

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

---

**50 ANOS**



# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

## 50 ANOS

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

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

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Emerson Garcia**  
Diretor

**Robson Renault Godinho**  
Vice-Diretor

**Sergio Demoro Hamilton**  
Diretor Honorário

**Luiza Torezani**  
Coordenação-Geral

**Agnaldo Alves**  
Controle Administrativo

**Rebeca Aismini**  
Editoração

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

**Thaís Abbês**  
Revisão Ortográfica

**André Lourenço**  
**Carolina Ramos**  
**Tatiana Lacerda**  
Estagiários

**Davi Kaptzki**  
Projeto Gráfico

**Jonas Cruz**  
Design Gráfico  
Foto da capa

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

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

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

Tiragem: 3250 exemplares | Circulação Nacional

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

## **Redação e Administração**

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

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

[www.mprj.mp.br](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,

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

• • •

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

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

**Márcia Álvares Pires Rodrigues**  
Subcorregedora-Geral

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

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Pedro Elias Erthal Sanglard**  
Corregedor-Geral

## Membros natos

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

## Membros eleitos

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

• • •

## Conselho Superior do Ministério Público

**José Eduardo Ciotola Gussem**  
Presidente

**Pedro Elias Erthal Sanglard**  
Corregedor-Geral

## Titulares Eleitos

### Pelos Procuradores de Justiça

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

### Pelos Promotores de Justiça

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

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza  
Presidente

• • •

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

Arthur Pontes Teixeira  
Diretor-Presidente

• • •

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

José Roberto Paredes  
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova  
Presidente

• • •

**Sicoob Coomperj**

Luiz Antônio Ferreira de Araújo  
Diretor-Presidente





## EDITORIAL

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

Em 2017, a Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro comemora meio século de existência. O primeiro número da Revista foi publicado em 1967 e correspondia ao quadrimestre de janeiro a abril daquele ano. O lançamento do periódico se deu nove meses após a sua criação pelo Decreto “E” nº 1.174, de 2 de agosto de 1966 e foi editado sob os auspícios do então Diretor Paulo Dourado de Gusmão, sendo organizado pela Comissão de Redação composta por célebre corpo de juristas. Ali estavam *Clóvis Paulo da Rocha, Lúcio Marques de Souza, Jorge Guedes, Raphael Cirigliano Filho e Simão Isaac Benjó*.

Aquele primeiro número trazia artigos de importantes autores, como *Giorgio Del Vecchio, Roberto Lyra, Nelson Hungria, Arnold Wald, Luiz Angelo Dourado, Paulo Dourado de Gusmão e Sergio de Andréa Ferreira*, entre outros. As publicações posteriores não desmereceram o tradicional apego ao que há de melhor na doutrina jurídica, oferecendo aos seus leitores a expertise de autores renomados e temas de indiscutível importância para o Ministério Público.

Ao longo dessas décadas, a Revista atravessou três importantes fases, mudando de formato e diretriz redacional, mas sempre pautada pelo objetivo expresso em seu primeiro editorial: *“a publicação estará aberta para todo o campo da ciência jurídica. Daí o nome escolhido: Revista de Direito, que, por tais propósitos, acreditamos interessar não só aos membros do Ministério Público, como também aos do Poder Judiciário e a advogados”*.

Neste ano, para marcar o cinquentenário de criação da nossa Revista de Direito, foram selecionados artigos, peças processuais que retratam a atual produção doutrinária de juristas consagrados e de jovens promessas do Ministério Público fluminense, todos com elevada solidez científica e inegável plasticidade formal.

O artigo “Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa”, do constitucionalista português Jorge Miranda, discorre sobre o chamado jus-universalismo da Constituição portuguesa de 1976, estudo de inegável importância para a compreensão do Direito Constitucional Cooperativo.

Sabemos que a condição humana é essencialmente conflitual. Dessa constatação, nasce o fenômeno da litigiosidade, que contribui para a desagregação social e exige constantes aperfeiçoamentos nas técnicas de pacificação. A leitura do artigo “Conflitualidade imanente e resolutividade construída: perspectivas da Lei de Mediação sob as lentes da oralidade”, do Promotor de Justiça Emerson Garcia, oferece importante contribuição para a compreensão do tema.

O Ministério Público pode pedir a absolvição do réu. Essa máxima, já enraizada na consciência contemporânea, reflete claramente o seu papel de instituição

garantidora de direitos no processo penal. “Ainda e sempre a imparcialidade do Ministério Público no processo penal: uma tese decididamente garantista” possibilita um apurado estudo crítico sobre a duplicidade de funções atribuídas ao Ministério Público no processo penal pátrio, apresentado pelo também membro do *Parquet* fluminense Alexander Araujo de Souza.

O artigo de Guilherme Martins, “A mediação e os conflitos de consumo”, estabelece importante paralelo para a utilização da mediação e da conciliação como políticas públicas voltadas ao atendimento dos consumidores no Brasil.

As características da sociedade moderna atomizada e a relação com os conceitos de litigância repetitiva, ao que se soma a apatia racional, são as reflexões filosóficas apresentadas pelo Professor de Direito da Universidade da Amazônia – UNAMA, Alexandre Pereira Bonna, no estudo intitulado “O princípio da solidariedade frente aos fenômenos da litigância repetitiva (*repeat players*) e apatia racional (*rational apathy*)”. No artigo, são delineadas as noções básicas da teoria do direito como integridade, com enfoque nas fases pré-interpretativa e interpretativa propostas por Ronald Dworkin.

E mais, com a edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, o tema da mediação na Administração Pública voltou à tona. O artigo “Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil”, de Marcela do Amaral Barreto de Jesus, discorre sobre a efetividade na solução de problemas, bem como sobre a implantação, pela Administração Pública brasileira, de sistema de solução de controvérsias autocompositivo.

Falar em ser humano ou sobre questões que lhe são atinentes é uma das mais árduas tarefas a serem enfrentadas pelo estudioso. O artigo de Regiane Cristina Dias Pinto, “O poder familiar e a liberdade religiosa da criança e do adolescente”, discute de forma técnica e concisa os conflitos concernentes ao exercício do poder familiar, seus limites e os desafios na liberdade religiosa dos filhos.

Os limites do poder humano sobre a sucessão de fatos conducentes à morte é o tema apresentado no artigo “Testamento Vital e as Diretivas Antecipadas de Vontade: Direito de Morrer com Dignidade”, de Adriana Rosa Oliveira. Neste artigo, a autora propõe uma reflexão conceitual sobre o significado da eutanásia e sua distinção em relação à ortotanásia e ao auxílio ao suicídio, permeando a discussão com importantes considerações sobre a distanásia e o testamento vital.

Desde a edição da Lei nº 9.437/1997, que instituiu o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelecendo condições para o registro e para o porte de arma de fogo, discute-se a legitimidade dos integrantes das guardas municipais para portarem armas em apoio ao exercício de suas funções. O artigo de Hélio Nascimento reacende o debate sobre o tema, apresentando considerações de ordem jurídica a respeito da possibilidade de os integrantes das guardas municipais portarem armas de fogo.

Devem os médicos cooperados arcar com as dívidas da cooperativa a que pertencem? Essa temática está posta no artigo “Dívidas Sociais em Sociedades

Cooperativas e os Limites da Responsabilidade patrimonial do médico cooperativado, Caso Unimed”, de Raphael Le Cocq, tema instigante e atual, especialmente pelo fato de ter sido decretada a liquidação da Unimed São Paulo pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) .

No observatório jurídico, o tributarista e assíduo colaborador de nossa Revista, Ives Gandra Martins, desvenda “*a verdade sobre as imunidades das filantrópicas*”, enquanto o professor Jorge Lobo discorre sobre “*o poder geral de cautela na recuperação judicial*”.

A prática ministerial é retratada em peças processuais da lavra de membros desta Instituição, os quais incursionam em situações sistêmicas, administrativas e jurídicas do cotidiano finalístico do Ministério Público.

No tocante ao pensamento jurídico que emana dos nossos Tribunais Superiores, a jurisprudência selecionada incursiona em temas como cessão de servidor, transparência e direito à informação, homicídio e porte ilegal de armas e indulgência legal, bem como em questões ambientais e empresariais.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é apresentado o caso do “Instituto de Reeducação de Menor Vs. Paraguai”, que é sem dúvida um paradigma fundamental na proteção interamericana dos direitos de jovens privados de liberdade.

Por fim, externamos nossa alegria pela comemoração dos 50 anos da Revista e nossa gratidão a todos os diretores e autores pela dedicação a este tradicional periódico.

EMERSON GARCIA  
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO  
Vice-Diretor da Revista



# Sumário

## Doutrina

Testamento Vital e as Diretivas Antecipadas de Vontade: Direito de Morrer com Dignidade <i>Adriana Rosa de Oliveira</i> .....	19
O Princípio da Solidariedade frente aos Fenômenos da Litigação Repetitiva ( <i>Repeat Players</i> ) e Apatia Racional ( <i>Rational Apathy</i> ) <i>Alexandre Pereira Bonna</i> .....	37
Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista <i>Alexander Araujo de Souza</i> .....	49
Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade <i>Emerson Garcia</i> .....	55
A Mediação e os Conflitos de Consumo <i>Guilherme M. Martins</i> .....	71
(In)Constitucionalidade do Porte de Arma pelas Guardas Municipais: uma Leitura Global do Texto Constitucional <i>Hélio Nascimento</i> .....	85
O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa <i>Jorge Miranda</i> .....	99
Mediação e Conciliação no Âmbito da Jurisdição Administrativa no Brasil <i>Marcela do Amaral Barreto de Jesus</i> .....	113
Dívidas Sociais em Sociedades Cooperativas e os Limites da Responsabilidade Patrimonial do Médico Cooperativado – Caso Unimed <i>Raphael Le Cocq</i> .....	127
O Poder Familiar e a Liberdade Religiosa da Criança e do Adolescente <i>Regiane Cristina Dias Pinto</i> .....	139

## Observatório Jurídico

A Verdade Sobre as Imunidades das Filantrópicas <i>Ives Gandra da Silva Martins</i> <i>Fátima Fernandes Rodrigues de Souza</i> .....	155
O Poder Geral de Cautela na Recuperação Judicial <i>Jorge Lobo</i> .....	159

## Peças Processuais

### Pareceres

Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Esclarecimento a respeito da compatibilidade, com o §3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, da minuta de deliberação que regulamenta o voto eletrônico na eleição para a formação da lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. <i>Emerson Garcia</i> .....	165
--	-----

Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama. Desvio de medicamentos da Secretaria Municipal de Saúde, facilidades na obtenção de remédios de controle especial, atestados médicos, exames e procedimentos médicos. Pedido de condenação por prática do ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 10 e 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, ressarcimento integral do dano, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. <i>Fabrcio Rocha Bastos</i> .....	<b>175</b>
Processo Administrativo. Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral de Justiça. Art. 28 do Código de Processo Penal. Busca e apreensão de unidades de mídias graváveis de jogos de videogame contrafeitos. Rejeição do arquivamento. <i>Leonardo Freire de Oliveira</i> .....	<b>201</b>
Plano de redução da superlotação carcerária. Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos. Adoção de ações, medidas e estabelecimento de metas junto à Vara de Execuções Penais, tendentes a ajustar excessos ou desvios de execução nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro. <i>Murilo Nunes de Bustamante</i> .....	<b>209</b>
Recurso Especial. 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão proferido pela 8ª Câmara Criminal que deu provimento ao recurso estrito manejado pela defesa, despronunciando o acusado e desclassificando a imputação para crimes diversos dos dolosos contra a vida. Ação Penal Pública incondicionada. Crime doloso contra a vida. <i>Nilo Augusto Francisco Suassuna</i> .....	<b>229</b>

## **Jurisprudência**

### **Supremo Tribunal Federal**

#### **Jurisprudência Cível**

Ação Cível Originária nº 555/Distrito Federal. Ação Civil Originária. Distrito Federal. Servidora cedida para a União, com ônus para o órgão cessionário. Ausência de repasse dos valores referentes às remunerações e demais encargos sociais. Procedência da ação. <i>Sessão Plenária, 23/04/2015</i> .....	<b>257</b>
Recurso Extraordinário com Agravo nº 652.777/São Paulo. Constitucional. Publicação, em sítio eletrônico mantido pelo município de São Paulo, do nome de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos. Legitimidade. 1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido. <i>Sessão Plenária, 23/04/2015</i> .....	<b>265</b>

#### **Jurisprudência Criminal**

<i>Habeas Corpus</i> nº 120.678/Paraná. Crime – Homicídio e porte ilegal de arma de fogo. Excludente de ilicitude. Legítima defesa. Extensão. Impropriedade. Não se comunica a excludente de ilicitude que é a legítima defesa, relativa ao homicídio, ao crime autônomo de porte ilegal de arma. <i>Primeira Turma, 24/02/2015</i> .....	<b>277</b>
--	------------

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.602.076/São Paulo (2016/0134010-1). Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do Art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento *prima facie* de cláusula compromissória “patológica”. Atuação do Poder Judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido.

