveva, Océlia Rosa, Rosane da Silva Genoveva, Diogo da Silva Genoveva, Paulo Cesar da Silva Porto, Daniel Paulino da Silva, Georgina Soares Pinto, Nilton Ramos de Oliveira, Maria da Conceição Sampaio de Oliveira, Vinicius Ramos de Oliveira, Geraldo José da Silva Filho, Georgina Abrantes, Paulo Roberto Felix, Otacílio Costa, Beatriz Fonseca Costa, Bruna Fonseca Costa, Dalvac Melo Rodrigues, Mônica Santos de Souza Rodrigues, Evelyn Santos de Souza Rodrigues, Pricila da Silva Rodrigues, Samuel da Silva Rodrigues, Lucas Abreu da Silva, Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues, Adriana Melo Rodrigues, Roseleide Rodrigues do Nascimento, Shirley de Almeida, Catia Regina Almeida da Silva, Valdemar da Silveira Dutra, Geni Pereira Dutra, Vera Lúcia Jacinto da Silva, Cesar Braga Castor, Vera Lúcia Ribeiro Castor,

Michele Mariano dos Santos, William Mariano dos Santos, Pedro Marciano dos Reis, Hilda Alves dos Reis e Rosemary Alves dos Reis.<sup>270</sup>

#### B.4.3. Ausência de proteção judicial efetiva para os familiares das vítimas mortas nas incursões policiais de 1994 e 1995

232. A Corte salientou que o artigo 25.1 da Convenção dispõe, em termos amplos, a obrigação a cargo dos Estados de oferecer a todas as pessoas submetidas a sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos fundamentais.<sup>271</sup>

233. Além disso, a Corte estabeleceu que, para que o Estado cumpra o disposto no artigo 25 da Convenção, não basta que os recursos existam formalmente, mas que tenham efetividade nos termos desse artigo, ou seja, que ofereçam resultados ou respostas às violações de direitos reconhecidos, seja na Convenção, seja na Constituição ou na lei. Isso implica que o recurso deve ser idôneo para combater a violação e que sua aplicação pela autoridade competente seja efetiva. Do mesmo modo, um recurso efetivo implica que a análise de um recurso judicial pela autoridade competente não pode reduzir-se a uma mera formalidade, mas que deve examinar as razões invocadas pelo demandante e manifestar-se expressamente sobre elas.<sup>272</sup> Não se podem considerar efetivos os recursos que, pelas condições gerais do país ou, inclusive, pelas circunstâncias específicas de um determinado caso, sejam ilusórios.<sup>273</sup> Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque faltem os meios para executar suas decisões ou por qualquer outra situação que configure quadro de denegação da justiça.<sup>274</sup> Desse modo, o processo deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial mediante sua aplicação idônea.<sup>275</sup>

<sup>270</sup> A respeito das vítimas, a Corte Interamericana dispõe de informação de que dois familiares indicados como supostas vítimas pela Comissão Interamericana faleceram antes de 10 de dezembro de 1998 [José Rodrigues do Nascimento (pai de Jacques Douglas Melo Rodrigues, 1988) e Ronaldo Inácio da Silva (pai de Renato Inácio da Silva, 1994)]. Ademais, a senhora Tereza de Cássia Rosa Genoveva, indicada como suposta vítima pelos representantes, não foi identificada como tal no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana. Com relação a essas pessoas, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal, em virtude da regra de competência temporal e em razão do decidido na exceção preliminar de incompetência *ratione personae* (par. 40 *supra*). Além disso, a Corte dispõe de informação que indica que Maria da Glória Mendes (mãe de Anderson Mendes) faleceu, embora do acervo probatório não se deduza de maneira conclusiva a respectiva data de falecimento. Com referência a essa pessoa, os representantes declararam não ter contato com seus familiares e não ter conhecimento da data de seu falecimento. O Tribunal, portanto, não dispõe de informação suficiente para considerá-la vítima de uma violação da Convenção Americana no presente caso. Por outro lado, em conformidade com a prova remetida pelos representantes, a Corte constatou que: i) a pessoa identificada pela Comissão como Ofélia Rosa corresponde a Océlia Rosa; ii) a pessoa identificada pela Comissão como “o filho de Cosme Rosa Genoveva” corresponde a Diogo da Silva Genoveva; iii) a pessoa identificada pela Comissão como “Michele” corresponde a Michelle Mariano dos Santos; iv) a pessoa identificada pela Comissão como “o filho de Fabio Ribeiro Castor” corresponde a William Mariano dos Santos.

<sup>271</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 91; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 391.

<sup>272</sup> Cf. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C Nº 141, par. 96; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 392.

<sup>273</sup> Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 7, par. 137; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 392.

<sup>274</sup> Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2002. Série C Nº 96, par. 58; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 392.

<sup>275</sup> Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência*. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104, par. 73; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 392.

234. A Corte salientou que, nos termos do artigo 25 da Convenção, é possível identificar duas obrigações específicas do Estado. A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos ante as autoridades competentes, que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais, ou que impliquem a determinação dos direitos e obrigações destas. A segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por essas autoridades competentes, de maneira que se protejam efetivamente os direitos declarados ou reconhecidos.<sup>276</sup> O direito estabelecido no artigo 25 se encontra intimamente ligado à obrigação geral do artigo 1.1 da Convenção, ao atribuir funções de proteção ao direito interno dos Estados-Partes.<sup>277</sup> À luz do acima exposto, compete ao Estado a responsabilidade não só de formular e consagrar normativamente um recurso eficaz, mas também de assegurar a devida aplicação desse recurso por parte de suas autoridades judiciais.<sup>278</sup>

235. Não obstante isso, a Corte recorda sua jurisprudência no sentido de que a existência de recursos judiciais, por si só, não cumpre a obrigação convencional do Estado, mas que, nos fatos, devem ser instrumentos idôneos e efetivos, e que devem, ademais, oferecer resposta oportuna e exaustiva, de acordo com sua finalidade, isto é, determinar as responsabilidades e reparar as vítimas, caso seja cabível. A Corte analisará a seguir se os procedimentos executados no presente caso foram efetivamente instrumentos idôneos e efetivos.

236. A Corte observa que a investigação sobre a incursão de outubro de 1994 foi praticamente inexistente, uma vez que as poucas diligências conduzidas foram irrelevantes; por outro lado, a investigação não avançou de maneira alguma para determinar a responsabilidade pelas mortes. Essa situação se traduziu numa denegação de justiça em detrimento das vítimas, pois não foi possível garantir-lhes, material e juridicamente, proteção judicial no presente caso. O Estado não proporcionou às vítimas um recurso efetivo, por meio das autoridades competentes, que tutelasse seus direitos contra os atos que violaram seus direitos humanos.

237. Apesar da extrema gravidade dos fatos – alegadas execuções extrajudiciais –, a investigação realizada não chegou a analisar o mérito da questão apresentada e se manteve tendenciosa em razão da concepção prévia de que as vítimas haviam morrido em consequência de suas próprias ações, num contexto de confronto com a polícia.

238. A respeito do direito dos familiares de participar de todas as etapas dos respectivos processos, a Corte lembra que isso significa a possibilidade de apresentar sugestões, receber informações, anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos. Essa participação deverá ter por finalidade o acesso à justiça, o

<sup>276</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros)*. Mérito, par. 237; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 393.

<sup>277</sup> Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C Nº 34, par. 83; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 393.

<sup>278</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros)*. Mérito, par. 237; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 393.

conhecimento da verdade dos fatos e a eventual concessão de uma justa reparação.<sup>279</sup> A esse respeito, o perito Weichert declarou que a vítima no processo penal brasileiro tem uma posição secundária e é tratada como mera testemunha, carecendo de acesso à investigação. A falta de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro impede a possibilidade de que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação, limitando-as à fase judicial, o que violou o direito dos familiares das pessoas mortas em 18 de outubro de 1994 de participar dessa investigação.

239. Em virtude do acima exposto, ao analisar o processo como um todo, que se inicia com a investigação dos fatos por parte da polícia do Rio de Janeiro e continua pendente de solução judicial 22 anos depois de ocorridos os fatos, a Corte conclui que o Estado violou o direito à proteção judicial, disposto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento de Alcides Ramos, Thiago da Silva, Alberto da Silva, Maria das Graças Ramos da Silva, Rosiane dos Santos, Vera Lúcia dos Santos de Miranda, Lúcia Helena Neri da Silva, Joyce Neri da Silva Dantas, Edson Faria Neves, Mac Laine Faria Neves, Valdenice Fernandes Vieira, Neuza Ribeiro Raymundo, Eliane Elene Fernandes Vieira, Rogério Genuíno dos Santos, Jucelena Rocha dos Santos, Robson Genuíno dos Santos Júnior, Norival Pinto Donato, Célia da Cruz Silva, Nilcéia de Oliveira, Diogo Vieira dos Santos, Helena Vianna dos Santos, Adriana Vianna dos Santos, Sandro Vianna dos Santos, Alessandra Vianna Vieira, Zeferino Marques de Oliveira, Aline da Silva, Efigenia Margarida Alves, Sergio Rosa Mendes, Sônia Maria Mendes, Francisco José de Souza, Martinha Martino de Souza, Luiz Henrique de Souza, Ronald Marcos de Souza, João Alves de Moura, Eva Maria dos Santos Moura, João Batista de Souza e Josefa Maria de Souza.<sup>280</sup>

240. Quanto à investigação sobre a incursão levada a cabo em 1995, a Corte observa que os familiares das vítimas não puderam ter acesso a um recurso que lhes oferecesse proteção judicial. Assim como no processo a respeito dos fatos de 1994, na investigação de 1995 tampouco se permitiu aos familiares das vítimas mortas a participação nos processos. Além disso, a investigação conduziu muito poucas diligências, as quais foram irrelevantes; e não se registrou nenhum avanço que ajudasse a determinar a responsabilidade pelas execuções. Essas falhas na investigação fizeram com que ela não constituísse um recurso efetivo, uma vez que não houve os avanços mínimos necessários para que se pudesse considerar como efetiva essa investigação, independentemente dos resultados a que se pudesse ter chegado. Essa situação constituiu uma denegação por parte do Estado de um recurso efetivo contra atos que violaram seus direitos humanos, ou seja, foi violado o próprio direito de acesso à justiça.

241. Apesar da gravidade das alegadas execuções de civis cometidas por agentes policiais em 1995, a investigação realizada se guiou por uma concepção prévia de que as vítimas haviam morrido em consequência de ações legais por parte dos agentes policiais.

<sup>279</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros*, par. 233; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 230.

<sup>280</sup> A respeito das vítimas, reitera-se o mencionado anteriormente na nota 267 da Sentença.

Essa preconcepção teve como consequência que se subtraísse importância à gravidade dos fatos e se normalizasse o acontecido, provocando a ausência de uma investigação adequada dos fatos, que procedesse à análise do mérito, sendo que a investigação consistiu unicamente em ações sem relevância processual. Em conclusão, os familiares das vítimas mortas na incursão de 1995 não dispuseram de nenhum recurso ou mecanismo que lhes permitisse obter proteção judicial ante a violação de seus direitos, nem lhes foi oferecido mecanismo algum de reparação frente à execução de seus familiares.

242. Em virtude do acima exposto, a Corte conclui que o Estado violou o direito à proteção judicial, disposto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento de Waldomiro Genoveva, Océlia Rosa, Rosane da Silva Genoveva, Diogo da Silva Genoveva, Paulo Cesar da Silva Porto, Daniel Paulino da Silva, Georgina Soares Pinto, Nilton Ramos de Oliveira, Maria da Conceição Sampaio de Oliveira, Vinicius Ramos de Oliveira, Geraldo José da Silva Filho, Georgina Abrantes, Paulo Roberto Felix, Otacílio Costa, Beatriz Fonseca Costa, Bruna Fonseca Costa, Dalvaci Melo Rodrigues, Mônica Santos de Souza Rodrigues, Evelyn Santos de Souza Rodrigues, Pricila da Silva Rodrigues, Samuel da Silva Rodrigues, Lucas Abreu da Silva, Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues, Adriana Melo Rodrigues, Roseleide Rodrigues do Nascimento, Shirley de Almeida, Catia Regina Almeida da Silva, Valdemar da Silveira Dutra, Geni Pereira Dutra, Vera Lúcia Jacinto da Silva, Cesar Braga Castor, Vera Lúcia Ribeiro Castor, Michele Mariano dos Santos, William Mariano dos Santos, Pedro Marciano dos Reis, Hilda Alves dos Reis e Rosemary Alves dos Reis.<sup>281</sup>

### **B.5. Normas relativas à devida diligência e prazo razoável em casos de alegada violência sexual**

243. Com relação aos casos de violência sexual contra as mulheres, o Tribunal dispôs que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência. Especificamente, devem dispor de uma adequada estrutura jurídica de proteção, de uma aplicação efetiva dessa estrutura e de políticas de prevenção e práticas que permitam agir de maneira eficaz ante as denúncias.<sup>282</sup> A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e, ao mesmo tempo, fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva. Os Estados devem também adotar medidas preventivas em casos específicos em que é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência.<sup>283</sup> Tudo isso deve levar em conta que, em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, obrigações específicas constantes do tratado interamericano específico, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).<sup>284</sup>

<sup>281</sup> A respeito das vítimas, reitera-se o disposto anteriormente na nota 270 da Sentença.

<sup>282</sup> *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 258; e *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde*, par. 320.

<sup>283</sup> *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 258; e *Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 108.

<sup>284</sup> *Cf. Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 108; e *Caso I.V.*, par. 295.