*Terceira Turma, 15/09/2016* ..... **285**

Recurso Especial nº 1.294.451/Goiás (2011/0069820-0). Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Admissibilidade de prequestionamento implícito. Obrigação de fazer. Providências práticas para impedir o trânsito de máquinas agrícolas e veículos pesados em perímetro urbano. Matéria de relevante interesse local. Adequação da via eleita.

*Segunda Turma, 01/09/2016* ..... **303**

### Jurisprudência Criminal

Embargos de Divergência em Resp nº 1.549.544/Rio Grande do Sul (2015/0202020-0). Processual Penal. Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial. Falta grave praticada nos 12 meses antecedentes ao decreto presidencial. Homologação posterior. Possibilidade de não concessão da comutação. I. Não haverá o direito de comutação de pena, o apenado que praticar falta grave no lapso de 12 meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial, desde que homologada a falta, ainda que a decisão seja posterior ao Decreto. II. *In casu*, o reeducando fugiu em 09/12/2013, sendo recapturado em março/2014, com homologação da falta grave, logo, adequada a não concessão da comutação. Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, dando-se provimento ao recurso especial para cassar o benefício concedido ao apenado.

*Terceira Seção, 14/09/2016* ..... **319**

### Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória ..... **335**

Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Sentença de 2 de Setembro de 2004 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) ..... **337**

### Noticiário

Eduardo Gussem É o Novo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Eleito para o Biênio 2017/2019 ..... **521**

Discurso do Procurador-Geral de Justiça na Cerimônia de Posse ..... **523**

MPRJ Empossa Nova Promotora de Justiça Substituta ..... **529**

Posse dos Novos Integrantes do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para o Biênio 2017/2019 ..... **531**

Conselheiro Marcelo Daltro Leite Discursa em Nome do Colegiado ..... **533**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO ..... **537**



Detalhe da imagem da capa



# Doutrina





# Testamento Vital e as Diretivas Antecipadas de Vontade: Direito de Morrer com Dignidade

Adriana Rosa de Oliveira\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia. 3. O Testamento Vital e sua Validade na Perspectiva do Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.1. Vedação a Tratamento Desumano ou Degradante. 3.2. Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## Resumo

Esse artigo científico é resultado de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que objetivou demonstrar a validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta as Resoluções nº 1.805/2006 e nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que foram contestadas pelo Ministério Público Federal sob o argumento de que o CFM estava pretendendo introduzir no ordenamento jurídico a expressa possibilidade de se facultar a pacientes valerem-se da ortotanásia. Contudo, restou demonstrado que a tese do MPF não merece prosperar, já que a declaração de vontade, exteriorizada no testamento vital, acerca de quais tratamentos médicos a pessoa vai querer ou não ser submetida no fim da vida, tem por principal fundamento jurídico a dignidade da pessoa humana, que lhe confere o direito de preferir morrer com dignidade a viver indignamente.

**Palavras-chave:** Testamento Vital, Dignidade Humana, Ortotanásia.

## Abstract

*This scientific paper is a result of a bibliographical and jurisprudential research that aimed to demonstrate the validity of living wills in the Brazilian legal system. Displays Resolutions n.1.805 / 2006 and n.1.995 / 2012 of the Federal Council of Medicine, which were challenged by federal prosecutors on the grounds that the CFM was intending to introduce into law the express ability to provide the patients with the right to the orthothanasia. However, remained demonstrated that the MPF thesis does not deserve to prosper, since the declaration of will, externalized in the living will, about which medical treatments a person*

---

\* Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*will want or not be submitted at the end of life, is the main legal basis for dignity the human person, which gives it the right to die with dignity prefer to live unworthily.*

**Keywords:** *Living Will, Dignity human, Orthothanasia.*

## 1. Introdução

A morte, sob qualquer ponto vista – da religião ou da ciência –, ainda é um grande mistério. Isso porque desconhecemos o que nos espera depois dela. Porém, uma coisa é certa: todos nós um dia iremos morrer. Com fundamento nesse futuro previsível e certo atrelado aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia privada é que nasce para o paciente de uma doença sem cura o direito de escolher o tratamento médico a que quer ou não ser submetido, ou seja, o direito de morrer com dignidade.

O testamento vital traz a possibilidade de uma pessoa, enquanto capaz de gerir todos os atos da vida civil, se manifestar se vai querer ser submetida a tratamentos que não terão qualquer eficácia caso venha a ser acometida de uma doença incurável que ameace a sua vida, cujo tratamento terapêutico esteja fora de qualquer possibilidade de êxito e o paciente esteja impossibilitado de manifestar livremente a sua vontade. Contudo, considerando que no Brasil ainda não existe nenhuma legislação específica sobre o tema, nem mesmo uma previsão legal para formalizar o testamento vital, surgem dúvidas quanto a sua validade e eficácia caso uma pessoa, plenamente capaz, declare sobre o tipo de tratamento médico a que quer ser submetida no fim da sua vida.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1.995/2012, publicada em 31 de agosto de 2012, dispôs sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Entretanto, a constitucionalidade e a legalidade da referida Resolução está sendo contestada pelo Ministério Público Federal de Goiás nos autos de uma Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela liminar.

O principal argumento do Ministério Público Federal consiste em sustentar que o Conselho Federal de Medicina está pretendendo introduzir no ordenamento jurídico a expressa possibilidade de se facultar a pacientes valerem-se da ortotanásia, atividade consistente em abdicar-se do emprego de providências médicas paliativas, que tenham como único resultado o de retardar, artificialmente, a inevitável e iminente morte do paciente terminal.

Atualmente, esse processo encontra-se em grau de recurso na 2ª instância, já que o MPF foi vencido na 1ª instância, sendo muito provável que essa questão envolvendo as diretivas antecipadas de vontade chegue ao Supremo Tribunal Federal.

Diante do que foi exposto, com fundamento nos princípios da dignidade humana e vedação a tratamento desumano ou degradante, corroborado com o princípio da autonomia privada, entende-se que é perfeitamente possível validar o testamento vital. Isso porque, muito embora a Constituição Federal preconize como um direito fundamental a inviabilidade do direito à vida, certo é que essa vida deve

ser vivida com um mínimo de dignidade. E não parece ser digno ministrar tratamentos e/ou medicamentos a uma pessoa em estado vegetativo, por exemplo, sabendo-se que não haverá qualquer eficácia, ao contrário, somente vai se prolongar o sofrimento do paciente e de seus entes queridos.

O testamento vital é o documento pelo qual a vontade de uma pessoa pode ser exteriorizada sobre quais tratamentos médicos vai querer ou não ser submetida caso venha ser acometida de uma doença incurável, cujo tratamento se revele totalmente ineficaz.

Não obstante, a ausência de legislação específica sobre o tema é cediço que o juiz não pode se eximir de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Assim, na hipótese de uma pessoa fazer um testamento vital e ser preciso autorização judicial para lhe dar cumprimento, o juiz, com fundamento nos princípios retro citados, poderá decidir favoravelmente, pois, se de um lado temos o direito fundamental da inviolabilidade do direito à vida, do outro lado temos a dignidade da pessoa humana e, havendo colisão de direitos fundamentais, o intérprete deverá se utilizar do princípio da concordância prática ou harmonização como critério de ponderação para buscar a melhor forma de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito.

Destarte, o presente trabalho infere a validade do testamento vital sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e vedação de tratamento desumano, sem olvidar, contudo, do princípio da autonomia privada para corroborar com o direito de morrer com dignidade, pois, não é razoável, muito menos justo, condenar uma pessoa, cuja vontade já foi declarada outrora, a viver sem o mínimo de dignidade no fim de sua vida em nome do direito fundamental da inviolabilidade do direito à vida, já que este direito somente tem relevância se puder ser exercido com dignidade. O que não é caso de pessoas que vivem, por exemplo, em estado vegetativo padecendo de doenças incuráveis, cujo prolongamento da vida só procrastina o seu sofrimento.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a possibilidade de validar o testamento vital perante o ordenamento jurídico para o seu cumprimento, mesmo sem legislação específica. A ideia é se basear no direito comparado, onde o testamento vital já foi positivado, bem como no princípio da autonomia privada e nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e vedação a tratamento desumano ou degradante.

Demonstrar que em razão da inércia do Poder Legislativo o Conselho Federal de Medicina acabou editando as resoluções de nº 1.805/2006 e de nº 1.995/2012, sendo a última específica acerca das diretivas antecipadas de vontade.

Entender que não é razoável prolongar o sofrimento de uma pessoa acometida de uma doença incurável, cujo tratamento terapêutico já não é mais eficaz, a viver sem um mínimo de dignidade.

Por fim, comprovar ao operador do direito que, diante de um caso concreto, a aplicação do princípio da concordância ou harmonização é a medida cabível para solucionar a colisão entre o direito à vida e o direito de morrer com dignidade, sendo perfeitamente possível atribuir validade e eficácia ao testamento vital, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e vedação ao tratamento desumano ou degradante, de modo que o testamento possa ser cumprido nos termos da vontade do testador.

Hodiernamente, em decorrência dos avanços da medicina, se tornou primordial conseguir que um doente viva o máximo de tempo com o mínimo de dor. Entretanto, cada vez mais nos deparamos com doenças muito graves e, não raras vezes, incuráveis. Por isso, mais do que curar, o objetivo fundamental da medicina é aliviar o sofrimento humano.

Assim, analisa-se qual a contribuição que as diretivas antecipadas de vontade podem oferecer aos indivíduos que desejarem se manifestar acerca de quais tratamentos médicos vão querer ou não ser submetidos, caso venham a padecer de uma doença grave, cujo tratamento seja totalmente ineficaz e estejam impossibilitados de manifestarem livremente as suas vontades.

Nesse trabalho será utilizado a principiologia constitucional, bem como o princípio da autonomia privada para fundamentar a validade do testamento vital.

Ante a ausência de legislação específica, o testamento vital ainda é pouco debatido no Brasil. Aqui, a pioneira nesse estudo é Luciana Dadalto (Testamento Vital, 2015). A referida autora aborda a experiência estrangeira acerca das diretivas antecipadas de vontade, bem como analisa a questão da autonomia privada nas situações de fim de vida, e propõe um projeto de lei para regulamentar a matéria oferecendo preposições no que tange a forma, discernimento, prazo de validade e eficácia para o testamento vital, tendo em vista que os modelos estrangeiros não atendem à realidade brasileira.

Esse tema também foi tratado por Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (*Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*, 2012). Contudo, os autores criticam a expressão “testamento vital”, sob o argumento de que, embora a declaração prévia de vontade se assemelhe ao testamento, deste se distancia em razão de sua principal característica, qual seja: a produção dos efeitos, pois, no caso do testamento é *post mortem*. Assim, a manifestação de um indivíduo acerca dos tratamentos que deseja ou não se submeter no fim de vida deverá ser tratado como diretivas antecipadas de vontade, defendendo a legitimidade das diretivas desde que a vontade seja livre e consciente, exteriorizada por pessoa capaz e feita por escrito, podendo, todavia, ser revogada a qualquer tempo.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se o método de abordagem dedutiva, por meio de levantamento bibliográfico, buscando explicitar o tema através de pesquisas em livros, jurisprudências, direito alienígena e meios eletrônicos (internet). Utilizou-se também o método de abordagem indutiva, onde se pretendeu conceber material suficiente para demonstrar a validade do testamento vital perante o ordenamento jurídico brasileiro com fundamento primordial na principiologia constitucional.

## 2. Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia

Antes de se adentrar ao mérito acerca do testamento vital e as discussões sobre sua validade, mister se faz esclarecer os conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia, fazendo uma breve consideração sobre estes institutos.

A eutanásia, na tradução etimológica literal, quer dizer boa morte. Significa a facilitação, através da intenção médica benéfica, para provocar a morte, sem dor ou sofrimento, de uma pessoa que esteja em situação considerada irreversível e/ou incurável, cujo objetivo precípua é cessar o seu sofrimento através da abreviação da sua morte. Porém, para tal prática há a necessidade de uma conduta passiva. Logo, surge o grande problema: mesmo que o paciente autorize a prática da eutanásia seu pedido não terá validade e a pessoa que o ajudou a morrer será punida pelo nosso Código Penal.