244. No artigo 7.b, essa Convenção obriga de maneira específica os Estados-Partes a utilizar a devida diligência para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.<sup>285</sup> Desse modo, ante um ato de violência contra uma mulher, é particularmente importante que as autoridades a cargo da investigação a levem adiante com determinação e eficácia, levando em conta o dever da sociedade de rechaçar a violência contra a mulher e a obrigação do Estado de erradicá-la e de oferecer confiança às vítimas nas instituições estatais para sua proteção.<sup>286</sup>

245. A Corte observa que a violência contra a mulher não só constitui uma violação dos direitos humanos, mas é uma “ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”, que “permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases”.<sup>287</sup>

246. Seguindo a linha da jurisprudência internacional e levando em conta o disposto na Convenção de Belém do Pará, a Corte considerou que a violência sexual se configura com ações de natureza sexual que se cometem contra uma pessoa sem seu consentimento, que, além de compreender a invasão física do corpo humano, podem incluir atos que não impliquem penetração ou, inclusive, contato físico algum.<sup>288</sup>

247. Do mesmo modo, seguindo o critério jurisprudencial e normativo que impera tanto no Direito Penal Internacional como no Direito Penal Comparado, o Tribunal considera que o estupro não implica necessariamente uma relação sexual sem consentimento, por via vaginal, como se considerou tradicionalmente. Por estupro

<sup>285</sup> Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, artigo 7: Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

a. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;

b. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;

d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade;

e. tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher;

f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;

g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; e

h. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.

<sup>286</sup> *Caso Rosendo Cantú e outra*, par. 177.

<sup>287</sup> Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Preâmbulo.

<sup>288</sup> *Caso J.*, par. 358.

também se devem entender atos de penetração vaginal ou anal, sem consentimento da vítima, mediante a utilização de outras partes do corpo do agressor ou objetos, bem como a penetração bucal mediante o membro viril.<sup>289</sup> Em especial, o estupro é uma forma paradigmática de violência contra as mulheres com consequências que ultrapassam a pessoa da vítima.<sup>290</sup>

248. A Corte dispôs que o estupro é um tipo particular de agressão que, em geral, se caracteriza por ocorrer na ausência de outras pessoas, além da vítima e do agressor ou agressores. Dada a natureza dessa forma de violência, não se pode esperar a existência de provas gráficas ou documentais e, por isso, a declaração da vítima constitui uma prova fundamental sobre o fato. Sem prejuízo da qualificação jurídica dos fatos a que se procede adiante, a Corte considera que essa norma é aplicável à violência sexual em geral. Do mesmo modo, ao analisar essas declarações deve-se levar em conta que corresponde a um tipo de delito que a vítima não costuma denunciar, pelo estigma que essa denúncia em geral supõe.<sup>291</sup>

249. Além disso, é necessário salientar que a ausência de sinais físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes. O mesmo se aplica aos casos de violência sexual e estupro, cuja ocorrência não necessariamente se verá refletida num exame médico.<sup>292</sup>

250. Por outro lado, esta Corte salientou que a violação do direito à integridade física e psíquica das pessoas apresenta diversas conotações de grau, abrangendo desde a tortura até outro tipo de constrangimento ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas sequelas físicas e psíquicas variam de intensidade, segundo fatores endógenos e exógenos da pessoa (duração dos maus-tratos, idade, sexo, saúde, contexto e vulnerabilidade, entre outros), que deverão ser analisados em cada situação concreta,<sup>293</sup> ou seja, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devem ser levadas em conta no momento de determinar se a integridade pessoal foi violada, já que essas características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo e, conseqüentemente, aumentar o sofrimento e o sentido de humilhação quando submetido a certos tratamentos.<sup>294</sup>

251. O Tribunal ressaltou que todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana, em violação do artigo 5 da Convenção Americana.<sup>295</sup> No presente caso, o Estado reconheceu que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. foram violadas por agentes públicos, o que constituiu uma violação de seu direito à integridade pessoal (artigo 5.1 da Convenção Americana) (par. 101 *supra*).

<sup>289</sup> *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 310; e *Caso J.*, par. 359.

<sup>290</sup> *Caso Fernández Ortega e outros*, par. 119.

<sup>291</sup> *Caso J.*, par. 323.

<sup>292</sup> *Caso J.*, par. 329.

<sup>293</sup> *Cf. Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*, par. 57; e *Caso J.*, par. 362.

<sup>294</sup> *Cf. Caso Ximenes Lopes*, par. 127; e *Caso J.*, par. 362.

<sup>295</sup> *Cf. Caso Loayza Tamayo. Mérito*, par. 57; e *Caso J.*, par. 363.

252. A jurisprudência da Corte também determinou em numerosos casos que o estupro é uma forma de tortura.<sup>296</sup> Nesse sentido, a obrigação de investigar se vê reforçada pelo disposto nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que obrigam o Estado a tomar “medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”, bem como a “prevenir e punir [...] outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. Além disso, de acordo com o disposto no artigo 8 dessa Convenção, os Estados-Partes garantirão a toda pessoa que denuncie ter sido submetida a tortura no âmbito de sua jurisdição o direito a que o caso seja examinado imparcialmente. Do mesmo modo, quando exista denúncia ou razão fundada para crer que se cometeu um ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados-Partes garantirão que suas respectivas autoridades procedam de ofício e de imediato à realização de uma investigação sobre o caso e à instauração, quando seja pertinente, do respectivo processo penal.

253. A esse respeito, é indispensável que o Estado atue com diligência para evitar atos de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, levando em conta, por outra parte, que a vítima costuma abster-se, por medo, de denunciar os fatos, sobretudo quando se encontra privada da liberdade sob a custódia do Estado. Às autoridades judiciais também compete o dever de garantir os direitos da pessoa privada da liberdade, o que implica a obtenção e a salvaguarda de toda prova que possa validar os alegados atos de tortura.<sup>297</sup>

254. Em casos de violência contra a mulher, certos instrumentos internacionais são úteis para precisar e dar conteúdo à obrigação estatal reforçada de investigá-los com a devida diligência.<sup>298</sup> Entre outros aspectos, numa investigação penal por violência sexual é necessário que: i) a vítima preste depoimento em ambiente cômodo e seguro, que lhe ofereça privacidade e confiança; ii) o depoimento da vítima seja registrado de forma tal que se evite ou limite a necessidade de sua repetição; iii) seja prestado atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada, caso seja necessário, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação; iv) se realize imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado, por pessoal idôneo e capacitado, se possível do sexo que a vítima indique, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança, caso o deseje;<sup>299</sup> v) se documentem e coordenem os atos investigativos e se use diligentemente a prova, retirando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do ato, assegurando outras provas, como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia; vi) se ofereça acesso à assistência jurídica

<sup>296</sup> Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 448 a 450; e *Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 147.

<sup>297</sup> Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores*, par. 135; e *Caso Espinoza Gonzáles*, par. 240.

<sup>298</sup> Cf. *Caso Fernández Ortega e outros*, par. 194; e *Caso Espinoza Gonzáles*, par. 242. *Manual para a Investigação e Documentação Efetiva da Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo de Istambul)*, 2001, par. 67, 77, 89, 99, 101 a 105, 154, 161 a 163, 170, 171, 224, 225, 260, 269 e 290; e Organização Mundial da Saúde, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Genebra, 2003, *inter alia*, p. 17, 30, 31, 34, 39 a 44 e 57 a 74.

<sup>299</sup> *Caso Fernández Ortega e outros*, par. 251 e 252; e *Caso Espinoza Gonzáles*, par. 252.

gratuita à vítima durante todas as etapas do processo; e vii) se preste atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada, caso seja solicitado, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação.<sup>300</sup> Também em casos de supostos atos de violência contra a mulher, a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atendimento de vítimas de discriminação e violência por motivo de gênero.<sup>301</sup>

#### **B.6. A devida diligência e a proteção judicial referentes à violência sexual contra L.R.J., C.S.S. e J.F.C.**

255. A Corte reconhece que o estupro de uma mulher que se encontra detida ou sob a custódia de um agente do Estado é um ato especialmente grave e reprovável, levando em conta a vulnerabilidade da vítima e o abuso de poder que pratica o agente. O estupro também é uma experiência sumamente traumática, que pode ter graves consequências e causa grande dano físico e psicológico, que deixa a vítima “humilhada física e emocionalmente”, situação dificilmente superável com a passagem do tempo, diferentemente do que acontece em outras experiências traumáticas.<sup>302</sup> Nesse caso, o próprio Estado reconheceu a gravidade do estupro durante a audiência pública do presente caso e a qualificou como “repugnante”.

256. Quanto a J.F.C., C.S.S. e L.R.J., a Corte destaca que as autoridades não tomaram medidas para investigar de maneira diligente a violência sexual cometida contra elas. Seus depoimentos não só não foram tomados em ambiente cômodo e seguro, que lhes oferecesse privacidade e confiança, mas, ao contrário, sentiram medo e angústia ao prestar esses depoimentos, uma vez que não foram tomadas medidas necessárias para sua proteção. Além disso, nenhuma das três recebeu o atendimento médico, sanitário e psicológico necessário depois da violência sexual que sofreram; não passaram por exame médico e psicológico adequado; só puderam intervir no processo

<sup>300</sup> Cf. *Caso Fernández Ortega e outros*, par. 194; e *Caso Espinoza González*, par. 242. Nesse sentido, o Estado se encontra na obrigação de prestar à vítima, com seu consentimento, o tratamento das consequências dessa violência sexual em sua saúde, inclusive a possibilidade de acesso a tratamentos profiláticos e de prevenção da gravidez. A esse respeito, ver: Organização Mundial da Saúde, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Genebra, 2003, *inter alia*, p. 63, disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/924154628X.pdf?ua=1>; Ver também: *Instrumento de Trabalho e Consulta, Protocolo Interinstitucional de Atenção Integral a Vítimas de Violência Sexual*, Costa Rica, disponível em: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/protocolos/10.pdf>; Modelo Integrado de Prevenção e Atendimento da Violência Familiar e Sexual, 2010, México, disponível em: [http://www.inm.gob.mx/static/Autorizacion\\_Protocolos/SSA/ModeloIntegrado\\_para\\_Prevenicion\\_Atn\\_Violencia\\_familiar\\_e\\_se.pdf](http://www.inm.gob.mx/static/Autorizacion_Protocolos/SSA/ModeloIntegrado_para_Prevenicion_Atn_Violencia_familiar_e_se.pdf); Federação Latino-Americana de Sociedades de Obstetrícia e Ginecologia, *Proposta de Normas Regionais para a Elaboração de Protocolos de Atenção Integral Precoce a Vítimas de Violência Sexual*, 2011, disponível em: <http://www.flasog.org/wp-content/uploads/2014/01/Propuestas-Estandares-Protocolos-Atencion-Victimas-Violencia-FLASOG-2011.pdf>; Modelo de Atenção Integral em Saúde para Vítimas de Violência Sexual, 2011, Colômbia, disponível em: <http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/MODELO%20DE%20ATENCIÓN%20A%20VÍCTIMAS%20DE%20VIOLENCIA%20SEXUAL.pdf>; e Guia Técnico de Atenção Integral a Pessoas Afetadas pela Violência de Gênero, 2007, Peru, disponível em: [http://www.sis.gob.pe/presspublicas/normas/pdf/minsa/GUIASPRATICAS/2007/RM141\\_2007.pdf](http://www.sis.gob.pe/presspublicas/normas/pdf/minsa/GUIASPRATICAS/2007/RM141_2007.pdf).

<sup>301</sup> Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, par. 455; e *Caso Espinoza González*, par. 242.

<sup>302</sup> Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 311.

na qualidade de testemunhas e não de vítimas de violência sexual, e não receberam reparação alguma pela violência sexual que sofreram em mãos de agentes estatais. Embora a maioria das falhas anteriores tivesse ocorrido antes do início da competência da Corte a respeito do Brasil, o Tribunal considera que o Estado não tomou nenhuma medida, a partir de 10 de dezembro de 1998, no sentido de corrigir, atenuar ou reparar essas ações contrárias à investigação dos fatos e conduzir, a partir de então, uma investigação diligente, séria e imparcial voltada para a determinação das respectivas responsabilidades, de acordo com as normas mencionadas nesta Sentença (par. 243 a 254 *supra*). Cumpre salientar, em especial, que a reabertura do inquérito realizada em 2013 não considerou o crime de estupro contra L.R.J., C.S.S. e J.F.C., e examinou unicamente os 13 homicídios. Nesse sentido, apesar de descrever os depoimentos das três vítimas de estupro e detalhar sua colaboração com as investigações realizadas na década de 1990, bem como as evidências dos delitos e a identificação de seus autores, a reabertura do inquérito não considerou os estupros como possíveis casos de tortura e não se iniciou um processo penal a respeito.

257. A Corte destaca que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. haviam identificado seus agressores, mas nenhuma investigação foi realizada a respeito dos crimes de que foram vítimas. Transcorridos 22 anos desde a ocorrência dos fatos, nenhum processo iniciado pelo Estado se dedicou a investigar os estupros. Todas as vezes que participaram dos processos, L.R.J., C.S.S. e J.F.C. depuseram como testemunhas e não como vítimas de um delito especialmente grave como o estupro em mãos de agentes do Estado.

258. A Corte considera que, em decorrência da completa falta de atuação estatal a respeito dos estupros e possíveis atos de tortura contra L.R.J., C.S.S. e J.F.C., o Estado infringiu o artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

259. A situação acima descrita se traduziu em completa denegação de justiça em detrimento das vítimas, pois não foi possível garantir-lhes, material e juridicamente, a proteção judicial no presente caso. O Estado não ofereceu às vítimas um recurso efetivo, por intermédio das autoridades competentes, que tutelasse seus direitos contra os atos que as violentaram, o que fez com que os fatos permanecessem na impunidade até hoje. Considerando o acima exposto, a Corte conclui que o Estado violou o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como o artigo 7 da Convenção Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C. Isto posto, com respeito à alegada violação dos direitos da criança, previstos no artigo 19 da Convenção Americana, em detrimento de C.S.S. e J.F.C., a Corte considera que, no momento da entrada em vigor da competência da Corte, ambas eram maiores de idade, motivo por que não procede que se pronuncie sobre fatos ocorridos quando eram crianças, que não se encontram no âmbito da competência temporal da Corte.

## VII-2 DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL<sup>303</sup>

### A. Argumentos das partes e da Comissão

260. A *Comissão* destacou que a duradoura impunidade, além da maneira por que as investigações foram conduzidas, com vistas a estigmatizar e revitimizar os mortos e suas famílias, causaram a L.R.J., C.S.S. e J.F.C., e aos familiares das pessoas falecidas, sofrimento e angústia, assim como um sentimento de insegurança, frustração e impotência, em virtude da negligência das autoridades públicas em investigar e à intenção de estigmatizar as vítimas e tratá-las como criminosas, ocasionou a violação, por parte do Brasil, do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

261. Os *representantes* das supostas vítimas consideraram que a Corte deve presumir que o conhecimento, por parte da família, da morte de seus familiares lhes provocou grande sofrimento e angústia, além de sério dano à sua integridade física e moral.