A título de exemplificação, cita-se aqui o filme *Mar Adentro*<sup>1</sup>, o qual retrata a história verídica de Ramon Sampedro, que depois de mergulhar em águas rasas fica tetraplégico e, mesmo recebendo amor, carinho e atenção da família, ele quer abreviar sua morte alegando que não há dignidade em sua vida. Ramon vai à Corte pedir para morrer, porém, seu pedido é negado. Ainda assim, ele não desiste e, com a ajuda de uma amiga, toma uma alta dosagem de cianureto de potássio que o leva à morte, após quase trinta anos de luta e sofrimento sob uma cama.

Esse filme retrata a realidade de muitos enfermos incuráveis que são levados a morrer sozinhos, já que a eutanásia, por não ser legalizada, levaria à prisão aquele que misericordiosamente ajudasse alguém a cessar seu sofrimento abreviando sua morte.

Outro caso famoso acerca da eutanásia é o do médico norte-americano Jack Kevorkian. Conhecido como Dr. Morte ele criou a máquina de suicídio para auxiliar doentes incuráveis a morrer. Militante da Eutanásia, Kevorkian, que era patologista, admitiu ter ajudado pelo menos 130 doentes terminais a pôr fim à suas vidas. Em 1990 ele lançou sua campanha em favor do suicídio assistido, deixando uma doente de *Alzheimer* matar-se com a máquina que ele criou. Afirma-se que ele derrotou promotores do *Michigan* quatro vezes antes de ser condenado por homicídio em segundo grau em 1999 após ter ido ao ar um programa da *CBS News* que o mostrou dando drogas letais a um homem de 52 anos que sofria da doença de *Lou Gehrig*, ou esclerose amiotrófica debilitante. Em 2007, como condição de sua libertação, comprometeu-se a não mais ajudar pessoas a morrerem. O Dr. Morte morreu aos 83 anos nos Estados Unidos no dia 03/11/2011, em decorrência de problemas renais.<sup>2</sup>

Há vários outros casos, entre esses, em que pacientes portadores de doenças incuráveis e/ou terminais preferem a morte a viver com doloroso e incontrolável sofrimento. Entretanto, normalmente a pessoa que quer morrer necessita de ajuda de um terceiro, o qual, pela legislação brasileira, pode responder por homicídio, ainda que sua intenção tenha sido benevolente.

<sup>1</sup> MAR Adentro. Produção: Fernando Bovaira e Alejandro Amenábar. EUA: Century Fox Film, 2005. 1 CD.

<sup>2</sup> G1.GLOBO.COM. *Jack Kevorkian, o 'Doutor Morte', morre aos 83 anos nos EUA*. 03 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/jack-kevorkian-o-doutor-morte-morre-aos-83-anos-nos-eua.html>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

Já a distanásia significa o prolongamento da vida a qualquer custo, mesmo que o tratamento cause grande sofrimento ao paciente. Diante disso, Evangelina Castilho Duarte<sup>3</sup> afirma que "(...) a distanásia é o emprego da tecnologia médica para prolongar o processo agônico, numa tentativa de retardar a morte, empregando todos os meios ordinários e extraordinários ao alcance, mesmo que haja maior dor e padecimento do paciente, (...)", a referida autora ainda conclui "cuja morte é iminente e inevitável". Em suma, trata-se de uma morte lenta a custa de muito sofrimento para o paciente terminal ou cujos tratamentos terapêuticos se transformam em verdadeiras ferramentas de tortura, razão pela qual essa medida deve ser evitada pelos profissionais de medicina sob pena de admitir-se tratamento desumano ou degradante, o que é vedado pela nossa Constituição Federal.

Por fim, a ortotanásia significa, na etimologia, morte correta. É o oposto da distanásia. Enquanto esta prolonga o sofrimento do paciente, aquela lhe permite morrer em paz, sem sofrimento, sem dor causada por tratamentos inconsequentes, inócuos e invasivos. Para Flávio Tartuce<sup>4</sup> "A ortotanásia é a prática utilizada para não gerar ao paciente um sofrimento físico, psicológico e espiritual, presente, por exemplo, pelo não emprego de técnicas terapêuticas inúteis de prolongamento da vida".

Diante disso, Evangelina Castilho Duarte<sup>5</sup> afirma que a ortotanásia é "(...) o procedimento que permite ao paciente que se encontra na fase final de sua enfermidade, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com tranquilidade", e conclui: "Permite-se ao doente morrer em paz, cercado de amor e carinho, sem se submeter a tratamentos invasivos que prolonguem inutilmente sua vida, já despida de dignidade humana".

Também é relevante trazer à baila o posicionamento do Papa João Paulo II na Carta Encíclica do Sumo Pontífice, que defendeu a renúncia aos tratamentos terapêuticos e intervenções médicas, cujos resultados se mostram inadequados à situação real do paciente ou trouxesse sofrimento para ele e sua família, concluindo que "(...) A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte"<sup>6</sup>. Logo, subentende que a própria igreja católica também admite a ortotanásia.

Diante do que foi exposto, a partir dos conceitos de eutanásia, distanásia e ortotanásia, chega-se a conclusão de que esta representa o meio-termo entre aquelas. Por esta razão defende-se aqui a ortotanásia, a qual é admitida pelo Código de Ética da Medicina, que foi consagrada pela Resolução nº 1.805/2006 de CFM e ratificada pela Resolução 1.995/2012 do CFM.

<sup>3</sup> DUARTE, Evangelina Castilho. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). *O direito de morrer a propósito da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina*, 2012, p. 22. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/3A/C1/41/73/2136F310D8D643F3180808FF/202\\_imprensa.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/3A/C1/41/73/2136F310D8D643F3180808FF/202_imprensa.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015. vol. 6, p. 418.

<sup>5</sup> DUARTE, *op. cit.*, 2012, p. 22.

<sup>6</sup> PAULO II, João. *Carta Encíclica Evangelium Vitae do Sumo Pontífice*, 1995. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html)>. Acesso em: 26 jun. 2015.



### 3. O Testamento Vital e sua Validade na Perspectiva do Ordenamento Jurídico Brasileiro

O testamento vital é tratado por alguns autores como sinônimo de diretivas antecipadas de vontade, contudo, para Luciana Dadalto<sup>7</sup> as diretivas antecipadas de vontade tradicionalmente “têm sido entendidas como o gênero do qual são espécies o testamento vital (*living will*) e o mandato duradouro<sup>8</sup> (*durable power attorney*)”. Já outros autores o denominam de Testamento Biológico.

A doutrina também diverge no que tange a natureza jurídica do testamento vital. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>9</sup>, o testamento vital ou biológico “Trata-se de um ato jurídico por meio do qual o paciente manifesta, prévia e expressamente, o desejo de querer ou não receber determinado tratamento médico, no momento em que estiver incapacitado de expressar livremente sua vontade”. Já Tartuce<sup>10</sup> afirma que o testamento vital ou biológico “(...) trata-se, em regra, de um ato jurídico *stricto sensu* unilateral (...)”. E Gonçalves<sup>11</sup>, diz que o testamento biológico “(...) constitui uma declaração unilateral de vontade (...)”.

Em suma, seja qual for a sua natureza jurídica – ato jurídico ou declaração unilateral de vontade – pode-se afirmar que o testamento vital é o documento pelo qual uma pessoa, enquanto capaz de gerir todos os atos da vida civil, manifesta se vai querer ou não ser submetida a tratamentos que não terão qualquer eficácia caso venha a ser acometida de uma doença incurável, cujo tratamento terapêutico esteja fora de qualquer possibilidade de êxito e o paciente esteja impossibilitado de manifestar livremente a sua vontade.

Ressalte-se que o testamento vital é um tema relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, já traz grandes discussões acerca de sua validade, tendo em vista que ainda não há legislação específica sobre a sua regulamentação. Segundo Dadalto<sup>12</sup>, “A expressão *living will* foi cunhada nos EUA no final da década de 1960”. Ezekiel J. Emanuel<sup>13</sup> diz que “o testamento vital foi proposto pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia, como o documento de cuidados antecipados, pelo qual o indivíduo poderia registrar seu desejo de interromper as intervenções médicas de manutenção da vida”.

Além dos EUA, outros países como Espanha e França já regulamentaram, através de leis, as diretivas antecipadas de vontade. E recentemente, precisamente em maio de 2012, a Argentina aprovou a Lei de Direitos do Paciente, que autoriza às pessoas dispor,

<sup>7</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

<sup>8</sup> “O mandato duradouro é um documento no qual o paciente nomeia um ou mais ‘procuradores’ que deverão ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade do paciente – definitiva ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre a recusa do tratamento”. (DADALTO, *op. cit.*, p. 91).

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol. 7. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 320.

<sup>10</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 425.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. Vol. 7. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 322.

<sup>12</sup> DADALTO, *op. cit.*, p. 106.

<sup>13</sup> EMANUEL, *apud* DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 106.

mediante poderes legais, ordens antecipadas sobre sua saúde em casos irreversíveis. A propósito, a Corte Argentina, em decisão pronunciada no dia 07/07/2015, reconheceu o direito pela morte digna ao decidir pela suspensão das medidas que prolongavam a vida de um homem em estado vegetativo há vinte anos<sup>14</sup>.

No Brasil o tema começou a ganhar relevância e gerar discussões a partir de 2006 quando o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.805/2006, a qual no seu art. 1º prescreve que: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.<sup>15</sup>

Afirma-se que a referida Resolução regulamentou a prática da ortotanásia no Brasil. Por essa razão, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal em face do Conselho Federal de Medicina pedindo, em caráter liminar, a suspensão dessa Resolução e, no mérito, a sua nulidade. A tutela foi deferida sob o fundamento de que tanto a eutanásia quanto a ortotanásia caracteriza o crime previsto no art.121 do Código Penal Brasileiro. Entretanto, após a instrução processual, o próprio Ministério Público Federal, em alegações finais, pugnou pela improcedência do pedido e o juiz assim o julgou.

Na sentença monocrática, cujo inteiro teor recomenda-se a leitura, o juiz entendeu que a Resolução CFM nº 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, não ofende o ordenamento jurídico, pois a ortotanásia está no contexto de medicina paliativa, ou seja, na impossibilidade de salvar a vida deve-se deixar transcorrer o processo natural e irreversível da morte, conferindo ao paciente o alívio da dor para que descanse em paz.<sup>16</sup>

Não obstante, em 2012 voltou-se a discussão sobre o tema quando o CFM editou a Resolução 1.995/2012<sup>17</sup>, a qual regulamenta as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Tal resolução passou também a ser chamada de Testamento Vital. O art. 1º diz que: “Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

<sup>14</sup> G1.GLOBO.COM. Corte da Argentina reconhece direito de decidir por morte digna. Suprema Corte analisou caso de homem em estado vegetativo há 20 anos. Decisão pede suspensão das medidas que prolongam a vida do homem. G1, 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/corte-da-argentina-reconhece-direito-de-decidir-por-morte-digna.html>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

<sup>15</sup> BRASIL. Resolução CFM nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Seção 1, p. 169.

<sup>16</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1ª Região). Ação Civil Pública. Processo nº 0014718.75.2007.4.01.3400 (2007.34.00.014809-3). Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

<sup>17</sup> BRASIL. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial [da] República do Brasil*. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de ago. 2012. Seção 1, p. 269-70.

Mais uma vez o Ministério Público Federal se opôs a referida resolução e ingressou com ação civil pública, dessa vez perante a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás<sup>18</sup>, requerendo sua suspensão, em caráter liminar e, no mérito, pediu para ser declarada inconstitucional e ilegal a Resolução 1.995/2012, sob o argumento de que mais uma vez o Conselho Federal de Medicina estava pretendendo introduzir no ordenamento jurídico a expressa possibilidade de se facultar a pacientes valerem-se da ortotanásia. Contudo, o pedido do MPF foi julgado improcedente. Este recorreu da sentença, porém, o recurso de Apelação ainda não foi apreciado pela instância superior, até o fechamento do presente trabalho<sup>19</sup>.

Na verdade, o que se espera é que o recurso do MPF não seja provido para que a Res. 1.995/2012 continue a produzir os seus regulares efeitos, isso porque deve-se levar em consideração que os profissionais da saúde têm a obrigação moral e o dever legal no que tange ao princípio da beneficência, o qual, no dizer de Darlei Dall'Agnol<sup>20</sup>, significa, simplesmente, agir em prol dos pacientes, ou seja, fazer o bem a eles sempre almejando o seu benefício.

Ressalte-se que a jurisprudência já está reconhecendo a possibilidade/validade do testamento vital, tanto que na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 528<sup>21</sup>, que diz ser válida a declaração de vontade da pessoa acerca do tipo de tratamento médico que vai querer ou não ser submetida caso venha a ficar sem condições de manifestar sua vontade.

Outro caso que merece destaque é o julgado da segunda instância do Tribunal do Rio Grande do Sul, onde o paciente, com o pé necrosado se negou à amputação preferindo a morte para aliviar o seu sofrimento. No entanto, o Ministério Público requereu alvará judicial para suprir a vontade do paciente para realizar a amputação. Na decisão o Tribunal entendeu que o caso se inseria na dimensão da ortotanásia e que o paciente tinha feito o testamento vital à luz da Res. 1.995/2012 do CFM e que o direito à vida, garantido pelo art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, ambos da CF, ou seja, que a vida tenha dignidade ou qualidade razoável, razão pela qual deveria prevalecer a vontade do paciente, eis que o mesmo não era obrigado a submeter ao tratamento, muito menos a uma cirurgia mutilatória, e indeferiu o recurso do MP.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1ª Região). Ação Civil Pública. Processo nº 1039.86.2013.4.01.3500 Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00010398620134013500&secao=GO&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>19</sup> O presente trabalho foi concluído em 02/11/2015.

<sup>20</sup> DALL'AGNOL, Darlei, 1965. *Bioética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 21.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. V Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 528. É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional////////index.php/JDC/article/view/820/774>>. Acesso em: 22 set. 2015.

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelação cível nº 0223453-79.2013.8.21.7000. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_)

A doutrina majoritária também já vem admitindo a possibilidade/validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro. Gagliano e Pamplona Filho<sup>23</sup>, ao falar do testamento vital dizem que “(...) independente da terminologia adotada, trata-se de um instituto de grande importância jurídica e sensibilidade social, amparado pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana (...)”.

Assim, diante de tudo que foi exposto verifica-se que a validade do testamento vital está, primeiramente, consubstanciada no princípio da dignidade humana, ou seja, através da premissa de que não é razoável condenar uma pessoa a viver sem o mínimo de dignidade e/ou qualidade de vida, sob pena de submetê-la a tratamento desumano ou degradante, deve-se admitir a validade e eficácia ao testamento vital, sendo este a exteriorização da declaração da vontade consubstanciada pela autonomia privada.

Ressalte-se ainda que mesmo se houver, em tese, um conflito de bens jurídicos tutelados constitucionalmente – direito à vida vs. direito de morrer com dignidade – o operador do direito deverá, diante do caso concreto, fazer uma ponderação dos bens tutelados. É o que a doutrina chama de princípio da concordância ou harmonização<sup>24</sup>, segundo o qual o juiz, diante de uma colisão entre direitos fundamentais, deverá analisar, na situação concreta, qual direito deverá prevalecer; e considerando que tanto a doutrina quanto a jurisprudência já sinalizaram pela licitude e legalidade das Resoluções 1.805/2006 e 1.995/2012, as quais, respectivamente, regulamentam, em tese, ortotanásia e testamento vital, dúvida não há de que, à luz do princípio da dignidade humana, o direito de morrer com dignidade deverá sempre prevalecer, se assim foi declarada a vontade da pessoa.

### 3.1. Vedação a Tratamento Desumano ou Degradante

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e garantias individuais, dispôs em seu art. 5º, III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”<sup>25</sup>

No presente trabalho o princípio da vedação a tratamento desumano e degradante está sendo tratado no sentido de obstar tratamentos terapêuticos totalmente ineficazes àqueles pacientes que manifestaram sua vontade acerca do tratamento médico que desejava ou não se submeter caso viessem a sofrer de uma doença incurável.

Hodiernamente existem tratamentos médicos cujos efeitos colaterais trazem muita dor e sofrimento para o paciente, por exemplo, a quimioterapia, que pode provocar, entre

processo.php%3FFnom\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\_comarca%3D700%26num\_processo\_mask%3D70054988266%26num\_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+assistencia+a+saude+biodireito+ortotanasia++&proxystylesheet=tjrs\_index&client=tjrs\_index&ie=UTF-8&lr=lang\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris>. Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 320-321.

<sup>24</sup> PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 231.

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Vade Mecum Compacto* / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

outros sintomas, dor, febre, anemia e infecção<sup>26</sup>. Também há os casos de pessoas que vivem em estado vegetativo<sup>27</sup>, as quais somente permanecem vivas em razão de alimentação artificial continuada por tubo nasogástrico ou gastrostomia. Entretanto, essas pessoas, após acamadas ou imobilizadas por muito tempo, passam a desenvolver escaras, que são feridas que podem aparecer em diversas regiões de apoio do corpo<sup>28</sup>.

Destarte, ao manter uma pessoa viva à custa de tratamento que só lhe causa dor e sofrimento, é conferir-lhe tratamento desumano ou degradante, o que é vedado pela nossa Constituição. Ademais, o dever da ética médica<sup>29</sup> impõe ao seu profissional zelar em benefício da saúde do ser humano, sem olvidar, contudo, que, nas situações clínicas irreversíveis ou termináveis, o médico deverá evitar a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários, devendo sempre aceitar as escolhas de seus pacientes, principalmente se já existir manifestação desse paciente acerca dos tratamentos que desejava ou não ser submetido, sob pena de se instalar a distanásia, ou seja, adiar uma morte inevitável com tratamentos que se envolvam em verdadeiras ferramentas de tortura.

### 3.2. Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da autonomia privada e dignidade da pessoa humana têm por escopo primordial validar o testamento vital à luz da Constituição Federal, sob o fundamento de que o direito de morrer com dignidade deve sobrepor a viver indignamente.

O princípio da autonomia privada, também chamado de autonomia da vontade, vem de uma época em que o Estado só deveria interferir na esfera individual o minimamente possível. Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>30</sup>, o referido princípio teve o seu auge após a Revolução Francesa, ocasião em que o individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual, passaram a predominar.

Por expressar uma liberdade absoluta, as pessoas eram livres para escolherem e contratarem com quem quisessem e da maneira que quisessem.

Todavia, hodiernamente, utiliza-se mais a nomenclatura Autonomia Privada, em que pese alguns autores utilizarem os termos como sinônimos. Porém, há outros que rechaçam o termo autonomia da vontade, isso porque a autonomia privada melhor expressa, no direito, a vontade de maneira mais concreta, real e objetiva, podendo,

<sup>26</sup> CENTRO DE COMBATE AO CÂNCER. *Conheça os efeitos colaterais mais comuns e esperados durante o tratamento quimioterápico e algumas dicas para atenuá-los*. Disponível em: <<http://www.cccancer.net/efeitos-colaterais/>>. Acesso em: 17 de ago. 2015.

<sup>27</sup> Segundo o estudo da *Multi-Society Task Force on PVS*: “O estado vegetativo é uma situação clínica de completa ausência da consciência de si e do ambiente circundante, com ciclos de sono-vigília e preservação completa ou parcial das funções hipotalâmicas e do tronco cerebral”. (DADALTO, *op. cit.*, p. 32).

<sup>28</sup> VARELLA, Drauzio. *Doenças e sintomas*. Escaras. Publicado em 26 set. 2012. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/e/escaras/>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

<sup>29</sup> BRASIL. Resolução 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1, p. 169. Retificação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 2009. Seção 1, p. 173.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3, p. 20.

inclusive, sofrer limitações no que tange a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé. Já a expressão autonomia da vontade traduz uma conotação subjetiva, gerando uma falsa impressão de que, em razão da autonomia da vontade, pode-se fazer o que quiser.

No presente trabalho o princípio da autonomia privada também está sendo defendido para se evitar o paternalismo, que, para Darlei Dall'agnol<sup>31</sup>, "um ato paternalista pode ser definido como aquele que nega a liberdade do outro de manifestar seus próprios interesses, desejos, vontades etc."

Antes, é primordial destacar que um dos princípios básicos da bioética diz respeito à autonomia das pessoas, cuja formulação desse princípio foi influenciada pela ética do filósofo alemão Immanuel Kant, o qual defendia que os seres racionais possuem valores em si mesmos e que respeitá-los significa tratá-los como fins e não meramente como meios, não podendo uma pessoa ser manipulada ao bel prazer dos outros<sup>32</sup>.

Nesse diapasão, é perfeitamente possível, por exemplo, uma pessoa manifestar-se acerca do tratamento médico que desejará ou não ser submetida, ou seja, o indivíduo é livre para conhecer e decidir sobre o seu próprio bem, desde que em consonância com a ordem pública e permeada pela dignidade humana.

Para Luciana Dadalto<sup>33</sup> "(...) a autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de 'vida boa' e de agir buscando tal objetivo (...)". Significa dizer que a autonomia privada tem por fundamento a liberdade do indivíduo, o qual se respalda nos alicerces dos princípios constitucionais para decidir o que é melhor para a sua vida.

Assim, pode-se dizer que o princípio da autonomia privada é o princípio que garante ao indivíduo o direito e a liberdade de manifestar a sua vontade, cujos interesses são meramente particulares, devendo ser exercidos, todavia, sob a óptica Constitucional e Estatal.

Contudo, é mister analisar o princípio da autonomia privada em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é elevado à condição de princípio fundamental no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Significa dizer que uma pessoa, pelo simples fato de se integrar ao gênero humano, já é possuidora de dignidade, tendo em vista que este atributo é inerente a todas as pessoas diante de sua própria condição de ser humano, as quais se tornam possuidoras de igual respeito e direitos por parte de seu próximo, conforme bem explana André Gustavo Corrêa de Andrade.<sup>34</sup>

O referido autor ainda sustenta que um dos pilares da dignidade é a igualdade entre os seres humanos. E é da ética que se extrai o princípio de que as pessoas devem

<sup>31</sup> DALL'AGNOL, *op. cit.*, p. 18.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>33</sup> DADALTO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>34</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO RIO DE JANEIRO (TJRJ). *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*, 2008, p. 2. Disponível em: <[http://portal.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affe2d8bbe&groupId=10136](http://portal.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affe2d8bbe&groupId=10136)>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ter os seus direitos igualmente respeitados, independentemente da raça, cor, idade, condição social ou quaisquer outras características pessoais.<sup>35</sup>

Logo, pode-se afirmar que a dignidade é um valor moral intrínseco inerente a todo ser humano, a qual se manifesta individualmente na autodeterminação voluntária, consciente e responsável pela sua própria vida, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas.

Nesse mesmo sentido Alexandre de Moraes<sup>36</sup>, segundo o qual, “a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”.

Entretanto, em que pese a Constituição Federal de 1998 ter estabelecido que todos fossem iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, essa igualdade não constitui um princípio absoluto, eis que em determinadas situações é necessário um tratamento desigual entre as pessoas para promover a diminuição da própria desigualdade.<sup>37</sup>

O outro pilar da dignidade, segundo André Gustavo Corrêa de Andrade, é a liberdade que, em sentido amplo, permite ao ser humano expressar livremente sua vontade, bem como exercer com responsabilidade os seus direitos.<sup>38</sup>

Ressalte-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. 1º, destaca esses dois pilares da dignidade humana ao declarar que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir um para com os outros em espírito de fraternidade”<sup>39</sup>.

Assim, ao falar de dignidade humana é trazer à baila a sustentação de Kant<sup>40</sup>, segundo a qual “(...) O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...)”. Desse contraponto entre meio e fim, o referido autor reforça sua análise concluindo que “(...) Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (...)”.

Logo, tratar o outro como fim significa reconhecer a sua humanidade, pois, no dizer de Kant o homem não pode ser objeto para ser utilizado como meio, mas sim deve ser considerado como fim em si mesmo.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

<sup>37</sup> Alexandre de Moraes pondera que: “(...) o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos dos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça (...)”. (MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 31).

<sup>38</sup> ANDRADE, *op. cit.*, 2008, p. 6.

<sup>39</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2015.

<sup>40</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 2007, p. 68. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 70.

Desta forma, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana sob a perspectiva de Kant, pode-se dizer que manter uma pessoa viva, ministrando-lhe tratamentos totalmente ineficazes, é fazê-la de objeto para utilizá-la como meio para prolongar a sua morte iminente e inevitável, constituindo, indubitavelmente, um verdadeiro desrespeito à sua própria dignidade, já que o direito de morrer dignamente deve sobrepor à manutenção de uma vida indigna, pois, o respeito à dignidade e à autonomia privada constitui um dever de igualdade, solidariedade e fraternidade com o seu próximo, razão pela qual o testamento vital deve ser reconhecido como o documento autêntico para dar eficácia à vontade da pessoa que ali manifestou o seu desejo acerca dos tratamentos médicos que desejava ou não ser submetido.

#### 4. Considerações Finais

O tema da pesquisa apresentado, qual seja, o testamento vital e as diretivas antecipadas de vontade para fundamentar o direito de morrer com dignidade, trouxe a hipótese de validar esse testamento mesmo sem legislação específica.