262. Salientaram, além disso, que os familiares das vítimas manifestaram sua frustração pelo excessivo tempo transcorrido desde os fatos que resultaram na morte de seus entes queridos, sem que se fizesse justiça. Destacaram que os familiares das vítimas foram impossibilitados de promover ou estimular a investigação e que, nas ocasiões em que foram chamados pelas autoridades policiais, estas se limitaram a sugerir que seus entes queridos estavam envolvidos com o narcotráfico.

263. Os *representantes* aduziram que todos os familiares, tanto os de primeiro grau como os de segundo grau, sofreram grandes danos físicos e psicológicos decorrentes da falta de esclarecimento dos fatos, da falta de investigação e punição dos responsáveis, do estigma sofrido pela maneira por que seus familiares foram entregues e pela versão do ocorrido e da ausência total de resposta por parte do Estado com relação aos fatos.

264. Solicitaram à Corte que declare que o Estado é internacionalmente responsável por violar o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas mortas no presente caso, em razão da frustração e do sofrimento que lhes foram causados pela total impunidade a respeito dos fatos descritos.

<sup>303</sup> Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delincente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

265. O *Estado* considerou que não existe correlação direta e automática entre uma suposta violação à integridade pessoal dos familiares das vítimas e a alegada falta de proteção judicial, já que a falta de proteção judicial não se encontra prevista no artigo 5 da Convenção Americana.

266. O Estado afirmou, ademais, que a falta de proteção judicial não causou dano moral aos familiares das vítimas, uma vez que, à exceção de Mônica Santos de Souza Rodrigues e de Evelyn Santos de Souza Rodrigues, nenhuma das demais vítimas procurou exercer o direito de ação contra o Estado pelas mortes ocorridas.

267. O Estado expôs que a leitura do artigo 5 não pode se limitar ao primeiro parágrafo, porquanto o referido artigo deve ser considerado em sua totalidade, para efeitos de alcançar sua real finalidade. De acordo com o Estado, esse artigo proíbe expressamente, por exemplo, as ações que promovam a tortura ou o tratamento cruel e degradante.

268. O Estado declarou que não se pode partir do simples pressuposto de que uma alegada falta de proteção judicial, que não está prevista no artigo 5, possa levar à elaboração de uma hipótese de violação da integridade pessoal. No dizer do Estado, caso o fato não se encontre previsto no artigo 5, a pretendida violação da norma não pode ser constatada mediante a criação de hipóteses de violação que se encontram à margem da Convenção.

## B. Considerações da Corte

269. A Corte considerou, em vários casos, que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, simultaneamente, vítimas.<sup>304</sup> O Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de familiares de vítimas, por motivo do sofrimento adicional que padeceram em consequência das circunstâncias particulares das violações cometidas contra seus entes queridos, e em decorrência das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.<sup>305</sup>

270. No presente caso, a Corte observa que a falta de investigação dos fatos e a continuada impunidade podem ter provocado danos e prejuízos aos familiares das vítimas. A esse respeito, a Corte dispõe de prova nos autos relacionada com os danos e sofrimentos por que passaram alguns dos familiares das pessoas mortas nas incursões policiais. Com base nas declarações testemunhais escritas e presenciais, bem como nos relatórios sobre o impacto psicossocial aos familiares das vítimas, torna-se evidente que viram sua integridade pessoal afetada de uma ou outra maneira.<sup>306</sup>

<sup>304</sup> Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C Nº 34, ponto resolutivo 4; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 161.

<sup>305</sup> Cf. *Caso Blake Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C Nº 36, par. 114; e *Caso Velásquez Paiz e outros*, par. 209.

<sup>306</sup> Depoimento de Mônica Santos de Souza Rodrigues (expediente de prova, folha 16613); depoimento de Evelyn Santos de Souza Rodrigues (expediente de prova, folha 16616); depoimento de Diogo da Silva Genoveva (expediente de prova, folha 16629); depoimento de Michelle Mariano dos Santos (expediente de prova, folha 16658); depoimento de Maria das Graças da Silva (expediente de prova, folhas 16622 e 16623); depoimento de Geni Pereira Dutra (expediente de prova, folhas 16627 e 16628); depoimento de

271. Em vista do acima exposto, este Tribunal considera provado que, em consequência da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelas mortes de seus familiares, os senhores e as senhoras Mônica Santos de Souza Rodrigues; Evelyn Santos de Souza Rodrigues; Maria das Graças da Silva; Samuel da Silva Rodrigues; Robson Genuíno dos Santos Jr.; Michelle Mariano dos Santos; Bruna Fonseca Costa; Joyce Neri da Silva Dantas; Geni Pereira Dutra; Diogo da Silva Genoveva; João Alves de Moura; Helena Vianna dos Santos; Otacílio Costa; Pricila Rodrigues e William Mariano dos Santos padeceram um profundo sofrimento e angústia, em detrimento de sua integridade psíquica e moral.

272. A falta de investigação a respeito das mortes de seus familiares provocou danos à integridade psíquica e moral das pessoas mencionadas acima, o que incluiu uma extrema desproteção e vulnerabilidade, na qual permanecem até hoje. Além disso, essas pessoas foram afetadas no desenvolvimento normal de suas atividades diárias e em seu projeto de vida em geral, pois muitos dos membros das famílias dedicaram esses últimos anos a mudar de domicílio, mudar de trabalho, a renunciar à educação para poder trabalhar e assumir responsabilidade em idade precoce, a fim de ajudar na manutenção da família.<sup>307</sup> No entanto, a respeito dos demais familiares<sup>308</sup>, a Corte não dispõe de nenhum elemento de prova para determinar o dano à sua integridade psíquica e moral, que seja consequência da falta de investigação dos fatos de 1994 e 1995.

273. Por outro lado, com relação a L.R.J., C.S.S. e J.F.C., a Corte considera que, em decorrência da completa falta de investigação da violência sexual da qual haviam sido vítimas, experimentaram sentimentos de angústia e insegurança, bem como

---

João Alves de Moura (expediente de prova, folhas 16634 e 16635); depoimento de Helena Viana dos Santos (expediente de prova, folhas 16647, 16648, 16650); depoimento de Samuel da Silva Rodrigues (expediente de prova, folha 16639); depoimento de Robson Genuíno dos Santos Jr. (expediente de prova, folhas 16652 e 16654); depoimento de Otacílio Costa (expediente de prova, folha 16621); depoimento de Pricila Rodrigues (expediente de prova, folha 16632); depoimento de William Mariano dos Santos (expediente de prova, folha 16636); depoimento de Joyce Neri da Silva Dantas (expediente de prova, folha 16626); depoimento de Bruna Fonseca Costa (expediente de prova, folhas 16606 e 16607).

<sup>307</sup> Depoimento de Robson Genuíno dos Santos Júnior (expediente de prova, folha 16654); depoimento de João Alves de Moura (expediente de prova, folha 16634); depoimento de Helena Viana dos Santos (expediente de prova, folhas 16647 e 16650); depoimento de Michelle Mariano dos Santos (expediente de prova, folha 16658).

<sup>308</sup> Cirene dos Santos, Edna Ribeiro Raimundo Neves, José Francisco Sobrinho, José Rodrigues do Nascimento, Maria da Gloria Mendes, Maria de Lourdes Genuíno, Ronaldo Inácio da Silva, Alcides Ramos, Thiago da Silva, Alberto da Silva, Rosiane dos Santos, Vera Lúcia dos Santos de Miranda, Lucia Helena Neri da Silva, Edson Faria Neves, Mac Laine Faria Neves, Valdenice Fernandes Vieira, Neuza Ribeiro Raymundo, Eliane Elene Fernandes Vieira, Rogério Genuíno dos Santos, Jucelena Rocha dos Santos, Norival Pinto Donato, Celia da Cruz Silva, Nilcéia de Oliveira, Diogo Vieira dos Santos, Adriana Vianna dos Santos, Sandro Vianna dos Santos, Alessandra Vianna Vieira, Zeferino Marques de Oliveira, Aline da Silva, Efigenia Margarida Alves, Sergio Rosa Mendes, Sonia Maria Mendes, Francisco José de Souza, Martinha Martino de Souza, Luiz Henrique de Souza, Ronald Marcos de Souza, Eva Maria dos Santos Moura, João Batista de Souza, Josefa Maria de Souza, Waldomiro Genoveva, Océlia Rosa, Rosane da Silva Genoveva, Paulo Cesar da Silva Porto, Daniel Paulino da Silva, Georgina Soares Pinto, Nilton Ramos de Oliveira, Maria da Conceição Sampaio de Oliveira, Vinicius Ramos de Oliveira, Geraldo José da Silva Filho, Georgina Abrantes, Paulo Roberto Felix, Beatriz Fonseca Costa, Dalvac Melo Rodrigues, Lucas Abreu da Silva, Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues, Adriana Melo Rodrigues, Roseleide Rodrigues do Nascimento, Shirley de Almeida, Catia Regina Almeida da Silva, Valdemar da Silveira Dutra, Vera Lucia Jacinto da Silva, Cesar Braga Castor, Vera Lucia Ribeiro Castor, Pedro Marciano dos Reis, Hilda Alves dos Reis e Rosemary Alves dos Reis.



frustração e sofrimento. A falta de identificação e punição dos responsáveis fez com que a angústia permanecesse por anos, sem que se sentissem protegidas ou reparadas.

274. Desse modo, levando em consideração as circunstâncias do presente caso, e as declarações juramentadas apresentadas, o Tribunal conclui que o Estado violou o direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de: Mônica Santos de Souza Rodrigues; Evelyn Santos de Souza Rodrigues; Maria das Graças da Silva; Samuel da Silva Rodrigues; Robson Genuíno dos Santos Júnior; Michelle Mariano dos Santos; Bruna Fonseca Costa; Joyce Neri da Silva Dantas; Geni Pereira Dutra; Diogo da Silva Genoveva; João Alves de Moura; Helena Vianna dos Santos; Otacílio Costa; Pricila Rodrigues; William Mariano dos Santos; L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

### VII-3 DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA<sup>309</sup>

#### A. Argumentos das partes e da Comissão

275. A *Comissão* não se referiu à violação desse direito.

276. Os *representantes* salientaram que, mediante uma interpretação evolutiva do artigo 22.1 da Convenção Americana, se deve entender que tal norma protege o direito de não ser deslocado forçadamente. Além disso, a obrigação dos Estados de proteger os direitos das pessoas deslocadas implica não só o dever de adotar medidas de prevenção, mas também de oferecer as condições necessárias para um retorno digno e seguro a seu lugar de residência habitual ou seu reassentamento voluntário em outra parte do país.

277. Os *representantes* alegaram que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. se viram obrigadas a deixar suas residências na Favela Nova Brasília, em virtude das circunstâncias violentas que cercaram os fatos relatados e da continuidade da ação policial dos perpetradores desses atos. Nesse sentido, a situação de deslocamento das vítimas foi continuada, persistindo, inclusive, depois da data de aceitação da competência contenciosa da Corte pelo Estado. Recentemente, L.R.J. se viu obrigada a retornar à Favela Nova Brasília por motivos financeiros, o que lhe provoca muito medo e ansiedade.

278. Os *representantes* solicitaram à Corte que declare que o Estado é responsável por infringir seu dever de garantia em relação ao direito de circulação e de residência constante do artigo 22.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

279. O *Estado* alegou que não existem fatos que mostrem uma ameaça efetiva ou qualquer restrição à liberdade de movimento e da possibilidade de conservar sua residência, no que se refere às três supostas vítimas. O Estado considerou que a

<sup>309</sup> O artigo 22.1 da Convenção Americana dispõe que: Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.

situação alegada de presenciar as mortes ocorridas nas incursões poderia provocar um eventual trauma nas vítimas, mas isso não pressupõe uma violação do direito de liberdade de circulação e de residência, e não existem fatos que mostrem uma ameaça efetiva a esse direito.

280. Além disso, declarou que a ameaça ou perseguição deve ser real, não podendo limitar-se unicamente a um sentimento de temor, pois, nesse caso, o Estado não teria nenhuma obrigação específica de garantir a liberdade de circulação no território. Finalmente, o Estado lembrou que L.R.J. confirmou residir na Favela Nova Brasília, razão pela qual solicitou que se reconheça que não houve violação dos direitos de circulação e residência.

## B. Considerações da Corte

281. A Corte observa que os fatos relativos a que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. teriam sido obrigadas a deixar suas casas na Favela Nova Brasília, em virtude das circunstâncias violentas que cercaram os fatos e da continuidade da atividade policial dos que haviam cometido esses atos, não se encontram no marco fático estabelecido no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana. Nesse sentido, esses fatos alegados foram apresentados de maneira extemporânea, sem uma justificativa para isso, e não podem ser considerados complementares no que se refere aos estabelecidos no Relatório de Mérito.

282. Em virtude do exposto, a Corte conclui que os fatos relativos a que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. teriam tido de abandonar suas casas na Favela Nova Brasília não se encontram no marco fático estabelecido no Relatório de Mérito, de maneira que não é possível concluir que o Estado violou o direito de circulação e residência estabelecido no artigo 22.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de C.S.S., J.F.C. e L.R.J.

## VIII

### REPARAÇÕES

#### (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

283. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>310</sup> a Corte destacou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo adequadamente,<sup>311</sup> e que essa disposição reúne uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.<sup>312</sup>

<sup>310</sup> O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que: “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

<sup>311</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, par. 25; e *Caso Andrade Salmón*, par. 188.

<sup>312</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25; e *Caso Andrade Salmón*, par. 188.

284. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja 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.<sup>313</sup>

285. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados e as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar essa simultaneidade para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.<sup>314</sup>

286. Considerando as violações declaradas no capítulo anterior, o Tribunal passará a analisar as pretensões apresentadas pelos representantes das vítimas, bem 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,<sup>315</sup> com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

### A. Parte lesada

287. Este Tribunal reitera que se consideram partes lesadas, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aqueles que tenham sido declarados vítimas da violação de algum direito nela reconhecido.<sup>316</sup> Portanto, esta Corte considera “partes lesadas” as pessoas identificadas nos parágrafos 225, 231, 239, 242, 259 e 274 da presente Sentença, 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

#### Investigação dos fatos, determinação, julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis

288. A *Comissão* solicitou que se realize uma investigação imparcial, efetiva e em prazo razoável a respeito das violações de direitos humanos ocorridas no âmbito do presente caso, inclusive o padrão de uso excessivo da força letal por parte da polícia, com vistas a determinar a verdade e punir os responsáveis.

289. Os *representantes* solicitaram que o Estado investigue os fatos, por meio de instituições imparciais, independentes e competentes, em prazo razoável, bem como todos os indivíduos que participaram mediata ou imediatamente da execução

<sup>313</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 26; e *Caso I.V.*, par. 325.

<sup>314</sup> Cf. *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 110; e *Caso Andrade Salmón*, par. 188.

<sup>315</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25 a 27; e *Caso I.V.*, par. 327.

<sup>316</sup> Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 163, par. 233; e *Caso Andrade Salmón*, par. 190.

de 26 vítimas e o estupro de outras três vítimas. Solicitaram, além disso, a investigação e eventual punição de todos os agentes públicos que agiram de maneira omissa ou negligente, contribuindo para a impunidade dos responsáveis.

290. O Estado não se pronunciou sobre essa medida de reparação.

291. A Corte recorda que, no capítulo VII-1, se declarou que as diversas investigações levadas a cabo pelo Estado, relativas aos fatos do presente caso, violaram os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas; e se determinou que a atuação das autoridades judiciais careceu da devida diligência, e que o desenvolvimento dos processos não ocorreu em um prazo razoável, encerrando-se as investigações sem que se tivesse chegado a nenhuma análise de fundo, e reabrindo-se vários anos depois a investigação a respeito dos fatos de 1994, sem que até esta data se tenha agido com diligência no âmbito desse processo. O inquérito sobre os fatos de 1995 foi reaberto e arquivado novamente, sem que nele se registrasse avanço algum. Além disso, foi aplicada a prescrição à investigação dos fatos, apesar de constituírem prováveis execuções extrajudiciais e tortura (par. 226 *supra*).

292. Em virtude do exposto, a Corte dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados com as mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis. A respeito das mortes ocorridas na incursão de 1995, o Estado deve iniciar ou reativar uma investigação eficaz a respeito desses fatos. A devida diligência na investigação implica que todas as respectivas autoridades estatais estão obrigadas a colaborar na coleta da prova, razão pela qual deverão prestar ao juiz, ao promotor ou a outra autoridade judicial toda a informação que solicitem e a abster-se de atos que impliquem a obstrução do andamento do processo investigativo.<sup>317</sup> Do mesmo modo, com base nas conclusões estabelecidas na presente Sentença, a respeito das violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, o Estado, por intermédio do Procurador-Geral da República, do Ministério Público Federal, deve avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência. Em especial, o Estado também deverá:

a) assegurar o pleno acesso e a capacidade de agir dos familiares em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana;<sup>318</sup> e

b) abster-se de recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura.<sup>319</sup>

<sup>317</sup> Cf. *Caso García Prieto e outros Vs. El Salvador*, par. 112; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 212.

<sup>318</sup> Cf. *Caso do Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 118; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 286.

<sup>319</sup> Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, par. 41; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 285.

293. Finalmente, em relação aos fatos de violência sexual, tal como se dispôs em outras oportunidades relacionadas com esse tipo de caso,<sup>320</sup> tanto a investigação como o processo penal posterior deverão incluir uma perspectiva de gênero, conduzir linhas de investigação específicas a respeito da violência sexual, em conformidade com a legislação interna e, caso seja pertinente, a participação adequada durante a investigação e o julgamento em todas as etapas. A investigação também deverá ser realizada por funcionários capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência de gênero. Além disso, será necessário assegurar-se de que as pessoas encarregadas da investigação e do processo penal, bem como, caso seja cabível, outras pessoas envolvidas, como testemunhas, peritos ou familiares da vítima, disponham das devidas garantias de segurança.<sup>321</sup>

### C. Reabilitação

#### Tratamento psicológico e psiquiátrico das vítimas

294. Os *representantes* solicitaram que o Estado ofereça assistência médica e psicológica gratuita aos familiares das vítimas, além dos medicamentos solicitados para o tratamento.

295. O *Estado* salientou que, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Por esse motivo, a Lei 8.088/1990 estrutura o Sistema Único de Saúde (SUS), e a Lei 10.216/2001 determinou a responsabilidade do Estado de desenvolver a política de saúde mental. Também enfatizou o disposto na Portaria 3.088/2011, que instituiu a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de drogas no âmbito do SUS. Desse modo, afirmou ter incorporado à sua estrutura normativa o dever de prestar tratamento psicológico e psiquiátrico, e de dispor de todos os meios para oferecer tratamento e acesso a medicamento para as vítimas.

296. A Corte observa a existência de políticas públicas de saúde do Estado por meio da garantia universal à saúde, inclusive o tratamento psicológico e psiquiátrico para pessoas que sofrem de transtorno mental. No entanto, conforme se expõe no *amicus curiae* apresentado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a rede psicossocial pública brasileira seria frágil e não estaria preparada para lidar com casos como o presente. Desse modo, considerando que no presente caso não há nenhuma evidência que mostre que as vítimas de violência sexual e os familiares das pessoas assassinadas pela polícia tenham tido, efetivamente, acesso a esse tipo de tratamento, apesar dos sofrimentos e dos sentimentos de medo e angústia que experimentaram em consequência da falta de investigação dos fatos ocorridos nas incursões policiais de

<sup>320</sup> Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro")*, par. 455; e *Caso I.V.*, par. 326.

<sup>321</sup> *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C Nº 289, par. 309; e *Caso Membros da Aldeia Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal*, par. 285.

1994 e 1995, e que lhes provocariam sequelas até hoje, a Corte decide que o Estado deve oferecer, gratuitamente, por meio de suas instituições especializadas de saúde, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após o consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive com o fornecimento gratuito de medicamentos. Os tratamentos respectivos também deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros escolhidos pelas vítimas.<sup>322</sup> Para esse efeito, as vítimas dispõem de um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, para solicitar ao Estado esse tratamento.

#### D. Medidas de satisfação

297. A jurisprudência internacional, e em especial a desta Corte, estabeleceu, reiteradamente, que a sentença constitui por si mesma uma forma de reparação.<sup>323</sup> Além disso, o Tribunal determinará medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não tenham natureza pecuniária, bem como medidas de alcance ou repercussão pública.<sup>324</sup>

##### D.1. Publicação da sentença

298. Os *representantes* solicitaram que o Estado publique as seções da sentença que se referem aos fatos provados e à análise das violações à Convenção Americana, além da parte dispositiva, em dois jornais de circulação nacional.

299. 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 emitidas 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 respeito 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 mediante as redes sociais de órgãos governamentais. Com essa proposta, o Estado considerou que poderia dar à Sentença ampla repercussão pública.

300. A Corte considera, como dispôs em outros casos,<sup>325</sup> que o Estado deve publicar, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da presente Sentença,

<sup>322</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 51; e *Caso I.V.*, par. 332.

<sup>323</sup> Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29; par. 56; e *Caso Andrade Salmón*, ponto resolutivo 7.

<sup>324</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84; e *Caso Yarce e outras*, par. 336.

<sup>325</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 79; e *Caso I.V.*, par. 334.

elaborado pela Corte, uma só vez, em um jornal de ampla circulação nacional, em corpo de letra legível e adequado; e c) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, e a presente Sentença, na totalidade, disponível por um período de três anos, em uma página eletrônica oficial do governo federal, na página eletrônica oficial do Governo do Estado do Rio de Janeiro e na página eletrônica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Também em atenção à proposta do Estado, as contas das redes sociais Twitter e Facebook, da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Governo do Estado do Rio de Janeiro devem promover a página eletrônica em que figure a Sentença e seu Resumo, por meio de um *post* semanal pelo prazo de um ano.

301. O Estado deverá informar, de forma imediata, a esta Corte, tão logo efetive as publicações dispostas nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 301, independentemente do prazo de um ano para apresentar seu primeiro relatório disposto no ponto resolutivo 23 da Sentença. Do mesmo modo, no relatório disposto no ponto resolutivo 23, o Estado deverá apresentar prova de todos os *posts* semanais em redes sociais ordenados na alínea “c” do parágrafo 300 da Sentença.

## **D.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade e placas comemorativas**

302. Os *representantes* solicitaram, como medida simbólica de reparação, que o Estado instale duas placas na Favela Nova Brasília, nas proximidades do local onde ocorreram as execuções extrajudiciais, com o objetivo de expressar a memória do ocorrido e informar à população sobre o resultado do processo perante a Corte. Solicitaram também que o Estado crie um espaço que ofereça cursos de formação profissional e uma escola na Favela Nova Brasília. O texto das placas será negociado com os representantes das vítimas e o nome da escola, com seus familiares.

303. Solicitaram ainda que o Brasil realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, com a finalidade de desculpar-se pelo dano causado às vítimas e evitar que fatos parecidos se repitam, com a participação de autoridades e vítimas, além da cobertura dos meios de comunicação.

304. O *Estado* se opôs à realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade e não se manifestou sobre a criação de um espaço que ofereça cursos de formação profissional e uma escola na comunidade. Tampouco apresentou objeções relativas às placas comemorativas, mas solicitou que o texto seja definido pelo Estado, sem necessidade do consentimento das vítimas. Caso a Corte não considere isso adequado, o Estado solicitou que a própria Corte defina o conteúdo dessa reparação simbólica.

305. O Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação. Nesse ato, o Estado deverá fazer referência aos fatos e violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença. O ato deverá ocorrer em

cerimônia pública e ser divulgado. O Estado deverá assegurar a participação das vítimas declaradas na presente Sentença, caso o desejem, e convidar para o evento as organizações que os representaram nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais particularidades dessa cerimônia pública deverão ser objeto de consulta, prévia e devidamente, com as vítimas e seus representantes. As autoridades estatais que deverão estar presentes ou participar desse ato deverão ser altos funcionários estatais do governo federal e do Estado do Rio de Janeiro. Caberá ao Estado definir a quem atribuir essa tarefa. Para cumprir essa obrigação, o Estado dispõe do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença.

306. Nesse ato público deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas da presente Sentença, na praça principal da Favela Nova Brasília, uma placa relativa aos fatos de 1994 e outra relativa aos fatos de 1995. O conteúdo dessas placas deverá ser acordado entre o Estado e os representantes. Para essa finalidade, a Corte concede o prazo de seis meses. Caso as partes não cheguem a um acordo, deverão informar à Corte sobre esse fato, e esta definirá o texto exato das placas a ser instaladas.

## **E. Garantias de não repetição**

### **E.1. Adoção de políticas públicas**

307. A *Comissão* solicitou a adoção de regulamentações administrativas, procedimentos e planos operacionais, a fim de erradicar a impunidade da violência policial e modernizar e profissionalizar as forças policiais; a instituição de sistemas de controle e prestação de contas internos e externos para tornar efetivo o dever de investigar, com uma perspectiva de gênero e étnico-racial, todos os casos em que os agentes da ordem utilizam a força letal e/o a violência sexual; o fortalecimento da capacidade institucional de órgãos independentes de supervisão, inclusive os órgãos forenses, para enfrentar o padrão de impunidade dos casos de execuções extrajudiciais por parte da polícia; e o treinamento adequado do pessoal policial sobre como tratar de maneira efetiva e eficiente as pessoas provenientes dos setores mais vulneráveis da sociedade.

308. Os *representantes* solicitaram a criação de um protocolo nacional de devida diligência para investigações de graves violações de direitos humanos, da qual constem parâmetros de atuação conjunta da Polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Institutos de Perícia e de outros órgãos envolvidos na investigação de crimes cometidos por violência policial; a criação de Comissões de Controle Externo no âmbito do Ministério Público e de Varas Especializadas para julgar crimes decorrentes de violência policial; o estabelecimento de critérios objetivos para substituição de juízes titulares em caso de ausência; o afastamento dos policiais acusados de participação em casos de graves violações sob investigação da polícia até a conclusão da investigação; o oferecimento de apoio psicológico e técnico a policiais submetidos a situações de risco; o fortalecimento das Corregedorias e Ouvidorias externas à polícia; a garantia de



estrutura financeira, material e institucional aos Programas de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA) e a Defensores de Direitos Humanos nos Estados; a criação de um sistema contínuo e único de numeração e acompanhamento de inquéritos junto à Polícia, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; a criação, no âmbito do Poder Executivo estadual de todos os Estados, de uma Comissão Especial de Redução da Letalidade em Ações Policiais; a obrigatoriedade de divulgação de relatórios anuais sobre policiais e civis mortos em ações policiais; e a capacitação de profissionais de saúde em relação à legislação e normas técnicas vigentes para garantir o efetivo cumprimento da Lei Nº 12.845/14, que dispõe sobre o atendimento de pessoas vítimas de violência sexual, inclusive com a capacitação em direitos humanos com perspectiva de gênero.

309. O *Estado* se pronunciou detalhadamente sobre as várias medidas solicitadas pelos representantes. Em relação à criação de um protocolo nacional de devida diligência, afirmou que dispõe de uma ampla variedade de leis e normas que regulamentam procedimentos de investigação.<sup>326</sup> Salientou que é desnecessária e ineficaz a criação de outro mecanismo de controle e monitoramento de órgãos responsáveis pela investigação de delitos, em razão da responsabilidade do Ministério Público nas investigações policiais e do controle externo da atividade policial<sup>327</sup> e da competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.<sup>328</sup> Finalmente, ressaltou que as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, pela Polícia e pelo Poder Judiciário estão inquestionavelmente interconectadas.