Embora a morte seja um evento certo, futuro e previsível, ainda existe muita resistência em discutir acerca da terminalidade da vida, todavia, não há dúvidas de que o desejo de todo ser humano é morrer em paz sem sofrimento.

No entanto, no decurso da vida podem surgir doenças ou acontecer acidentes que levam uma pessoa a viver sem o mínimo de dignidade. Declarar a vontade sobre quais tratamentos médicos vai querer ou não ser submetido no fim da vida, caso venha a ser acometido de alguma doença incurável, cujo tratamento terapêutico se revele totalmente ineficaz, é a forma de garantir o direito de morrer em paz com dignidade.

Por essa razão, o Conselho Federal de Medicina editou, em 2006, a Resolução 1.805, regulamentando, em tese, a ortotanásia; e em 2012, a Resolução 1.995, dispondo sobre as diretivas antecipadas de vontade, a qual ficou conhecida como testamento vital. Entretanto, o Ministério Público Federal se opôs às referidas resoluções, requerendo a inconstitucionalidade das mesmas por entender que elas são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, constatou-se, no presente trabalho, que o posicionamento do MPF vem sendo rechaçado pelo Poder Judiciário e que o testamento vital, mesmo sendo ainda pouco discutido no Brasil, é a solução para exteriorizar a autonomia privada no que tange as diretivas antecipadas de vontade. Para isso, tem-se como base a principiologia constitucional consubstanciada no princípio maior da dignidade da pessoa humana, pois, conforme restou amplamente demonstrado, o direito à vida, como garantia fundamental, só tem relevância se puder ser exercido com o mínimo de dignidade e/ou razoável qualidade.

Destarte, conclui-se que o testamento vital é válido no Brasil por várias razões: primeiro porque a autonomia privada atribui ao indivíduo o direito de não querer submeter-se a tratamentos inócuos, os quais se convolam em ferramentas de tortura que apenas procrastina uma morte iminente e inevitável. Segundo porque o



direito fundamental inerente a todo ser humano, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, traduz uma conotação de que o direito de morrer com dignidade deverá sempre prevalecer quando for confrontado a manter uma pessoa viva indignamente e/ou sem qualidade de vida razoável.

Não obstante, a fim de garantir publicidade e proporcionar maior segurança jurídica para quem desejar declarar sua vontade acerca de quais tratamentos médicos vai querer ou não ser submetido, sugere-se que o testamento vital seja elaborado por instrumento público, pois, dessa forma, na hipótese de impossibilidade de manifestar livremente a vontade, os familiares do paciente terão possibilidades de dar fiel cumprimento à vontade do testador, ainda que judicialmente, tendo em vista que tanto a doutrina como a jurisprudência já vem reconhecendo a legalidade do testamento vital sob a óptica da Resolução nº 1.995 do Conselho Federal de Medicina.

### Referências Bibliográficas

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro (TJRJ). *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial*, 2008. Disponível em: <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136)>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Vade Mecum Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Vade Mecum Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 5.869*, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Vade Mecum Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 nov. 2006. Seção 1, p. 169.

\_\_\_\_\_. Resolução 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 set. 2009. Seção 1, p. 169. Retificação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 2009. Seção 1, p. 173.

\_\_\_\_\_. Resolução CFM nº 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial [da] República do Brasil*. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de ago. 2012. Seção 1, p. 269-270.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. V Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 528. É válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional////////index.php/JDC/article/view/820/774>>. Acesso em: 22 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível. Biodireito. Ortotanásia. Testamento Vital. Apelação cível nº 0223453-79.2013.8.21.7000. Apelante: Ministério Público. Apelado: João Carlos Ferreira. Relator: Des. Irineu Mariani. Porto Alegre, 20 de novembro de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3FFnom\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70054988266%26num\\_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+assistencia+a+saude+biodireito+ortotanasia++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3FFnom_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054988266%26num_processo%3D70054988266%26codEmenta%3D5557320+assistencia+a+saude+biodireito+ortotanasia++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70054988266&comarca=Viam%C3%A3o&dtJulg=20/11/2013&relator=Irineu%20Mariani&aba=juris)>. Acesso em: 23 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal*. (1ª Região). Ação Civil Pública. Processo nº 0014718.75.2007.4.01.3400 (2007.34.00.014809-3). Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Roberto Luis Luchi Demo. Brasília, 1 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal Regional Federal*. (1ª Região). Ação Civil Pública. Processo nº 1039.86.2013.4.01.3500 Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. Juiz Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00010398620134013500&secao=GO&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 21 set. 2015.

CENTRO DE COMBATE AO CÂNCER. *Conheça os efeitos colaterais mais comuns e esperados durante o tratamento quimioterápico e algumas dicas para atenuá-los*. Disponível em: <<http://www.cccancer.net/efeitos-colaterais/>>. Acesso em: 17 de ago. 2015.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALL'AGNOL, Darlei, 1965. *Bioética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2015.

DUARTE, Evangelina Castilho. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). O direito de morrer a propósito da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina*, 2012. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/3A/C1/41/73/2136F310D8D643F3180808FF/202\\_impresao.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/3A/C1/41/73/2136F310D8D643F3180808FF/202_impresao.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 7.

G1.GLOBO.COM. *Corte da Argentina reconhece direito de decidir por morte digna*. Suprema Corte analisou caso de homem em estado vegetativo há 20 anos. Decisão pede suspensão das medidas que prolongam a vida do homem. 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/corte-da-argentina-reconhece-direito-de-decidir-por-morte-digna.html>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

G1.GLOBO.COM. *Jack Kevorkian, o 'Doutor Morte', morre aos 83 anos nos EUA*. 03 jun. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/jack-kevorkian-o-doutor-morte-morre-aos-83-anos-nos-eua.html>>. Acesso em: 26 de ago. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 3.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, vol. 7.

MAR Adentro. Produção: Fernando Bovaira e Alejandro Amenábar. EUA: Century Fox Film, 2005. 1 CD.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 2007. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. *Direito Constitucional Sistematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PAULO II, João. *Carta Encíclica Evangelium Vitae do Sumo Pontífice*. 1995. Disponível em: <[http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html)>. Acesso em: 26 jun. 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer: Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das Sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015, vol. 6.

VARELLA, Drauzio. *Doenças e sintomas*. Escaras. Publicado em 26 set. 2012. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/letras/e/escaras/>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Por um fio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.



# O Princípio da Solidariedade frente aos Fenômenos da Litigação Repetitiva (*Repeat Players*) e Apatia Racional (*Rational Apathy*)

Alexandre Pereira Bonna\*

## Resumo

Aborda as características da sociedade moderna em relação à atomização do ser humano. Aprofunda a relação entre a sociedade atomizada e a litigação repetitiva e a apatia racional. Apresenta noções da teoria do direito como integridade, com enfoque na fase pré-interpretativa e interpretativa proposta por Ronald Dworkin. Explana as exigências do princípio jurídico da solidariedade, especialmente em face dos efeitos nocivos de uma sociedade altamente individualizada. Retoma a discussão envolvendo o princípio da solidariedade como elemento de destaque na fase pré-interpretativa e interpretativa e vetor de peso na interpretação de categorias do direito e problemas concretos enfrentados pelo Poder Judiciário.

## 1. Introdução: Contextualização, Noções da Teoria do Direito como Integridade, Problema, Justificativa e Metodologia

A presente pesquisa parte de uma constatação filosófica de que a modernidade produziu um lado sombrio nas relações privadas: a sociedade de massa e desinteressada – desenvolvida nas obras “A Condição Humana” (2011) de Hanna Arendt e *After Virtue* (1991) de Alasdair MacIntyre.

Por conseguinte, essa sociedade (de massa/desinteressada) fomentou uma grave distorção no modo como os danos são produzidos e encarados pelo Judiciário e pelas vítimas dos mesmos, já que por um lado o sujeito atomizado na modernidade aceita com parcimônia condutas danosas, especialmente as de baixo valor e intensidade, e, de outro lado, essa apatia racional (*rational apathy*)<sup>1</sup> está imbricada com a existência de litigantes repetitivos (*repeat players*)<sup>2</sup>, que se beneficiam dessa apatia e da falta de responsabilização à altura dos danos causados.

\* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia – UNAMA e Escola Superior da Advocacia – ESA.

<sup>1</sup> Expressão desenvolvida por Louis Visscher em “*Economic analysis of punitive damages*” (2009), afirmando a pertinência do valor indenizatório de cunho punitivo de modo a causar um desestímulo ao ofensor, assim como para fazer frente à falta de responsabilização na mesma proporção do dano causado, em especial pela apatia racional relacionada a um certo grau de aceitação do dano e falta de vigor, disposição e tempo para buscar proteção judicial.

<sup>2</sup> Expressão desenvolvida por Marc Galanter (1983), ao se referir a litigantes que se valem da falta de clareza do tratamento jurídico de determinados temas assim como da alta probabilidade de vítimas de danos não agirem judicialmente na defesa de seus direitos.

Essas duas consequências (*rational apathy e repeat players*), pelo fato de revelarem um aspecto banalizado e padronizado da produção de danos na sociedade atual, podem ser caracterizadas preocupantemente como elementos de violação de direitos (fundamentais ou não) no bojo das relações privadas, acendendo o alerta para a reflexão sobre se as instituições criadas pelo homem – que em última instância servem para garantir o respeito e a concretização de bens básicos<sup>3</sup> – são deficitárias em face desses fenômenos, de modo a contribuir às “reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes, quer como estadistas, quer como cidadãos” (FINNIS, *op. cit.*, p. 31), um dos fundamentos do Direito Natural.

Embora esse trabalho não utilize em seu desenvolvimento os pressupostos da teoria do Direito Natural, reconhece a importância de refletir sobre a harmonia das categorias jurídicas e das instituições que garantem direitos com um modelo de racionalidade jurídica suficiente para impedir graves distorções morais e de fortalecer os laços de dependência comunitária entre os membros de um determinado grupo de pessoas, dimensão esta que também se encontra no pensamento de Ronald Dworkin, especialmente quando trata das obrigações comunitárias/associativas.

As obrigações comunitárias/associativas na concepção dworkiana nada têm a ver com deveres que são deliberados e escolhidos, mas sim estão relacionados a uma atitude interpretativa, porque deve-se honrar compromissos que surgem no bojo da prática social na qual se está inserido, os quais estão vinculados a um grau de reciprocidade e noção de integridade e interpretação, motivo pelo qual este tipo de obrigação implica em algum sacrifício dos próprios interesses (DWORKIN, 1999, p. 237/244).

Nesse viés, é possível conceber uma comunidade política como um ente com personalidade e exigências próprias, diferente das dos indivíduos que a compõem, de modo que ser fiel a uma prática social implica agir de acordo com os princípios que emanam dessa comunidade personificada, o que por um lado afasta essa moral das crenças populares, mas que por outro está interligada a um conjunto de práticas. Assim, o agir moral em harmonia com essas práticas nada tem a ver com o que as pessoas individualmente pensam ser o moralmente correto (DWORKIN, 1999, p. 204/208).

Portanto, a concepção do direito como integridade à tarefa de explicar como um padrão de comportamento exigido por princípios surge a partir de uma prática social, se caracterizando como uma teoria do direito que possui um elemento comunitário, porque embora acate um certo grau de liberdade de perseguir ambições, compromissos, projetos e interesses pessoais, essa esfera da soberania individual sofre restrições pela integridade (DWORKIN, 1999, p. 211).

Essa concepção de direito (direito como integridade), adotada como premissa na presente pesquisa, presta substrato para justificar a interferência da autoridade do

<sup>3</sup> Os bens básicos são evidentes por si mesmos, inquestionáveis, são valores ou princípios que são necessários para qualquer boa ação do homem, além de serem fundamentais para o pleno florescimento humano. Eles servem de referência para a avaliação das instituições criadas pelo homem (FINNIS, 2007, p. 67).

Estado na esfera de direitos dos indivíduos. Vale destacar que a atividade jurisdicional também tem cunho político, não de política partidária, mas sim de princípio político, especialmente em casos controvertidos (DWORKIN, 2001, p. 5/6).

É por esse motivo que o direito como integridade defende uma visão “centrada nos direitos” e não no “texto legal”, em razão da amplitude a que o magistrado está autorizado a adentrar, aproximando a atividade jurisdicional da política. Enquanto que a concepção “centrada no texto legal” afirma que o poder do Estado só pode ser exercido contra os cidadãos a partir de regras explicitamente especificadas, não podendo inovar até que as mesmas sejam modificadas, a concepção “centrada nos direitos” parte de um ideal de justiça substantiva segundo a qual os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado, assim como o Estado do Direito necessita incorporar e aplicar esses direitos morais (DWORKIN, 2001, p. 6/7).