310. Com relação à criação de Varas Especializadas para crimes decorrentes de violência policial, o Estado demonstrou que a competência constitucional em relação à organização da justiça estadual é de cada Estado Federado, e que não seria relevante a criação de uma Vara para processar crimes dessa natureza. Também destacou medidas existentes no âmbito doméstico para garantir a efetividade da prestação jurisdicional.<sup>329</sup>

<sup>326</sup> O Código Penal Brasileiro (Lei Nº 2.848/40); o Código de Processo Penal (Lei Nº 3.689/41); a Lei Nº 12.720/13, que dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; a Lei 12.030/2009, que dispõe sobre as perícias criminais; a Lei Nº 12.850/2013, que visa a combater o crime organizado dentro e fora das instituições públicas; a Lei Nº 4.898/65, que inibe o abuso de poder de autoridades públicas; a Lei Nº 11.343/06, que trata da repressão do tráfico de drogas; a Lei Nº 11.473/2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública; e o Projeto de Lei Nº 4.471/2012, que busca fortalecer mecanismos para uma correta investigação de fatos e punição de agentes policiais envolvidos em casos de uso indevido de força letal.

<sup>327</sup> A competência do Ministério Público está definida no artigo 129, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal Brasileira, na Lei Complementar Nº 75/1993 e nas Resoluções Nº 13/06 e Nº 23/06, editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

<sup>328</sup> A competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) está definida no artigo 130-A, parágrafo segundo, da Constituição Federal Brasileira, e na Resolução Nº 20/2007, que regulamenta o artigo 9º da Lei Complementar 75/93 e o artigo 80 da Lei Nº 8.625/93.

<sup>329</sup> O artigo 125, parágrafo 4º, da Constituição Federal e a Lei 9.299/1996, que determinam a responsabilidade da justiça comum ao julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis; a Resolução Nº 08/2012, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que determina a sequência de atos a que deve proceder a investigação policial diante de um homicídio decorrente de intervenção policial; o Projeto de Lei 790/2015, que versa sobre a reparação de danos a vítimas de disparo de armas de fogo em conflitos policiais; e a Resolução Nº 159/15, da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que criou a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar casos de homicídio decorrentes de intervenção policial.

311. Em resposta ao solicitado pelos representantes, o Estado também afirmou que já se encontra comprometido com o apoio psicológico e técnico de policiais submetidos a situações de risco,<sup>330</sup> e considerou inadequados os seguintes pedidos: a) a criação de normas para substituição de juízes, salientando que o Estado já possui critérios objetivos sobre essa questão;<sup>331</sup> b) o fortalecimento das Corregedorias e Ouvidorias, ressaltando que, além de já contar com esses mecanismos,<sup>332</sup> possui uma instância colegiada, o Fórum Nacional de Ouvidorias de Polícia, responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos, pelo desenvolvimento de instrumentos eficazes de fiscalização, autonomia e independência das Ouvidorias estaduais, pela instituição de diretrizes nacionais e pelo intercâmbio de experiências; e c) a garantia de estrutura financeira, material e institucional aos Programas de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA)<sup>333</sup> e de Defensores de Direitos Humanos, informando que já garante proteção efetiva e adequada a vítimas e testemunhas, proporcionando-lhes reinserção social e autonomia pessoal, e que a proteção dos defensores de direitos humanos é adequada, de acordo com as normas internacionais. Além disso, o Estado considerou inadequado o pedido sobre o Programa de Proteção de Defensores Humanos, por não guardar relação com o presente caso.

312. Em relação à criação de um sistema contínuo de numeração e acompanhamento de inquéritos e de Comissões de Redução da Letalidade em Ações Policiais, o Estado afirmou dispor de normas que se ocupam de desenvolver soluções para assegurar maior unificação, eficácia e publicidade processual,<sup>334</sup> a fim de garantir a redução da letalidade policial.<sup>335</sup>

313. No que se refere à divulgação de relatórios anuais sobre número de mortes de policiais e civis durante operações policiais, o Estado informou que a implementação desses relatórios está prevista no Plano Plurianual 2012-2015, e destacou a existência do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP)<sup>336</sup> e o Anuário Nacional de Segurança Pública no âmbito do Fórum Nacional de Segurança Pública, o qual, desde 2014, acompanha a questão da letalidade policial.

<sup>330</sup> Portaria Nº 02/2010 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e do Ministério da Justiça; Diretriz 11, Objetivo Estratégico III do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3.

<sup>331</sup> Artigos 93 e 96 da Constituição Federal Brasileira; artigos 134-138 e 265 do Código de Processo Civil; e artigo 21, 45, 114, 117 e 118 da Lei Complementar Nº 35/1979.

<sup>332</sup> Lei Nº 3168/1999, que criou a Ouvidoria, e Lei Nº 3.403/2000, que criou a Corregedoria Geral Unificada, ambos no Estado do Rio de Janeiro.

<sup>333</sup> Lei Nº 9.807/1999, regulamentada pelo Decreto Nº 3.578/2000.

<sup>334</sup> Resolução Nº 177/1996, do Conselho da Justiça Federal; Resolução Nº 441/2005, do Conselho da Justiça Federal; Resolução Nº 46/2007, do Conselho Nacional de Justiça; Resolução Nº 6598/2008, do Conselho Nacional de Justiça; Resolução Nº 121/2010, do Conselho Nacional de Justiça; Resolução Nº 100318/1996, do Conselho da Justiça Federal; Resolução Nº 00318/2014, do Conselho da Justiça Federal.

<sup>335</sup> Decreto Interministerial Nº 4226/2010; Decreto Nº 7037/2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos; Lei Nº 12986/2014, que criou o Conselho Nacional de Direitos Humanos; e projetos de lei Nº 6500/2013, 370/2011, 179/2003 e 300/2013.

<sup>336</sup> Lei Nº 12.681/2012, que cria o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP).

314. Finalmente, com respeito à capacitação de agentes para o atendimento de vítimas de violência sexual, o Estado apresentou diversas normas<sup>337</sup> e projetos no âmbito do Ministério da Saúde, voltadas a fortalecer o atendimento das mulheres em situação de risco.

315. O Estado não se pronunciou em relação ao pedido dos representantes sobre a suspensão dos policiais acusados de participação em casos graves sob investigação da polícia até o término da investigação.

316. A Corte considera importante a obrigatoriedade da divulgação de relatórios anuais com dados sobre o número de policiais e civis mortos durante operações e ações policiais. A Corte toma nota dos dados divulgados pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, que, inclusive, dispõe de informação sobre homicídios decorrentes de intervenção policial. Considera também a existência do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas (SINESP), criado pela Lei Nº 12.681/2012, que tem como um de seus objetivos a disponibilização de estudos, estatísticas, indicadores e outras informações para auxiliar na formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação de políticas públicas. No entanto, esse Sistema não divulga de maneira ampla e clara os dados de segurança pública no Brasil.

317. Considerando também que o Estado não se opõe à medida e, com efeito, sugere que essa medida estaria já contemplada no Plano Plurianual 2012-2015 e nas atribuições do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas, a Corte ordena ao Estado que publique anualmente um relatório oficial com os dados relativos às mortes ocorridas durante operações da polícia em todos os estados do país. Esse relatório deve também conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que resulte na morte de um civil ou de um policial. A Corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos da medida não sejam comprovados satisfatoriamente.

318. No que se refere à criação de Comissões de Controle Externo no âmbito do Ministério Público, a Corte destaca o papel dessa instituição nas investigações criminais, e seu mandato constitucional de controle externo da atividade policial. Por outro lado, a Corte destaca as seguintes resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP): Nº 13, de 2 de outubro de 2006, sobre a instauração e tramitação do processo investigativo criminal; Nº 20, de 28 de maio de 2007, que disciplina o controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público; e Nº 129, de 22 de setembro de 2015, sobre o controle externo do Ministério Público

<sup>337</sup> Decreto Nº 7.958/2013, que estabelece diretrizes para o atendimento das vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e saúde; Lei Nº 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento de pessoas em situação de violência sexual; Decreto Nº 8086/2013, que cria o Programa Mulher: Viver sem Violência; Portaria Nº 485/2014, que trata da organização da rede de saúde para atender a vítimas de violência sexual; e Lei Estadual (Rio de Janeiro) Nº 7.448/2016, que cria o subtítulo feminicídio nas atas policiais no estado e adota outras providências afins.

em investigações de mortes decorrentes de intervenção policial. Além disso, toma nota do artigo 130-A.2, da Constituição Federal, que determina que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

319. No entanto, embora a Resolução Nº 129 do CNMP determine as medidas a serem adotadas pelo Ministério Público em casos de morte decorrente de intervenção policial, considerando que a violência policial é normalmente investigada pela própria polícia, a Corte considera necessário que o controle externo do Ministério Público em casos de violência policial se projete além da prática de supervisão à distância das investigações realizadas por delegados da própria polícia. Nesse sentido, é fundamental que em hipóteses de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, o Estado tome as medidas normativas necessárias para que desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, tais como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertençam os possíveis acusados, ou o possível acusado. Para tanto, o Estado deve adotar as medidas necessárias para que esse procedimento seja implementado no prazo de um ano a partir da emissão desta Sentença, em conformidade com as normas de investigação independente mencionadas nos parágrafos 183 a 191 *supra*.

320. A Corte toma nota da existência da Corregedoria Geral Unificada do Estado do Rio de Janeiro, criada pela Lei Estadual Nº 3.403/2000, da Ouvidoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro, criada pela Lei Nº 3.168/1999, bem como da existência do Fórum Nacional de Ouvidorias, órgão colegiado criado pelo Decreto Presidencial Nº 1/1999 e posteriormente substituído pelo Decreto 3/2006. Portanto, considerando que o estado já dispõe desses mecanismos, a Corte considera que o pedido de divulgação de dados sobre homicídios e lesões em decorrência de intervenção policial está contemplado na medida ordenada no parágrafo 317 *supra*.

321. Com respeito à criação de comissões de redução da letalidade em ações em âmbito estadual, a Corte reconhece que a competência do Ministério Público para realizar o controle externo da atividade policial implica possíveis análises do uso excessivo da força por policiais. Além disso, considera que as medidas adotadas pelo Estado nos últimos anos buscam uniformizar normas de uso da força policial. Por exemplo, a Portaria Interministerial Nº 4.226/2010, que determina que o uso da força por policiais deve estar de acordo com o previsto nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e com os princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade, da moderação e da conveniência; e o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que prevê, na Diretriz 14, o combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial.

322. Não obstante isso, ante a gravidade dos dados apresentados pelas partes no presente processo, sobre a alta letalidade da ação da polícia no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, a Corte determina que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas

e políticas de redução da letalidade e da violência policial. A Corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos dessa medida, ou seja, a redução da letalidade policial, não sejam comprovados.

323. Finalmente, no que se refere à capacitação de profissionais de saúde sobre legislação e normas técnicas vigentes para garantir o efetivo cumprimento da Lei Nº 12.845/13, a Corte toma nota da melhora, em termos normativos, no tratamento da violência contra as mulheres no Brasil, com a recente aprovação da Lei Nº 12.845/2013, que torna obrigatório o atendimento às vítimas de violência sexual; do Decreto Nº 7.958/2013, que estabelece diretrizes para o atendimento das vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e pelo pessoal do Sistema Único de Saúde; do Decreto Nº 8086/2013, que criou o Programa Mulher: Viver sem Violência, que inclui capacitação para garantir o atendimento das vítimas de violência sexual; e da Portaria Nº 485/2014, do Ministério da Saúde, que redefiniu o funcionamento do serviço de atendimento a vítimas de violência sexual. Em âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro aprovou a Lei Nº 7.448/2016, que cria a categoria “feminicídio” nos registros policiais nesse estado, e Delegacias Especializadas, um hospital e uma sala no Instituto Médico Legal Central para o atendimento de mulheres vítimas de violência sexual. Também a Polícia Civil do Rio de Janeiro aprovou duas portarias relevantes para o presente caso: a Portaria Nº 620/2013, que estabelece a rotina básica a ser observada pela autoridade policial em casos de homicídio em que as vítimas sejam mulheres, e a Nº 752/2016, que cria um grupo de trabalho para a adaptação do Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero.

324. A Corte aplaude as medidas adotadas pelo Estado, mas destaca que a simples existência de instrumentos legais nesse sentido é insuficiente para garantir a efetiva proteção das mulheres vítimas de violência sexual, em especial quando os que a praticam são agentes do Estado. Portanto, a Corte considera fundamental que o Estado dê prosseguimento às ações desenvolvidas e implemente, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde. Como parte dessa formação, se deverá incluir a presente Sentença e a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura, além das normas internacionais em matéria de atendimento a vítimas e investigação desse tipo de caso.

## **E.2. Adoção de reformas legislativas**

325. A *Comissão* solicitou que sejam aprovadas leis internas para prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos humanos resultante de atos de violência cometidos por agentes do Estado, bem como a regulamentação jurídica dos procedimentos policiais que envolvam uso legítimo da força.

326. Os *representantes* solicitaram que seja aprovada uma lei em todos os estados do Brasil que conceda autonomia aos peritos em relação às polícias, por meio da criação de uma carreira específica e independente para os peritos, e a garantia de recursos humanos, financeiros e estruturais para o desempenho de suas funções; e também um marco jurídico infraconstitucional a respeito do Incidente de Deslocamento de Competência, que determine expressamente os casos de violência policial como uma hipótese de deslocamento de competência da jurisdição estadual para a justiça federal. Solicitaram ainda mudanças legislativas para incluir expressamente, entre as hipóteses de produção antecipada de prova no âmbito criminal, o caso de testemunhas de violência cometida por agentes policiais e, alternativamente, que seja determinada a presunção de risco concreto que permita que os juízes autorizem a produção de prova antecipada em casos de violência policial. Alternativamente, solicitaram que se determine a presunção de risco concreto nesses casos, de maneira a dar origem à determinação de produção de prova antecipada por parte de autoridades judiciais. Também solicitaram a criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações sobre crimes praticados por policiais contra cidadãos.

327. O *Estado* considerou que o pedido dos representantes, em relação à aprovação de leis em cada estado da Federação, que garanta a independência dos peritos, é juridicamente impossível, uma vez que o Estado não tem poder de ingerência em leis estaduais. De todo modo, afirmou que há, no âmbito federal, a Lei Nº 12.030/2009, que garante a autonomia técnica, científica e funcional dos peritos, e que se encontra em tramitação o Projeto de Emenda Constitucional 499/2010, para determinar que a carreira de perito seja autônoma. No que diz respeito ao deslocamento de competência, o Estado esclareceu que o Incidente de Deslocamento de Competência já é plenamente eficaz, mas mencionou o Projeto de Lei Nº 6.647/2006, que trata de sua regulamentação infraconstitucional e discute questões como seu uso em casos de violência policial. Sobre o pedido de produção de provas antecipadas, o Estado esclareceu que o artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP) permite que o juiz determine de ofício a produção antecipada de provas, e o artigo 155 do mesmo instrumento jurídico determina a produção de provas cautelares, inclusive a prova testemunhal, caso a testemunha tenha de ausentar-se, por doença ou velhice.

328. Finalmente, o Estado explicitou que sua legislação processual penal oferece recursos que permitem o acompanhamento e a participação da sociedade civil em processos penais, entre eles o artigo 5º, LIX, da Constituição Federal, que admite a ação privada em crimes de ação pública, caso esta não seja apresentada no prazo legal; o artigo 268 do CPP permite a atuação do ofendido como assistente junto ao Ministério Público em ações públicas.

329. No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações de crimes decorrentes de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado dispõe de normas que garantem a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo do exposto, não oferece nenhum marco legislativo que garanta a participação das

partes na fase de investigação pela polícia ou pelo Ministério Público. Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal,<sup>338</sup> a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos.

### E.3. Extinção de autos de resistência e redução da letalidade policial

330. A *Comissão* solicitou a eliminação imediata do registro automático de mortes cometidas pela polícia como “autos de resistência”.

331. Os *representantes* solicitaram a substituição das expressões “auto de resistência” e “resistência seguida de morte” por “homicídio decorrente de intervenção policial” ou “lesão corporal decorrente de intervenção policial”; a designação da Delegacia de Homicídios para a investigação de casos que decorram de uma intervenção policial; a prioridade no exame pericial de armas apreendidas nesses casos; e a vinculação dos índices de letalidade policial às metas e indicadores do sistema de segurança pública.

332. O *Estado* alegou que, em cumprimento ao recomendado no Relatório Nº 141/11 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Secretaria de Direitos Humanos do governo brasileiro emitiu a Resolução Nº 8/2012, determinando a mudança da expressão “auto de resistência” e “resistência seguida de morte” para “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”. Destacou também o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que recomenda o fim de expressões genéricas como “auto de resistência”<sup>339</sup>. Além disso, mencionou a Resolução Conjunta Nº 02/2015, do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia, que estabelece que os “autos de resistência” passarão a denominar-se “lesão corporal ou homicídio decorrente de oposição à intervenção policial” e determina os procedimentos internos a serem adotados nesse tipo de situação. Finalmente, apresentou o Projeto de Lei Nº 4.471/2012, que se refere à “moderação” e “necessidade” para qualificar as medidas de legítima defesa que podem ser adotadas pelo agente público para vencer a resistência a sua atuação legal, e que prevê regras específicas para a realização de exames periciais e reforça a regulamentação das fases e procedimentos da investigação nesse tipo de caso. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, destacou a edição das Portarias Nº 553/2011 e Nº 617/2013, da Polícia Civil do Rio de Janeiro. A primeira dispõe uma série de diretrizes básicas que a polícia deve levar em conta ante um registro de auto de resistência e a segunda determina a adoção da expressão técnica “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” em lugar de “auto de resistência” e “resistência seguida de morte”.

<sup>338</sup> Entre outros, 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. 195; e *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas e outros*, par. 110.

<sup>339</sup> No âmbito de alguns estados, a mudança de expressão já foi adotada, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, por meio da Portaria da Polícia Civil Nº 617/2003.

333. Embora o Estado não tenha se manifestado diretamente em relação aos demais pedidos, informou que, no Estado do Rio de Janeiro, os casos de homicídios decorrentes de intervenção policial são investigados pela Delegacia de Homicídios, e que foram criados Grupos Especiais de Local do Crime (GELC) e um grupo de trabalho para implementar cursos de instrutores de investigação do local do crime mediante a Portaria 776/2016.

334. Em relação à substituição da expressão “auto de resistência”, a Corte coincide com a declaração do perito Marlon Weichert em audiência, e considera que, ainda que a mudança do título do procedimento não modifique o procedimento *per se*, existe um valor simbólico em buscar uma expressão mais apropriada. A Corte toma nota de que o Estado aprovou normas no âmbito nacional mediante o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), a Resolução Nº 8/2012, da Secretaria de Direitos Humanos, e a Resolução Conjunta Nº 02/2015, do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia; e no âmbito estadual, no Rio de Janeiro, mediante a Portaria Nº 617/2013 da Polícia Civil do Rio de Janeiro. No entanto, a Corte considera que, embora a Resolução Nº 8/2012, da Secretaria de Direitos Humanos, tenha proposto a mudança de “auto de resistência” para “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”, a Resolução Conjunta Nº 02/2015, do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia, estabeleceu que os “autos de resistência” deveriam ser denominados “lesão corporal ou homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”, o que significa que não há uniformidade na expressão que deve ser usada pela polícia para referir-se aos homicídios ou lesões causados por intervenção policial.

335. A Corte, por conseguinte, toma nota da Portaria Nº 617/2013, da Polícia Civil do Rio de Janeiro, que determina que a expressão técnica para os referidos registros deve ser “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”, e a considera apropriada e em consonância com o disposto no Programa Nacional de Direitos Humanos. Nesse sentido, a Corte ordena que o Estado adote as medidas necessárias para uniformizar essa expressão nos relatórios e investigações realizadas pela polícia ou pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em casos de morte ou lesão provocadas pela atuação policial. O conceito de “oposição” ou “resistência” à atuação policial deve ser abolido.

336. Em relação aos meios de condução de uma investigação em casos de morte de civis provocada pela polícia, a Corte considera que, no âmbito nacional, a Resolução Conjunta Nº 02/2015, do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia, já determina os procedimentos internos a serem adotados diante desse tipo de situação, e, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Portaria Nº 553/2011 também prevê uma série de diretrizes básicas que a polícia deve levar em conta ante um registro de morte decorrente de ação policial. No entanto, a Corte não deixa de salientar a importância da aprovação do Projeto de Lei Nº 4.471/2012, que estabeleceria normas para preservar os meios de prova em relação à perícia técnica, à coleta e à conservação de provas, e a uma investigação isenta por parte dos órgãos do sistema de justiça. Portanto, a Corte insta o Estado a que busque a aprovação dessas medidas mediante a aprovação diligente da referida Lei. Isso não será supervisionado pela Corte.



#### E.4. Outras medidas solicitadas

337. Em relação à elaboração de um protocolo nacional de devida diligência em casos de violência policial, a Corte considera que as normas domésticas dispõem de regras e procedimentos suficientemente claros para os casos de morte decorrentes de intervenção policial. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a Corte toma nota da Portaria Nº 553/2011, que dispõe as diretrizes básicas processuais em caso de investigações relacionadas com lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial. Considerando todo o exposto, a Corte considera que essa solicitação não é procedente.

338. A Corte também considera improcedentes os pedidos de criação de Varas Especializadas em crimes decorrentes de violência policial e o estabelecimento de critérios objetivos para a substituição de juízes titulares, quando se ausentem, uma vez que as Varas Criminais possuem competência e capacidade técnica para julgar crimes de violência policial, e a legislação nacional já dispõe de critérios objetivos para a substituição de juízes.

339. A respeito do oferecimento de apoio psicológico e técnico a policiais submetidos a situações de risco, e da separação dos policiais acusados de participação em casos graves sob investigação da polícia, a Corte toma nota dos esforços envidados pelo Estado, como o Objetivo Estratégico III do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que propõe o acompanhamento permanente de saúde mental dos profissionais do sistema de segurança pública, e a Portaria Interministerial Nº 2, da Secretaria de Direitos Humanos e do Ministério da Justiça, que dispõe diretrizes nacionais de promoção e defesa dos direitos humanos de profissionais de segurança pública, razão pela qual não considera necessário ordenar a medida de reparação solicitada.

340. Em relação à solicitação de fortalecimento do Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos e do Programa de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), a Corte a considera improcedente, uma vez que não tem relação com o presente caso.

341. Com respeito à criação de um sistema contínuo de numeração e acompanhamento de investigações e processos em diversos órgãos estatais, a Corte toma nota das medidas adotadas pelo Estado desde 1996, entre outras, as Resoluções: Nº 177/1996, do Conselho da Justiça Federal (CJF), que institui o sistema de capa e numeração únicas para o processamento de casos junto à 1ª Instância da Justiça Federal; Nº 441/2005, do CJF, que dispõe sobre a distribuição de processos na Justiça Federal; Nº 12/2006, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que cria o Banco de Soluções do Poder Judiciário; Nº 46/2007, do CNJ, que cria as tabelas processuais unificadas do Poder Judiciário; Nº 65/2008, do CNJ, que dispõe sobre a uniformização do número dos processos nos órgãos do Poder Judiciário; Nº 121/2010, do CNJ, que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na internet; Nº 00318/2014, do CJF, que cria o programa de gestão documental e memória na justiça federal; e a Portaria Nº 11/2001, do Departamento de Polícia Federal, que define e consolida normas operacionais para a execução da atividade de Polícia Judiciária. Portanto, considerando a evolução da organização processual da Justiça brasileira nos últimos anos, a Corte julga desnecessário ordenar a presente medida.

342. Em relação à medida de reparação de criação de um espaço que ofereça cursos de capacitação profissional e uma escola na Favela Nova Brasília, a Corte considera que não têm relação com os fatos do caso e não julga pertinente ordená-la. A Corte também lembra que não dispõe de elementos para determinar a violação do direito de circulação e residência no presente caso, razão pela qual não cabe conceder a medida relacionada a uma casa para L.R.J.

343. Quanto ao pedido de garantia de autonomia dos peritos com respeito às polícias, por meio da criação de uma carreira específica e independente com recursos humanos, financeiros e estruturais para o desempenho de suas funções, a Corte toma nota de que, desde 2009, o artigo 2º da Lei Nº 12.030/2009 garante a autonomia técnica, científica e funcional aos peritos criminais no Brasil. Além disso, a Corte observa a existência de dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (499/2010 e 325/2009) com o objetivo de incluir dois incisos no artigo 144 da Constituição Federal, a fim de garantir que a perícia criminal federal e as perícias criminais dos estados e do Distrito Federal se convertam em órgãos independentes de segurança pública no Brasil. No âmbito estadual, a Corte toma nota das iniciativas do Estado de Goiás, que, mediante a Lei Nº 16.897/2010, determina que a carreira de perito criminal esteja vinculada à Superintendência de Polícia Técnico-Científica, da Secretaria de Segurança Pública, e do Estado de São Paulo, que determina que o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico Legal estejam igualmente submetidos à Superintendência de Polícia Técnico-Científica do Estado. Considerando o exposto, a Corte não considera necessário ordenar a medida de reparação solicitada.

344. Sobre o pedido dos representantes para que se determinem expressamente os casos de violência policial como uma hipótese de deslocamento de competência da justiça estadual para a justiça federal, a Corte considera que a disposição do artigo 109, parágrafo quinto, da Constituição garante o uso do mecanismo de Incidente de Deslocamento de Competência em casos de graves violações de direitos humanos, o que inclui possíveis casos de violência policial. A Corte observa também o caráter excepcional dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil, a federalização de casos depende de três pressupostos: i) a existência de grave violação de direitos humanos; ii) o risco de responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e iii) a incapacidade das autoridades locais de oferecer respostas efetivas. O referido STJ já decidiu que os homicídios dolosos praticados por agente funcional de qualquer órgão público podem ser considerados uma grave violação de direitos humanos e justificar o deslocamento de competência, hipótese que, inclusive, provocou o deslocamento de competência de um caso de violação de direitos humanos cometida por policiais militares (IDC Nº 3). Em virtude do exposto, com base nas conclusões estabelecidas na presente Sentença a respeito das violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, o Estado, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, deve avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de solicitação de Incidente de Deslocamento de Competência.

345. Quanto à mudança legislativa para incluir entre as hipóteses de produção antecipada de prova a situação de testemunhas de violência cometida por agentes policiais ou a determinação, pela autoridade judicial, da presunção de risco concreto que propicie a produção de prova antecipada em casos de violência policial, a Corte considera que a produção antecipada de prova, quando se tenha demonstrado sua urgência e relevância, já está prevista no artigo 156, I, do Código de Processo Penal. Consequentemente, a Corte não considera necessário ordenar essa medida de reparação.

346. No que se refere à atribuição da investigação de casos decorrentes de intervenção policial à Delegacia de Homicídios, sem prejuízo do ordenado no parágrafo 320 da Sentença, a Corte considera que o Estado já atendeu a esse pedido.

347. Sobre as solicitações de ordenar a prioridade no exame pericial de armas apreendidas em casos de violência policial e a vinculação de índices de letalidade a metas ou indicadores do sistema de segurança pública, a Corte considera que já foram atendidas mediante outras medidas ordenadas nesta Sentença.

## F. Indenização compensatória

### F.1. Dano material

348. Em suas alegações finais escritas os representantes solicitaram o pagamento de “dano patrimonial”, o que inclui dano material e dano emergente, de maneira justa, por não manter registros dos respectivos gastos. A esse respeito, a Corte lembra que o momento processual oportuno para a solicitação de medidas de reparação é o escrito de solicitações, alegações e provas. Como os representantes não apresentaram nenhuma solicitação de indenização por dano material no referido escrito, a solicitação apresentada nas alegações finais escritas é extemporânea.

### F.2. Dano imaterial

349. A *Comissão* solicitou que se adotem todas as medidas necessárias para garantir uma compensação adequada e completa tanto pelos danos morais como pelos danos materiais decorrentes das violações cometidas no presente caso, em favor dos familiares das 26 vítimas que morreram nas incursões policiais e em favor de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

350. Os *representantes* solicitaram a indenização dos danos sofridos pelas pessoas identificadas como vítimas. Quanto ao dano imaterial, solicitaram US\$35.000,00 para cada vítima das incursões policiais de 1994 e 1995, na Favela Nova Brasília; e US\$50.000,00 para cada uma das três vítimas de violência sexual da incursão policial de 1994.