Isso não significa que o texto legal (constituição, leis, decretos) não tenha peso e importância, pelo contrário, “um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa” (DWORKIN, 2001, p. 9). Contudo, sob essa ótica centrada nos direitos, não são apenas as decisões oficiais que os outorgam, nem tampouco a intenção de soberanos e muito menos o consenso em uma certa comunidade, apesar de muitos críticos da concepção dworkiana alegarem que se trata de uma versão falha do direito por não conseguir refletir previsibilidade na vida dos cidadãos nem reivindicar autoridade visto que as questões extralegais comportam muitos dissensos.

De fato, a integridade não exige concordância (exceto na fase pré-interpretativa). A própria falta de consenso sobre direitos morais e a pluralidade de opiniões enriquece a prática social, de modo que a existência de direitos está imbricada com a comunidade personificada, a qual é um ente diverso dos sujeitos que a compõem e, por esse motivo, exige um conjunto de padrões que podem não ter relação com a opinião da maioria.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2001, p. 101).

Construir os direitos a partir da comunidade personificada exige a compreensão de um tipo especial de moralidade política que respeita o passado, o presente e o futuro, considerando que a melhor concepção de direitos será aquela que descrever da maneira mais coerente a continuidade do empreendimento interpretativo, teoria esta que será retomada mais adiante.

A presente pesquisa busca refletir – na fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade – sobre se o juiz está obrigado a pesar o princípio da solidariedade previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988 na interpretação de direitos inseridos nos fenômenos da litigação repetitiva e da apatia

racional, pois caso possua, em algum grau, o Poder Judiciário estaria contribuindo para a construção de uma sociedade mais solidária, menos apática e propensa a danos em massa, fortalecendo laços comunitários e de dependência mútua.

A justificativa da referida discussão se revela a partir da realidade alarmante que se instaurou na sociedade brasileira no tocante a práticas ilegais e danosas que continuam sendo perpetradas, uma vez que, à luz do custo-benefício, são lucrativas (há um preço do ilícito)<sup>4</sup> e se valem da apatia racional, além de outros fatores como a morosidade do Poder Judiciário. Neste cenário, engendrado pelo profundo individualismo que afetou a sociedade moderna, torna-se natural pautar condutas em detrimento ou com indiferença perante o outro, sendo fundamental retomar a discussão ética pelo canal do princípio da solidariedade e do direito como integridade, que possui também um aspecto comunitário na análise dos direitos.

Primeiramente, será feita uma abordagem da sociedade de massa e a sua influência na subsistência dos litigantes repetitivos e da apatia racional. Em seguida, será dada continuidade à construção da teoria do direito como integridade de Dworkin, especialmente explicando a fase pré-interpretativa e interpretativa. Ao final, refletir-se-á acerca do peso do princípio da solidariedade em casos judiciais onde o magistrado se vê diante daqueles fenômenos enunciados pela filosofia.

## **2. A Influência da Sociedade de Massa na Formação dos Litigantes Repetitivos (*Repeat Players*) e da Apatia Racional (*Rational Apathy*)**

A vida do homem em uma sociedade de massa é marcada pelo isolamento e falta de vínculos de dependência, formando o que podemos chamar de atomização, que representa a existência de vínculos muito fracos entre os membros de uma dada comunidade, se perdendo a noção de algum objetivo a ser alcançado em cooperação.

Inúmeras razões contribuíram para a alienação do homem em relação ao próximo, como a reforma protestante, as conquistas marítimas, o movimento de aglutinação nas cidades e o avanço científico, porém nenhum desses motivos foi mais forte que o fato de o trabalho ter se tornado a atividade mais importante da vida do homem moderno, ou, em outras palavras, o *animal laborans* ter vencido o *homo faber* na modernidade.

O *animal laborans* representa o estado do homem enquanto mantenedor da vida e do processo biológico correlato, não se diferenciando nessa condição de outros animais. É caracterizado pela atividade do trabalho (*labor*), ou seja, para Hannah Arendt, o trabalho é sinônimo de ações inseridas em um ciclo de obtenção de necessidades imediatas, motivo pelo qual o resultado do trabalho tem permanência breve no mundo “seja por meio da absorção no processo vital do animal humano,

---

<sup>4</sup> Já desenvolvi a relação de práticas ilícitas com altos lucros em meu *Punitive damages* (indenização punitiva) e os danos em massa: “preço do ilícito”, por meio do qual os ofensores sabem previamente quantas vítimas ingressarão em juízo e também quanto despendirão a título de indenização compensatória, verificando quão vale a pena violar direito alheio” (BONNA, 2015, p. 102).



seja por meio da deterioração (...) desaparecem mais rapidamente que qualquer outra parte do mundo” (ARENDR, *op. cit.*, p. 118/119).

O *homo faber* (homem fabricante) possui como atividade a obra (*work*), por meio da qual violenta a natureza para produzir objetos duráveis, para além de seu ciclo biológico. Nesse estado, o homem opera sobre a natureza para produzir um conjunto de objetos artificiais com caráter permanente a serem partilhados por outros homens (ARENDR, *op. cit.*, p. 169).

A transformação do trabalho como a atividade preponderante do homem moderno, fez com que todos os valores desse homem trabalhador (*animal laborans*) fossem transportados para outros campos da vida social. Assim, o aspecto cíclico e efêmero do homem trabalhador impregnou as relações sociais de modo que o homem passou a não ver mais nada além de si mesmo e suas respectivas necessidades, perdendo inclusive o interesse pelo aspecto comunitário e social.

Esse desinteresse pelo outro pode claramente ser constatado através da bifurcação de dois campos abertos de vida e reciprocamente excludentes: a vida social e a esfera individual: “*this bifurcation is itself an important clue to the central characteristics of modern societies*” (MACINTYRE, *op. cit.*, p. 34). No aspecto individual, os indivíduos são soberanos em suas escolas relacionadas aos bens que desejem perseguir; no tocante à vida social, a burocracia e as decisões oficiais são soberanas.

Ressalta-se que a sociedade de consumidores está imbricada com a sociedade de trabalhadores<sup>5</sup>, pois o consumo desenfreado do homem caracterizado pela voracidade da substituição rápida de mobílias, carros, celulares, roupas e demais objetos do mundo engloba um processo produtivo composto de uma massa de trabalhadores para dar conta de imprimir alta produtividade em face da velocidade com que os itens de consumo são tragados e descartados.

É nesse sentido que se diz que o *animal laborans* venceu no mundo moderno, porque a abundância e efemeridade do mesmo são características próprias do homem que visa à manutenção da vida, em contraste com o *homo faber*, que despende esforços para que os objetos fabricados sejam efetivamente utilizados e tenham durabilidade e permanência no mundo. Ou seja, o ciclo interminável da vida (caça, pesca, reprodução etc.) se encaixa no ciclo interminável do consumo, e em ambas as fronteiras entre a humanidade e a animalidade são estreitas.

É possível relacionar esse isolamento ocasionado pela preponderância do trabalho com o fenômeno da apatia racional (*rational apathy*), visto que a vida

<sup>5</sup> Tamanho é o isolamento do homem moderno que há pesquisas que entendem que para o filósofo MacIntyre as relações de trabalho e de consumo não poderiam ser caracterizadas como práticas, visto que os seus componentes estão sempre em busca de bens externos a essas práticas, como dinheiro, poder etc. Nesse sentido: “As atividades laborais de boa parte dos habitantes do mundo moderno não podem ser compreendidas como uma prática nos termos que MacIntyre desenvolve. Pois, ao deslocar o trabalho produtivo de dentro dos laços comunitários, se perdeu a noção de trabalho como uma arte que contribuía para o sustento da comunidade e dos lares. (...) Por conseguinte, as relações meio-fins são necessariamente externas aos fins daqueles que trabalham, e como já ressaltamos, as práticas com bens internos foram excluídas, assim como as artes, as ciências e os jogos são tidos como trabalhos de uma minoria especializada” (SANTOS, 2012, p. 101/102).

plena do ser humano, de acordo com o pensamento de Hannah Arendt, deveria envolver uma relação harmônica entre a atividade do trabalho, da fabricação e da ação (relacionada ao agir moral, reflexões, decisões), e, como o homem moderno dedica a maior parte do seu tempo à atividade do trabalho (leia-se atividade para manter-se vivo), pouco espaço sobra para tarefas de preservação e defesa de direitos, pouco sobra para o agir.

Nesse sentido, é muito comum deparar-se com situações ilegais e danosas (valor mínimo de compra para cartão de crédito, cláusulas abusivas, publicidades enganosas, assédios morais, débito automático de serviço não autorizado, descumprimento parcial de contratos) que facilmente são aceitas com parcimônia pelas vítimas, seja porque tem pouca disposição e vigor para agir, seja porque individualmente considerados os referidos danos são baixos.

Nesse desiderato, o lucro ilícito a partir de uma apatia coletiva de pequenos danos gera outro fenômeno: o da litigação repetitiva (*repeat players*), o qual é reforçado pelo enorme grau de desinteresse pelo outro próprio da modernidade, individualismo liberal, a coexistência pacífica de setores da vida humana incomunicáveis entre si, mas considerados harmônicos (a vida individual e a vida comunitária): “*so work is divided from leisure, private life from public, the corporate from the personal. (...) And all these separations have been achieved so that it is the distinctiveness of each and not the unity of the life of the individual*” (MACINTYRE, *op. cit.*, p. 204).

Por fim, um magistrado insensível ao mundo que lhe rodeia e aos seus fenômenos desagregadores não julgará atendendo aos ditames constitucionais do solidarismo, que, como princípio que é, impõe interpretações jurídicas em um determinado vetor, podendo influenciar na interpretação de categorias do direito privado, especialmente diante de casos que denotem a apatia racional e a litigação repetitiva, elementos que evidenciam essa fragmentação e o desinteresse pela esfera de bens jurídicos de outrem.

### **3. A Fase Pré-Interpretativa e Interpretativa do Direito como Integridade: A Importância do Recorte Normativo Justificado**

A concepção de direito de Ronald Dworkin exige que o intérprete tenha responsabilidade com as reivindicações da integridade, uma delas é a de que o destino dado ao direito seja o que melhor se amolde às práticas da comunidade e isso implica em potencializar a efetividade de princípios jurídicos, os quais são responsáveis por dotar de sentido, unidade e coerência os sistemas jurídicos, especialmente os de cunho constitucional como o da solidariedade. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck acentua essa dimensão da integridade:

(...) de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância

nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (2008, p. 272-273).

Assim, uma das pretensões da integridade é conferir importância à totalidade do direito, pois como visto, a sociedade personificada explicada por Ronald Dworkin revela que a comunidade política possui imposições e deveres que não necessariamente condizem com as pretensões individuais de cada um dos seus membros, posto que estes estão submetidos a princípios comuns e fundantes da comunidade, a ponto de a concepção de justiça ter de se pautar em princípios fundamentais, como o da solidariedade, em detrimento de normas mais específicas, princípios menos abstratos ou regras.

É como se a sociedade/comunidade fosse portadora de um objetivo/*telos* próprio e que esses princípios representassem isso podendo impor limites a determinadas interpretações jurídicas, motivo pelo qual o direito não se diferencia de outras práticas sociais, que necessitam, para a sua inteira compreensão em momentos de dúvida, de uma noção adequada sobre o que a prática requer se devidamente compreendida (DWORKIN, 1999, p. 58).

Nesse viés, a tarefa dworkiana de interpretação do direito deve conceber 3 momentos distintos: pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 81). O trabalho se atém especificamente às fases relacionadas ao recorte normativo e às justificativas desse recorte (respectivamente, fases pré-interpretativa e interpretativa), deixando de lado a fase atinente à análise das exigências que as justificativas das etapas anteriores requerem no caso concreto.

A fase pré-interpretativa parte do pressuposto de que para iniciar qualquer atividade interpretativa faz-se necessário partir de elementos que evidenciem decisões políticas do passado, que consensualmente devam ser consideradas à tarefa interpretativa, que em última instância e em consonância com as outras fases irá justificar a força do Estado na esfera particular. Em outras práticas esse recorte é comum, como nas obras literárias:

Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são totalmente identificados romances, peças etc., isto é, a etapa na qual o texto de *Moby Dick* é identificado e distinguido do texto de outros romances (DWORKIN, 1999, p. 81).

O pressuposto da etapa pré-interpretativa é de que qualquer diálogo só tem sentido se primeiro as premissas dos participantes foram consensualmente selecionadas, de modo a identificar bases e padrões comuns sobre quais práticas são relevantes para a prática jurídica. Somente em momento posterior será possível percorrer um aprofundamento interpretativo sobre qual a melhor interpretação que se amolda à comunidade política:

Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo. (...) Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local (DWORKIN, 1999, p. 113).

Em seguida, passa-se à fase interpretativa, marcada pela necessidade de dar razões e justificativas para o recorte normativo feito na fase anterior, motivo pelo qual o recorte será diferente para cada caso, portanto, as decisões políticas do passado que serão determinantes para a interpretação construtiva de um caso não serão as mesmas para outro, mostrando toda a dinamicidade do direito e o permanente ônus argumentativo imposto ao intérprete no sentido de justificar os pilares estruturantes da sua tarefa hermenêutica para posteriormente pesar os princípios em jogo.

#### **4. Justificativas do Princípio da Solidariedade na Fase Pré-Interpretativa e Interpretativa em face dos Litigantes Repetitivos (*Repeat Players*) e da Apatia Racional (*Rational Apathy*)**

Agora o trabalho se ocupará da tarefa de avaliar a presença do princípio da solidariedade em casos de litigação repetitiva e apatia racional, analisando as razões da fase interpretativa que justificariam o seu peso no recorte normativo de casos envolvendo litigação de massa, visto que caso existam boas razões para a sua inclusão, diversas categorias do direito podem ter a sua interpretação alterada e aprofundada.

Antes de adentrar no conteúdo do princípio da solidariedade, faz-se necessário frisar 3 aspectos: "a) ao avaliar o conteúdo do princípio da solidariedade e a sua relação com as questões de massa e da litigação repetitiva, se está na fase pré-interpretativa e interpretativa, momento em que o intérprete realiza um corte normativo sobre quais decisões políticas do passado terão peso na avaliação de um certo fenômeno jurídico a partir de justificativas; b) afirmar que a solidariedade se trata de um princípio e não de uma regra implica no reconhecimento de que não existe a possibilidade de enumerar aprioristicamente hipóteses de cabimento, visto que um princípio é obrigatório em um certo caso particular porque funciona como um vetor que deve ser contrabalanceado com outros vetores (princípios). Quando há um princípio, significa ele deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão numa ou outra direção." Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Faz sentido perguntar que peso ele tem ou qual importância" (DWORKIN, p. 2002, p. 38/43) e acrescentaria que, mesmo que um princípio não se inter cruze com o outro, é válido indagar qual o peso que ele possui na interpretação de categorias do direito envolvidas no litígio.

Quanto à fase pré-interpretativa, não há maiores dificuldades em reconhecer que a Constituição Federal e seus princípios são práticas que compõem a prática

jurídica e são levados em conta para a atuação não só de funcionários públicos como também de particulares, assim como pautam as decisões da atividade jurisdicional, que interpretam o direito à luz de princípios. Ou seja, a questão não está em justificar que os princípios constitucionais fazem parte de nossas práticas, mas sim de justificar a presença do princípio da solidariedade no recorte normativo de casos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional.

Quanto às justificativas para o princípio da solidariedade, dentro da fase interpretativa, vale ressaltar que a solidariedade, antes de ser inserida como um dos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988, foi muito discutida no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Na década de 1970, Karel Vasak mencionou “direitos de solidariedade” ou “de fraternidade”, ao se referir aos direitos à paz, meio ambiente equilibrado, desenvolvimento e patrimônio comum da humanidade, em outras palavras, direitos relacionados ao bem-estar e ao reconhecimento de interesses comuns entre os homens (BIONDI, 2015, p. 16).

Desta feita, haveria uma dimensão de direitos abstratos centrados no indivíduo em si (civis e políticos), direitos relacionados às necessidades básicas a serem supridas (sociais, econômicos e culturais) e por fim uma dimensão em que a dignidade da pessoa humana cresce e se expande a ponto de exigir um tipo especial de relação entre os indivíduos. Frisa-se que há estudos que apontam para outras dimensões de direitos humanos.

Portanto, este viés solidário exige uma concepção de bem comum a todos os membros de uma comunidade política, bem este que só pode ser alcançado mediante o esforço de todos, pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, tornando-se jurídico (obrigatório) no comportamento das pessoas o dever de empenhar-se nesta tarefa, de modo que a humanidade ou a personalidade humana só estaria completa caso esta percepção do outro (e de seus respectivos interesses) fosse lapidada.

Em razão dos limites do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a solidariedade possui viés jurídico e obrigatório, visto que existem teóricos críticos do caráter jurídico da solidariedade, aduzindo que se trata de um princípio ainda vago e abstrato e que comporta exigências morais e não jurídicas.

Essa exigência jurídica da solidariedade pode envolver uma dimensão interna ou até mesmo restrita a um certo grupo de pessoas e não necessariamente atrai um fator internacional, tendo como característica central o fato de que as partes isoladas de um todo só terem sentido se consideradas por inteiro e por completo, como explica Fábio Konder Comparato (2006, p. 577): “a solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas.”

Ao refletir sobre o alcance dessa exigência no direito, é possível constatar que se deve ir além dos interesses diretos e interesses individuais, de modo a interpretar regras e princípios no sentido de atenderem também o vetor que busca harmonizar os interesses individuais com um objetivo coletivo relacionado ao prestígio da

coexistência e compatibilidade de projetos de vida distintos, que são justamente os valores necessários para fazer frente ao fenômeno do isolamento e da atomização do ser humano, que na modernidade propiciaram o surgimento da litigação de massa e da apatia racional, que são consequências do profundo grau de individualismo que a humanidade atingiu.

O direito, como reflexo também dos valores da sociedade na qual está inserido, foi contaminado não tanto em seus institutos da responsabilidade civil e do direito processual civil – que até possui elementos de bem comum, como a função social da propriedade e dos contratos, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etcetera – mas principalmente na instância da atividade jurisdicional, particularmente na interpretação que juízes e tribunais dão aos direitos que os cidadãos têm em litígios envolvendo danos em larga escala e apatia racional.

Vê-se a insuficiência da interpretação de categorias do direito privado ao constatar-se que quando se está diante de danos em massa, os magistrados não levam em conta o momento pré-processual (pré-litigioso) relacionado à inércia das vítimas de danos em relação a danos de pequena monta, se atento a fixar valor indenizatório meramente compensatório do dano individual, não se preocupando em majorar a verba de modo a causar um desestímulo à conduta do ofensor a ponto de inibir ele e outros em igual condição de perpetrarem danos em massa e pautarem suas atividades com alto grau de desinteresse pelos projetos de vida do outro.

Aliás, constata-se a nefasta equação do custo-benefício no manejo de produtos e serviços, assim como no trato com as condições de trabalho, onde as escolhas são sempre pautadas sob essa ótica, de modo a reduzir custos e incrementar os ganhos, mesmo que isso signifique lesionar o outro, devendo o Poder Judiciário, valendo-se do princípio da solidariedade e de suas exigências, atribuir peso, por exemplo, ao cabimento da indenização punitiva na experiência brasileira, de modo a fazer frente às práticas individualistas e estabelecer um padrão público de comportamento e de justiça relacionado à solidarização.

De igual modo, outro aspecto que demonstra como a atomização do ser humano atinge a interpretação dos tribunais quanto à fraqueza das ações coletivas no trato das questões de massa e a inúmeros entraves criados jurisprudencialmente para limitar o grau de abrangência dos entes legitimados para propor ações coletivas, exigindo, por exemplo, que os interesses em jogo sejam “relevantes” ou possuam “interesse público”, fatores estes que acarretaram, juntamente com o regime de coisa julgada, uma espécie de falência das ações coletivas no trato das questões de massa:

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. (...) Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo praticamente ilusório tentar conter

tal crescimento. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma das milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, a um só tempo, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito (DIDIER; CUNHA, 2015, p. 584).

Assim, caso o princípio da solidariedade fosse selecionado na fase pré-interpretativa e justificado na interpretativa em conflitos de massa, os rumos interpretativos acerca das ações coletivas poderiam tomar outro rumo e serem fortalecidos como instrumento para fazer frente de maneira satisfatória a condutas danosas repetitivas e marcadas pela desproteção das vítimas, apontando a uma direção de conferir maiores efetividades às causas coletivas, aos entes legitimados e aos direitos em jogo em contraposição aos argumentos e princípios em sentido contrário, visto que o ideal solidário implica a enfrentar a atomização do ser humano e por consequência os efeitos dessa atomização (leia-se litigação repetitiva e apatia racional).

Outra categoria do direito que poderia ser atingida no seu modo de interpretar a partir do recorte normativo que leve em conta a solidariedade é a boa-fé objetiva, como exigência de que os contratantes guardem entre si antes, durante e após a relação jurídica deveres de lealdade, retidão, transparência, probidade e informação mútua. Esse princípio pode e deve ser manejado em relações de massa e danos repetitivos, pois é um típico instituto do direito privado que pode ter a sua extensão comprometida pela desconsideração do princípio da solidariedade, uma vez que o grau de abrangência do que se exige a partir da lealdade e probidade é profundamente aumentado se pôr-se à prova o ideal de construir uma sociedade solidária e lutar contra o isolamento do ser humano, denotando mais uma vez a relevância e importância do referido princípio no trato das questões de massa.

Assim, considerando a escolha política-legislativa de elevar, a objetivo da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade solidária, assim como o papel que esse princípio pode desempenhar em casos concretos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional, apontando para a interpretação do direito que mais se amolde a esse ideal, há justificativa para que esse princípio não seja negligenciado enquanto guia interpretativo de litígios de massa.

## Conclusões

Não há saída. Se a litigação repetitiva e a apatia racional são fenômenos do isolamento do ser humano e trazem consigo uma série de mazelas, sendo o princípio da solidariedade um vetor que abranda, atenua e enfraquece essa selvageria, como demonstrado ao longo da pesquisa, o magistrado está obrigado a selecioná-lo na fase pré-interpretativa e interpretativa como princípio jurídico de estatura constitucional

a ser pesado com outros princípios ou mesmo em conflito de regras de modo a favorecer uma das interpretações.

Deste modo, o Judiciário agregaria um ingrediente interpretativo que fizesse frente à atomização e isolamento do ser humano, contribuindo para o incremento dos institutos de direitos privados na esteira desse ideal, porque quando o princípio da solidariedade é atraído para um caso, a interpretação jurídica é revestida de um patamar ético, terreno fértil para a eficácia dos direitos fundamentais, fonte última da autoridade do direito.

## Referências

ARENDETT, Hannah. *A condição humana*. 11ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BIONDI, Pablo. *Capitalismo e direitos humanos de solidariedade: elementos de uma crítica*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2015.

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALANTER, Marc. *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*. 31 UCLA L. REV. 4, 1983.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 3ª ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981.

SANTOS, Lorena Maria de Moura. *Comunidade e moralidade na filosofia de Alasdair MacIntyre*. Dissertação de Mestrado. Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.



# Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista

Alexander Araujo de Souza\*

Por pouco crível que pareça, há ainda hoje, no Brasil, doutrinadores com uma visão equivocada a respeito do Ministério Público, os quais afirmam ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção, a todo custo, da condenação do acusado. Há, inclusive, quem se refira, em tom crítico, mas sem qualquer fundamentação razoável, ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”<sup>1</sup>. Com as devidas vênias, isto advém, dentre outros fatores, de uma interpretação errônea a respeito da referida instituição, não levando em conta como esta evoluiu nos mais diferentes sistemas jurídicos. Esta incompreensão também decorre, em alguns casos, de uma visão impregnada da concepção reinante no processo penal norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que possui fonte de legitimação distinta daquela dos Ministérios Públicos dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. O objetivo do presente artigo, portanto, é tentar desfazer tais incompreensões, comprovando que o Ministério Público, no direito brasileiro, é uma instituição de garantia destinada à tutela de direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, como já afirmado, dentre tantos, pelo sistematizador da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli.

Com efeito, muitos são os que invocam a parcialidade do Ministério Público, no Brasil, tomando como exemplo o que se passa no direito norte-americano (por vezes com base no que mostram filmes ou séries televisivas produzidos nos EUA!). Neste particular, há quem chegue, em terras tupiniquins, a proscrever o fato de os membros do Ministério Público (que, segundo sustentam, seriam parciais por natureza) sentarem-se à direita dos julgadores, pois, ostentando a posição de parte, assumem necessariamente atitude “contrária ao réu”, sendo tal proximidade física entre o membro do Ministério Público e o julgador verdadeira violação à igualdade que deve existir entre as partes<sup>2</sup>, criando uma “concepção cênica” das salas de audiência que seria desfavorável à defesa.