351. O *Estado* alegou que a indenização por dano moral às vítimas e seus familiares é indevida, uma vez que o pronunciamento da sentença já seria suficiente como satisfação de danos morais. Também destacou que os representantes das

vítimas não demonstraram relação afetiva e de dependência econômica entre os irmãos das vítimas diretas e as próprias vítimas, e que, por conseguinte, não podem ser considerados terceiros prejudicados.

352. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados pela violação como o desprezo de valores muito significativos para as pessoas e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência das vítimas”.<sup>340</sup> Dado que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, só pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou a prestação de serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e de maneira justa.<sup>341</sup>

353. No capítulo VII, se declarou a responsabilidade internacional do Estado pelas violações dos direitos estabelecidos nos artigos 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento (par. 224, 231, 239, 242 e 274 *supra*), e, quanto a L.R.J., C.S.S. e J.F.C., também em relação aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST e 7 da Convenção de Belém do Pará (par. 258 e 259 *supra*). Considerando o exposto e as diferentes violações determinadas nesta Sentença, este Tribunal fixa, de maneira justa, a soma de US\$35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), uma única vez, para cada uma das vítimas de violações dos direitos às garantias judiciais, à proteção judicial e à integridade pessoal reconhecidos nos parágrafos 224, 231, 239, 242, 258, 259 e 274 da presente Sentença, e a soma adicional de US\$15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para L.R.J., C.S.S. e J.F.C., individualmente.

### G. Custas e gastos

354. Os *representantes* solicitaram o pagamento dos gastos em que incorreram na tramitação do presente processo, desde a apresentação da petição à Comissão até as diligências levadas a cabo perante a Corte.

355. Os representantes salientaram que as custas e gastos do Instituto de Estudos da Religião (ISER) chegaram a US\$24.673,67. Essa soma está dividida da seguinte maneira: i) US\$3.734,60 para reuniões e viagens; ii) US\$762,27 para despesas de correio e fotocópias; e iii) US\$20.176,80 destinados a salários. Por sua vez, as custas e gastos do CEJIL alcançaram a soma de US\$90.009,10. Os representantes dividiram essa soma da seguinte maneira: i) US\$26.893,74 para reuniões e viagens; ii) US\$1.996,42 para despesas de correio e fotocópias; iii) US\$170,71 para material de investigação e papelaria; iv) US\$1.228,09 destinados a traduções e taxas judiciais; e v) US\$59.720,14 referentes a salários.

<sup>340</sup> Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, par. 84; e *Caso Andrade Salmón Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de dezembro de 2016. Série C Nº 330, par. 207.

<sup>341</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 53; e *Caso Andrade Salmón*, par. 207.

356. O *Estado* solicitou que, caso não se declare sua responsabilidade internacional, não seja condenado a pagar nenhum montante a título de custas e gastos. Além disso, caso seja condenado a pagar custas e gastos, o Estado salientou que sejam montantes razoáveis e devidamente comprovados, que tenham relação direta com o caso concreto. Especificamente, o Brasil considerou que as despesas referentes a salários de advogados não cumprem esses requisitos, pois se trata de simples estimativas, impossíveis de ser corroboradas.

357. A Corte reitera que, conforme sua jurisprudência, as custas e gastos fazem parte do conceito de reparação, uma vez que as atividades conduzidas pelas vítimas com a finalidade de obter justiça, em âmbito tanto nacional como internacional, implicam desembolsos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Quanto ao seu reembolso, 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 ante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa avaliação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos citados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.<sup>342</sup> Conforme salientou em outras ocasiões, a Corte lembra que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que é necessário que as partes apresentem uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados desembolsos econômicos, se estabeleçam com clareza os objetos de despesa e sua justificação.<sup>343</sup>

358. Da análise dos antecedentes apresentados, a Corte conclui que alguns montantes solicitados estão justificados e comprovados. Por conseguinte, a Corte determina, de maneira justa, que o Estado pague a soma de US\$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) ao ISER e US\$35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ao CEJIL.

359. Na etapa de supervisão de cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá dispor o reembolso por parte do Estado às vítimas ou a seu representante de gastos posteriores, razoáveis e devidamente comprovados.<sup>344</sup>

#### H. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica

360. Os representantes das vítimas solicitaram o apoio do Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas, da Corte, para financiar a participação no processo das pessoas que esta Corte chame para prestar depoimento. Nesse sentido, solicitaram que se financiem os gastos de transporte aéreo, hospedagem, alimentação e serviços notariais

<sup>342</sup> 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*, par. 210.

<sup>343</sup> Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñiñiguez. 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*, par. 211.

<sup>344</sup> Cf. *Caso Comunidade 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*, par. 213.

de depoimentos de supostas vítimas, peritos e testemunhas. Mediante a Resolução do Presidente, de 3 de dezembro de 2015, declarou-se procedente a solicitação interposta pelas supostas vítimas, por meio de seus representantes, para pleitear a ajuda do Fundo de Assistência da Corte, e se autorizou a concessão da assistência econômica necessária para a apresentação de cinco depoimentos, seja em audiência, seja mediante *affidavit*.

361. Em 16 de dezembro de 2016, remeteu-se ao Estado um relatório de desembolsos, 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 os desembolsos realizados, os quais chegaram à soma de US\$7.397,51, pelos gastos incorridos. O Brasil não apresentou observações.

362. Em razão das violações declaradas nesta Sentença e do cumprimento dos requisitos para solicitar assistência ao Fundo, a Corte ordena ao Estado que restitua a esse fundo a quantia de US\$7.397,51 (sete mil trezentos e noventa e sete dólares dos Estados Unidos de América e cinquenta e um centavos) pelos gastos incorridos. Esse montante será restituído à Corte Interamericana no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença.

### **I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados**

363. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano imaterial, bem como o reembolso das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, diretamente às pessoas e organizações nela indicadas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos que se seguem.

364. Caso algum dos beneficiários tenha falecido ou venha a falecer antes que lhe sejam entregues as indenizações respectivas, estas serão pagas diretamente a seus sucessores, conforme o direito interno aplicável.

365. 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 pagamento.

366. Caso, por motivos atribuíveis a algum dos beneficiários das indenizações ou a seus sucessores, não tenha sido possível o pagamento do todo ou parte dos montantes determinados, no prazo indicado, o Estado consignará esses montantes em seu favor, numa conta ou certificado de depósito em instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária do Estado. Caso a indenização respectiva não tenha sido reclamada ao final de 10 anos, as quantias serão devolvidas ao Estado, com os juros percebidos.

367. As quantias destinadas nesta Sentença à indenização por dano imaterial, e a reembolso de custas e gastos, deverão ser entregues integralmente às pessoas e organizações indicadas, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções que decorram de eventuais ônus fiscais.

368. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente aos juros de mora bancários vigentes na República Federativa do Brasil.

## IX PONTOS RESOLUTIVOS

369. Portanto,  
**A CORTE**

**DECIDE,**

Por unanimidade,

1. Julgar improcedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à inadmissibilidade do encaminhamento do caso à Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão; a incompetência *ratione personae*, a respeito de supostas vítimas que não outorgaram procurações ou que não estavam relacionadas aos fatos do caso; a incompetência *ratione materiae* por violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano; a incompetência *ratione materiae* relativa a supostas violações da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; a falta de esgotamento prévio dos recursos internos; e a inobservância do prazo razoável para submeter o caso à Comissão, nos termos dos parágrafos 24 a 29, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 55 a 58, 64 a 67, 76 a 80 e 85 a 88 da presente Sentença.

2. Declarar parcialmente procedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado relativas à incompetência *ratione personae* a respeito de vítimas não incluídas no Relatório de Mérito da Comissão e à incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado, nos termos dos parágrafos 35 a 40 e 49 a 51 da presente Sentença.

**DECLARA:**

Por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, estabelecidas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas citadas nos parágrafos 224 e 231 da presente Sentença e nos termos dos parágrafos 172 a 231 da mesma.

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas citadas nos parágrafos 239 e 242 da presente Sentença e nos termos dos parágrafos 172 a 197 e 232 a 242 da mesma.

Por unanimidade, que:

5. O Estado é responsável pela violação dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, previstas nos artigos 25 e 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, e os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, bem como o artigo 7º da Convenção Belém do Pará, em detrimento de L.R.J., C.S.S. e J.F.C., nos termos dos parágrafos 243 a 259 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

6. 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 detrimento de: Mônica Santos de Souza Rodrigues; Evelyn Santos de Souza Rodrigues; Maria das Graças da Silva; Samuel da Silva Rodrigues; Robson Genuíno dos Santos Jr; Michelle Mariano dos Santos; Bruna Fonseca Costa; Joyce Neri da Silva Dantas; Geni Pereira Dutra; Diogo da Silva Genoveva; João Alves de Moura; Helena Vianna dos Santos; Otacílio Costa; Pricila Rodrigues; William Mariano dos Santos; L.R.J.; C.S.S.; e J.F.C., nos termos dos parágrafos 269 a 274 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

7. O Estado não 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 detrimento de Cirene dos Santos, Edna Ribeiro Raimundo Neves, José Francisco Sobrinho, José Rodrigues do Nascimento, Maria da Glória Mendes, Maria de Lourdes Genuíno, Ronaldo Inácio da Silva, Alcides Ramos, Thiago da Silva, Alberto da Silva, Rosiane dos Santos, Vera Lúcia dos Santos de Miranda, Lucia Helena Neri da Silva, Edson Faria Neves, Mac Laine Faria Neves, Valdenice Fernandes Vieira, Neuza Ribeiro Raymundo, Eliane Elene Fernandes Vieira, Rogério Genuíno dos Santos, Jucelena Rocha dos Santos, Norival Pinto Donato, Celia da Cruz Silva, Nilcéia de Oliveira, Diogo Vieira dos Santos, Adriana Vianna dos Santos, Sandro Vianna dos Santos, Alessandra Vianna Vieira, Zeferino Marques de Oliveira, Aline da Silva, Efigenia Margarida Alves, Sergio Rosa Mendes, Sonia Maria Mendes, Francisco José de Souza, Martinha Martino de Souza, Luiz Henrique de Souza, Ronald Marcos de Souza, Eva Maria dos Santos Moura, João Batista de Souza, Josefa Maria de Souza, Waldomiro Genoveva, Océlia Rosa, Rosane da Silva Genoveva, Paulo Cesar da Silva Porto, Daniel Paulino da Silva, Georgina Soares Pinto, Nilton Ramos de Oliveira, Maria da Conceição Sampaio de Oliveira, Vinicius Ramos de Oliveira, Geraldo José da Silva Filho, Georgina Abrantes, Paulo Roberto Felix, Beatriz Fonseca Costa, Dalvaci Melo Rodrigues, Lucas Abreu da Silva, Cecília Cristina do Nascimento Rodrigues, Adriana Melo Rodrigues, Roseleide Rodrigues do Nascimento, Shirley de Almeida, Catia Regina Almeida da Silva, Valdemar da Silveira Dutra, Vera Lucia Jacinto da Silva, Cesar Braga Castor, Vera Lucia Ribeiro Castor, Pedro Marciano dos Reis, Hilda Alves dos Reis e Rosemary Alves dos Reis, nos termos do parágrafo 272 da presente Sentença.



Por unanimidade, que:

8. O Estado não violou o direito de circulação e de residência, estabelecido no artigo 22.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de C.S.S., J.F.C. e L.R.J., nos termos dos parágrafos 281 e 282 da presente Sentença.

### **E DISPÕE:**

Por unanimidade, que:

9. Esta Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação.

10. O Estado deverá conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. A respeito das mortes ocorridas na incursão de 1995, o Estado deverá iniciar ou reativar uma investigação eficaz a respeito desses fatos, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. O Estado deverá também, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência, no sentido disposto no parágrafo 292 da presente Sentença.

11. O Estado deverá iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual, no sentido disposto no parágrafo 293 da presente Sentença.

12. O Estado deverá oferecer gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos. Do mesmo modo, os tratamentos respectivos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros escolhidos pelas vítimas, no sentido disposto no parágrafo 296 da presente Sentença.

13. O Estado deverá proceder às publicações mencionadas no parágrafo 300 da Sentença, nos termos nela dispostos.

14. O Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação, durante o qual deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas da presente Sentença, na praça principal da Favela Nova Brasília, no sentido disposto nos parágrafos 305 e 306 da presente Sentença.

15. O Estado deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país. Esse relatório deverá também conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial, no sentido disposto nos parágrafos 316 e 317 da presente Sentença.

16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis*, se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.

17. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença.

18. O Estado deverá implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde. Como parte dessa formação, deverão ser incluídas a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura e as normas internacionais em matéria de atendimento de vítimas e investigação desse tipo de caso, no sentido disposto nos parágrafos 323 e 324 da presente Sentença.

19. O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participarem de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença.

20. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. O conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial deverá ser abolido, no sentido disposto nos parágrafos 333 a 335 da presente Sentença.

21. O Estado deverá pagar as quantias fixadas no parágrafo 353 da presente Sentença, a título de indenização por dano imaterial, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 358 da presente Sentença.

22. O Estado deverá restituir ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quantia desembolsada durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 362 desta Sentença.

23. O Estado deverá, no prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

24. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso tão logo o Estado tenha dado cabal cumprimento ao que nela se dispõe.

Sentença de 16 de fevereiro de 2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas.*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente em Exercício

EDUARDO VIO GROSSI

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

ELIZABETH ODIO BENITO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

ABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente em Exercício

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário



Lei  
da Boa  
Fé

...m...  
...fixe...

Con  
solidar...

...sinc...

Detalhe da imagem da capa

# Noticiário



Dñs  
Lris

Dñs  
Lris  
Civis



## Eleição e Posse dos Novos Integrantes do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MPRJ



O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro realizou, no dia 25 de setembro, sessão solene de posse dos membros eleitos para o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Foram empossados para o biênio 2017/2019 os Procuradores de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana, Fátima Maria Ferreira Melo, Dirce Ribeiro de Abreu, Maria da Conceição Lopes de Souza, Márcia Alvares Pires Rodrigues, Patricia Silveira da Rosa, Joel Tovil, Katia Aguiar Marques Selles Porto, Marlon Oberst Cordovil e Angela Maria Silveira dos Santos.

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça é composto pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, pelo Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, pelos dez Procuradores de Justiça mais antigos na classe e pelos dez Procuradores de Justiça eleitos. A eleição ocorreu no dia 14 de agosto de 2017, quando participaram da votação 174 Procuradores de Justiça, de um total de 196 aptos a votar.



A sessão de posse foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, e a leitura do termo de posse foi realizada pelo Procurador de Justiça Sávio Renato Bittencourt Soares Silva, que se despediu do cargo de secretário do órgão, o qual passa a ser ocupado pelo Procurador de Justiça Cláudio Henrique da Cruz Viana.

Em nome dos decanos, o Procurador de Justiça Carlos Antonio Navega saudou e deu as boas vindas aos novos integrantes do Órgão Especial. Em seguida, discursou a Procuradora de Justiça Fátima Maria Ferreira Melo, representando os empossados. Na solenidade, foram ainda nominados como suplentes os Procuradores de Justiça Márcia Maria Tamburini Porto, Patricia Mothé Glioche Béze, Antonio Carlos da Graça de Mesquita, Cristiane Bernstein Seixas e Elizabeth Carneiro de Lima.

A sessão foi encerrada pelo Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, que agradeceu a atuação dos membros em término de mandato e afirmou que os novos empossados também terão oportunidade de contribuir para o fortalecimento da Instituição. Eduardo Gussem ressaltou, ainda, a grande responsabilidade dos membros do Órgão Especial no sentido de aproximar cada vez mais o MPRJ da sociedade.

Compete ao órgão, entre outras funções, dar posse ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral e aprovar propostas de criação de cargos e serviços auxiliares e de modificação na Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, bem como providências relacionadas ao desempenho das funções institucionais.





## **Eduardo da Silva Lima Neto Toma Posse como Diretor-Presidente da CAMPERJ**

A Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - CAMPERJ realizou, no dia 21 de setembro, a solenidade de posse da sua nova Diretoria e do Conselho Fiscal da entidade para o quadriênio 2017/2021. Eduardo da Silva Lima Neto foi empossado como Presidente da entidade, Walberto Fernandes de Lima, como Secretário; Dimitrius Viveiros Gonçalves, como Tesoureiro e Marfan Martins Vieira, assumiu a Diretoria de Benefícios. Galdino Augusto Coelho Bordallo, Norton Esteves Pereira de Mattos e Vera de Souza Leite foram empossados no Conselho Fiscal.

Durante a cerimônia, o Procurador-Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem, prestou homenagem a Arthur Pontes Teixeira, que foi Presidente da CAMPERJ por mais de três décadas, reconhecendo a importância de sua atuação.

Em seu discurso de posse, Lima Neto ratificou as homenagens a Arthur Pontes Teixeira ao anunciar que uma reforma no estatuto da Caixa criará o cargo de Presidente de Honra. O novo Presidente da CAMPERJ também agradeceu aos eleitores a confiança e propôs uma gestão participativa, aberta ao diálogo e transparente.

Compareceram à cerimônia o Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Elias Erthal Sanglard, a Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CEPROJUS), Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, o Presidente da Associação



dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Mattos, o Presidente da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (COOMPERJ), Luiz Antonio Ferreira de Araujo e a Presidente da FEMPERJ, Lilian Pinho.

Também estiveram presentes, entre outras autoridades, a Vice-Presidente da AMPERJ, Victória Le Cocq, a Diretora Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas, Lourdes Gamba e a Diretora Social da AMPERJ, Sumaya Helayel.

# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

199, 233, 237-238, 242, 259-261, 264, 365, 373-374, 376, 379;

## **AGENTES PÚBLICOS**

105-106, 109-110, 112, 115, 120, 159-160, 239, 241, 243, 258-259, 263, 381, 403, 419, 450, 458, 468;

## **ANÁLISE CASO CONCRETO**

51-52;

## **AUTONOMIA**

23, 33, 39-41, 47, 49, 74, 79, 83, 101, 124, 151, 169-170, 234, 310, 423, 474, 478, 482;

## **AUTORIDADES MUNICIPAIS**

45, 47, 49-50;

## **CÍRCULO HERMENÊUTICO**

51, 53;

## **CIVIL LAW**

169-172, 175, 180;

## **CÓDIGO DE PROCESSO**

Civil 27, 92, 97, 100, 123-124, 133, 137, 165-166, 168, 173, 175, 180, 182, 189, 238, 268-269, 364, 366, 368, 406;

## **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

36, 39, 48, 123, 133-134, 136-137, 143, 173, 179, 182, 478, 483;

## **COLABORAÇÃO PREMIADA**

367;

## **COMMOM LAW**

172, 175, 180;

## **COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

33, 46;

## **CONFERÊNCIA INTERGOVERNAMENTAL**

18;

## **CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO**

189;

## **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

195-196;

## **CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

61-63;

## **CONSTITUIÇÃO**

18, 27, 33, 35-49, 56, 58, 61-69, 71-72, 74-75, 77, 79-80, 82-83, 97, 104-105, 113, 115, 117, 120, 135, 140, 143, 147, 166, 179,

189-190, 199, 239, 264-265, 286, 305, 307-308, 310, 312, 315-316, 318-319, 321-324, 329, 335, 337-339, 347, 353, 366-367, 423, 453, 469, 476, 478, 482;

## **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

33, 40, 43-47, 49, 104-105, 166, 199, 239, 315, 318, 324, 347, 366-367;

## **CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS**

33-35, 39, 41, 43-45, 49;

## **CONTRATAÇÃO**

109, 115-116, 149-150, 153-161, 203, 205, 233, 235, 247, 250-251, 373, 375-376, 380;

## **CONTRATO(S)**

62, 73, 85-96, 99-100, 104-110, 112-113, 115-116, 118-120, 130, 147-150, 152-159, 161-162, 200-201, 205-206, 208, 211-213, 217-222, 225, 231-234, 236-238, 245, 250, 252-254, 257-258, 263, 269;

## **CRIMINALIDADE ORGANIZADA**

17, 19, 23;

## **CRIMINALIDADE ORGANIZADA TRANSNACIONAL**

17, 19;

## **CUSTOS**

105, 107-113, 115, 120, 154, 157, 160, 202, 204, 206, 210-211, 214, 216, 222-223, 229, 234-235, 246, 255;

## **DEMOCRACIA**

40, 65-70, 73-74, 77-78, 80-81, 83-84, 114, 123, 296, 320, 327, 337;

## **DEMOCRACIA BRASILEIRA**

123;

## **DEPÓSITO**

85-86, 88-101, 293, 354-356, 359, 486;

## **DIALETICIDADE**

27, 29-31;

## **DIMENSÃO TRANSNACIONAL**

18;

## **DIREITO ROMANO**

80, 85-92, 94-98;

## **DIREITO SANCIONADOR**

161;

## **ENFORCEMENT**

108, 112, 115, 120;

**ESTADOS-MEMBROS**

17-18, 20-23, 114;

**FAVELA**

389-390, 393, 419, 423-424, 426-433, 442, 444, 449, 465-466, 471-472, 482-483, 489, 491;

**FECOMERCIO**

189;

**FEDERAÇÃO BRASILEIRA**

39-40, 43;

**FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

33, 34-39, 47-49, 367;

**FUNRIO**

195;

**HARD CASE**

51;

**IGUALDADE**

22, 34, 45, 68, 71, 73, 77-78, 80-83, 115, 119, 125, 127, 147, 247, 307, 310-311, 313-314, 316, 318-322, 325-331, 333, 335-336, 339-343, 345, 347-348, 399, 413, 415;

**IMPARCIALIDADE**

34, 123-129, 133-134, 137-140, 143-144, 148, 440, 442, 449, 487;

**IMPEDIMENTO SUSPEIÇÃO**

123, 127, 129, 141;

**INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL**

198;

**INDISPONIBILIDADE DE BENS**

199, 264-266;

**INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE**

244;

**INQUÉRITO CIVIL**

199, 202, 236, 261;

**ISONOMIA**

117, 125, 156, 200, 205, 216, 251, 341, 357;

**JUÍZES DE DIREITO**

37;

**JURISDIÇÃO**

22, 34, 38, 76, 123, 128-132, 134-135, 137-140, 142, 144, 309, 322, 394, 397-398, 404-405, 407-408, 412-413, 416, 419, 423, 438-439, 452-454, 459, 478, 485, 487;

**JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

82;

**LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

104, 242, 263, 265, 268-269, 375;

**LEI Nº 8.666/93**

200, 202, 209, 211-212, 216, 247, 249, 252-253;

**LICITAÇÃO**

109-112, 115-116, 147-152, 155-162, 199, 202-203, 206, 208-213, 216, 218, 228, 233, 236, 247-248, 250-252, 257, 263, 395, 428, 483, 486;

**LICITAÇÕES PÚBLICAS**

116, 147;

**MARACANÃ**

199-204, 208-209, 212-218, 220, 231, 233-234, 236, 245-246, 248, 253, 255, 258, 263;

**MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO**

37;

**METODOLOGIA**

51, 53, 58, 155-156, 204, 209, 252;

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

17-18, 20-21, 23, 36-38, 45-46, 48-49, 129-131, 141, 143-144, 189, 195-197, 199, 202, 208, 236-238, 242, 259, 261-263, 266-269, 276-291, 299, 302, 349, 363-364, 374, 376, 379, 423, 428, 430-431, 441, 444-449, 468, 472-473, 475-476, 478-480, 482, 489-490, 495, 496-498;

**MINISTÉRIO PÚBLICO EUROPEU**

17-18, 23;

**MINISTROS**

35-37, 46, 64, 128, 138, 276, 296-297, 303, 306, 337, 349, 352, 360, 362-363, 371, 374, 382;

**MODELO ACUSATÓRIO**

138;

**MODELO COMPARTICIPATIVO**

27-29;

**MODERNIZAÇÃO**

189, 233, 257;

**NORMAS**

21, 30, 40-42, 45, 51, 54-55, 61-63, 65, 68, 70, 80-81, 105, 115-116, 118, 120, 135, 147-148, 151, 154, 157, 171, 176, 196, 197, 215, 240-242, 244, 247-248, 251, 314-315, 327-328, 341, 393, 405, 411, 437-438, 461, 468, 473-478, 480-481, 490;

**OBRIGAÇÕES**

87, 91, 93, 96-97, 114, 117, 125, 147, 222, 234-235, 317, 322, 407, 416, 439, 454, 456, 482, 486;

**ORDEM JURÍDICA**

61, 63, 240;

**ORDENAMENTO JURÍDICO**

22, 58, 68, 85-86, 90, 92, 96-97, 104, 121, 153, 155, 161, 169, 174, 176, 233, 240, 242, 315, 348, 455, 482;

**ÓRGÃO COLEGIADO**

34, 375-476;

**PODER JUDICIÁRIO**

37, 46, 57, 77, 168, 189, 190, 267, 294, 412, 434, 442, 446, 448, 472-473, 481;

**PODER PÚBLICO**

63, 108-111, 119, 155-156, 204, 208, 212-215, 236, 246, 252, 259, 268, 329, 373, 275, 439;

**PRECEDENTES**

27-29, 31, 165-169, 171-172, 175-177, 179-182, 265, 275, 283-285, 287, 293-295, 299, 340, 351, 355-356, 359, 367, 376, 379;

**PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

148, 152, 154, 158, 243;

**PRINCÍPIO DA MAIORIA**

80;

**PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE**

22;

**PRINCÍPIOS**

39-42, 44-45, 51-53, 55, 57-58, 66-67, 70, 75, 79-80, 104, 114, 118, 120, 124-125, 135, 138, 147-148, 150-151, 158-159, 161-162, 169, 178-180, 182, 195, 201, 205, 215, 223, 239-242, 244-246, 311, 326, 348, 393, 399, 413, 419, 440-441, 466, 476;

**PROCESSO LICITATÓRIO**

148-150, 152-155, 157-158, 160-161, 216, 250, 258;

**PROCESSO PENAL**

36, 39, 48, 123-124, 126, 133-134, 136-138, 143-144, 165, 168, 172-173, 175, 177-182, 260-261, 275, 277, 294-295, 440, 445-446, 449-450, 455, 459, 461, 469, 478-479, 483;

**PROCURADORIA EUROPEIA**

17-23;

**PROGRAMAS DE INTEGRIDADE**

117-121;

**PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FUNDAÇÕES**

195-196, 198;

**RECURSO DE REVISÃO**

195;

**REGRAS**

41-42, 45, 49, 51-53, 55, 57-58, 64, 67, 78, 85, 99-101, 107-108, 147, 150-151, 153, 155, 158, 169, 171, 222, 240-242, 266-267, 286, 300, 307, 315, 336, 363, 438, 479, 481;

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA**

117-118, 160;

**RESSARCIMENTO**

54, 96, 98, 199, 239, 258, 263, 265-269;

**SEPARAÇÃO DE PODERES**

44, 64, 75-78, 84;

**SOBERANIA DO POVO**

69-70, 79;

**SUJEITOS PROCESSUAIS**

27-28, 30, 132-133, 450;

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

27, 38, 45-46, 52, 55, 237, 262-263, 266, 278-279, 283, 285-287, 291-293, 298, 311, 313, 323, 352, 355, 358-359, 362, 364, 368, 374-375, 482;

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

33, 35-39, 41-49, 83, 97, 117, 177, 261-262, 275-276, 280, 285-286, 288, 292, 294, 297, 306, 309, 318, 366;

**TEORIA DO DIREITO**

168-169, 172, 175, 180;

**TEORIA GERAL DO PROCESSO**

129, 135-136, 176, 181;

**TRATADO DE LISBOA**

18-19, 21;

**TRIBUNAIS DE APELAÇÃO**

36-37;

**UNIÃO EUROPEIA**

17, 19, 22-23, 80, 113;

## **Assinatura da Versão Digital**

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:  
revista.assina@mprj.mp.br

## **Envio de trabalhos para publicação**

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

[www.mprj.mp.br/consulta-juridica/revista-do-mp](http://www.mprj.mp.br/consulta-juridica/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:  
revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:  
revista@mprj.mp.br