\* Doutor em Direito Penal pela Università degli Studi Roma Tre. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Sustentando o “mito da imparcialidade do Ministério Público”, veja-se, CASARA, R.R. REBELLO; MELCHIOR, A.P. *Teoria do processo penal brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 382. Sustentando, igualmente, sem qualquer argumentação razoável, a parcialidade do Ministério Público, veja-se NICOLITTI A. *Manual de processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 224-225.

<sup>2</sup> Neste sentido, sustentando posição com a qual não se concorda. NICOLITTI, A. *Manual de processo penal*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 36-37.

Com efeito, os que assim argumentam não levam em conta as diferenças inerentes às diversas tradições jurídicas inerentes aos mais distintos ordenamentos no que se relaciona ao Ministério Público, seja quanto à sua evolução, seja quanto à fonte de sua legitimação. Quando se toma como parâmetro modelos de Ministérios Públicos sem longa tradição no exercício da ação penal, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda, ou ainda com legitimação derivante do consenso popular, como ocorre nos Estados Unidos da América, decerto avulta a parcialidade em detrimento de uma postulação isenta e que busque a correta aplicação da lei, totalmente diferente do que ocorre na Europa continental.

Com efeito, nos EUA, os membros do Ministério Público, nos Estados membros da União, são eleitos, em alguns casos com campanhas financiadas por grandes empresas e, muitas vezes, com a exposição nas páginas de campanha na internet dos *prosecutors* das condenações à prisão perpétua ou à pena de morte por estes obtidas. Isto pelo fato de a sua legitimação resultar não da aplicação imparcial da lei, mas do consenso eleitoral. Já no plano federal, os *prosecutors* são indicados pelo Poder Executivo da União. Além disso, na grande maioria dos casos criminais, os membros do Ministério Público fazem acordos com os investigados, por vezes, paradoxalmente, até mesmo com os que financiaram suas campanhas!<sup>3</sup> Naquele país, portanto, sobressai a parcialidade dos *prosecutors* em detrimento de uma atuação isenta baseada na aplicação imparcial da lei.

Contudo, até mesmo nos EUA (sem que as películas e séries televisivas o mostrem), existe a preocupação, por parte da sociedade, com a imparcialidade dos membros do Ministério Público. Um recente exemplo relatado pela imprensa internacional pode se revelar esclarecedor: no ano de 2014, quando do assassinato, por um policial, do jovem negro Michael Brown, parcela expressiva da população local pugnou publicamente pelo afastamento do *prosecutor* que atuava no caso, o qual se reputava suspeito de parcialidade (entre outros motivos, pelo fato de ser branco!)<sup>4</sup>. Vê-se, portanto, que também a sociedade americana, apesar das várias contradições lá existentes, também percebe que a imparcialidade dos membros do Ministério Público é um valor incontestado e que deve ser preservado em quaisquer hipóteses.

<sup>3</sup> Quanto ao tema da eletividade, afirma com precisão E. Amodio: *“Ancora più illuminanti, per capire una realtà marcatamente diversa dalla nostra tradizione come quella del patteggiamento tra accusa e imputato (bargaining), sono i meccanismi di reclutamento e gli itinerari della carriera del public prosecutor. La sua elettività, prevalente come sistema di accesso alla carica negli ordinamenti degli stati federati, rende quasi inevitabile il ricorso al patteggiamento per raggiungere quei livelli di conviction rate (percentuale delle condanne ottenute) che gli assicurano chances di rielezione o di ingresso in circuiti giudiziari di maggior prestigio.”* (Miti e realtà della giustizia nordamericana, in: *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 193).

<sup>4</sup> Confira-se a notícia jornalística sobre os fatos citados em <http://oglobo.globo.com/mundo/lideres-negros-querem-troca-de-promotor-branco-no-caso-brown-13677751>.

Já no Brasil, a doutrina amplamente majoritária sempre entendeu acertadamente que o Ministério Público é configurado, no processo penal, como parte imparcial<sup>5</sup>. Não se trata, como se passa a demonstrar, de “mito” cunhado em terras tupiniquins.

Na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação<sup>6</sup>. Não se trata de elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II)<sup>7</sup>, da Itália de 1988 (art. 358)<sup>8</sup> e da Bolívia de 1999 (art. 72)<sup>9</sup>, o que também se encontra previsto na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)<sup>10</sup> e na Constituição espanhola de 1978 (art. 124, 2)<sup>11</sup>.

Após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público também conserva a sua imanente imparcialidade, como reconhecem doutrinadores

<sup>5</sup> Na doutrina brasileira, já era a lição de H. Tornaghi: “Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. [...] Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar como *custodio* da lei e o seu caráter de parte.” (*Curso de processo penal*. Volume I. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 486. Sustentando ainda a imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro, entre tantos, *vide*: SOUZA, A. Araujo de. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 172; MENDRONI, M. Batlouni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 271; BARROS, M.A. de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155; ARAÚJO, S.L. de Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 219; CARNEIRO, P.C. Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal. Promotor natural, atribuição e conflito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 9; FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235; JARDIM, A. Silva. *Direito processual penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 227.

<sup>6</sup> Como afirma G. Silvestri, relativamente ao ordenamento jurídico italiano, “*la delicatezza dei momenti iniziali del procedimento, quando ancora non è stata esercitata l’azione penale, richiede una valutazione imparziale della fondatezza della notizia criminis non solo allo scopo di poter sostenere l’accusa in dibattimento, secondo la prescrizione dell’art. 125 disp. att. c.p.p., ma anche, e principalmente, per non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione.*” (II P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: *Giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, março-abril, 1997, p. 959).

<sup>7</sup> Estatui o § 160, II, da *Strafprozeßordnung* alemã: “*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*”

<sup>8</sup> O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* estabelece: “*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*”

<sup>9</sup> Por sua vez, dispõe o art. 72 do *Código de procedimiento penal* boliviano de 1999: “*Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.*”

<sup>10</sup> Dispõe, a propósito, o art. 250, 5, da Constituição colombiana: “*(...) La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.*”

<sup>11</sup> Dispõe o art. 124, 2, da Constituição espanhola de 1978: “*El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*”

de vários países<sup>12</sup>, e como de há muito já afirmava o grande Francesco Carrara<sup>13</sup>. Ainda antes do mestre italiano, porém, esta já era a tese defendida por vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público<sup>14</sup>, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou absoudre”<sup>15</sup>.

Passando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, na fase processual o Ministério Público atua como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo entendimento já consolidado de há muito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos no processo penal<sup>16</sup>. Mas, ao mesmo tempo, o Ministério Público não desempenha um papel de codenunciante do imputado, sendo impossível, sob o plano lógico, uma duplicidade de funções no mesmo procedimento<sup>17</sup>. A sua imparcialidade não lhe permite substituir-se ao defensor

<sup>12</sup> Preciso sobre o tema, na doutrina espanhola, R. MARTÍNEZ DALMAU: “En ningún modo, en un Estado democrático, debería el Ministerio Público entenderse de otra manera, por cuanto está vinculado a los principios de legalidad e imparcialidad.” (*Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. València: Tirant lo Blanch-Universitat de València, 1999, p. 118). Ainda na doutrina espanhola, com a mesma tese, GARCÍA, J. Hidalgo. *Imparcialidad del Ministerio Fiscal y poder político*, in: OCHOA, L. Bueno (Coordinador). Madrid: Dykinson, 2010, p. 47 s. No mesmo sentido, na doutrina italiana, GUSTAPANE, A. *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 231; SANSÒ, L. *La correlazione fra imputazione contestata e sentenza*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 324. O mesmo entendimento é sustentado na doutrina francesa por 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 le Ministère Public?* Paris: Dalloz, 2008, p. 83 s. Igualmente, na doutrina portuguesa SILVA, G. Marques da. *Curso de processo penal*. III, cit. p. 303.

<sup>13</sup> Eis a passagem do grande F. CARRARA a respeito do Ministério Público: “I suoi precipi doveri sono l'imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non scambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.” (*Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. Vol. II. 5ª ed. Lucca, 1871, p. 414).

<sup>14</sup> Neste sentido, a célebre passagem de MONTESQUIEU: “Nous avons aujourd'hui, une loi admirable; c'est celle qui veut que le prince, établi pour faire exécuter les lois, prépose un officier dans chaque tribunal pour poursuivre, en son nom, tous les crimes: de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous; et, si ce vengeur public étoit soupçonné d'abuser de son ministère, on l'obligeroit de nommer son dénonciateur. Dans le lois de Platon, ceux qui négligent d'avertir les magistrats ou de leur donner du secours doivent être punis. Cela ne conviendrait point aujourd'hui. La partie public veille pour les citoyens; elle agit, et ils son tranquilles.” (*De l'esprit des lois* [1748], Tome premier. Paris : P. Pourrat Frères, 1831, p. 167-168).

<sup>15</sup> Assim, CATTANEO, M.A. *Il liberalismo penale di Montesquieu*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 45-46.

<sup>16</sup> Neste sentido, C. ROXIN se refere ao “famoso dictamen de Savigny y Uhden, del año 1846, que reza: que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo la ley sea satisfecha”. “En esa posición fundamental” – prosiguen los autores – “el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él.” O mesmo autor completa: “Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines.” (Posição jurídica e tarefas futuras del ministerio público, trad. espanhola de MAIER, J.B.J.; CÓRDOBA, F.J. in: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 41).

<sup>17</sup> Neste sentido, a perfeita observação de G. SILVESTRI: “Bene ha fatto quindi la Corte a prendere le distanze da questo paternalismo giudiziario, nutrito di ideologia statalistica, ed a riaffermare il semplice schema

do acusado, pois este, além de tornar possível a defesa técnica, também possui a imprescindível função de garantir o necessário contraditório entre acusação e defesa<sup>18</sup>. Relativamente ao Ministério Público, portanto, não se pode falar em terceiro, pois esta qualidade é reservada ao Juiz, sendo o *Parquet* postulante na relação processual penal.

Isto, porém, não exclui logicamente a sua imparcialidade, que se consubstancia em perseguir a verdade processual e aportar ao processo todas as provas sobre o fato criminoso, sejam elas desfavoráveis ou favoráveis ao imputado. A propósito, a Corte Constitucional italiana reconheceu expressamente (*sentenza* n° 88 de 1991) a fisionomia de “*parte imparziale*” do Ministério Público, não como mero acusador, “*ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a cercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all’imputato*”<sup>19</sup>.

Não se trata de simples sutileza teórica, havendo mesmo quem não o considere como “parte”, exatamente em razão de sua imanente imparcialidade, como o fez recentemente a Corte Constitucional alemã<sup>20</sup>, adotando concepção diametralmente oposta àquela sustentada por Carnelutti, que criticava a expressão “parte imparcial” atribuída ao *Parquet*<sup>21</sup>.

Conclusivamente, e que me perdoem os mitômanos, pode-se afirmar que o Ministério Público, no Brasil, é uma *instituição de garantia* constitucionalmente destinada à tutela dos direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, autorizado a postular em favor do acusado e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei. Cuida-se de tese decididamente

---

*del rito accusatorio (nel recente passato offuscato da talune sue stesse pronunce), fondato sulla irriducibile eterogeneità tra P.M. e difesa, realmente contrapposti nel processo e non ‘collaboranti’ per il conseguimento del bene superiore dell’accertamento della verità, cui deve pensare esclusivamente il giudice, alla luce e nei limiti delle evidenze processuali. L’imparzialità del P.M. non può avere il significato di una sua anomala duplicità di ruoli nel medesimo procedimento, impossibile, oltre che per ragioni giuridico-processuali, per elementari dettami della logica comune. Si trae, nel sostenere la tesi criticata, da un principio valido, l’imparzialità del P.M., una conseguenza eccessiva, il P.M. ‘co-difensore’, che finisce per negare il fondamento su cui poggia l’idea stessa della sua neutralità.” (Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere, in: Giurisprudenza costituzionale. Milano: Giuffrè, marzo-aprile, 1997, p. 958).*

<sup>18</sup> Neste sentido, TRAVERSI, A. *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 03.

<sup>19</sup> Quanto às medidas cautelares, dispõe o art. 291, 1, do Código de processo penal italiano de 1988: “*Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell’imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositati.*”. Também de acordo com os princípios diretivos sobre o papel dos membros do Ministério Público adotados no VIII Congresso das Nações Unidas de 1990, “*Les magistrats du parquet n’engagent ni ne continuent des poursuites ou font tout leur possible pour suspendre la procédure lorsqu’une enquête impartiale révèle que l’accusation n’est pas fondée*” (§ 14).

<sup>20</sup> H. HENRION; N. SALDITT sublinham que a Corte Constitucional alemã não considera o Ministério Público como parte no processo penal, exatamente em razão da sua imparcialidade: “*La Cour constitutionnelle fédérale a déclaré que le ministère public n’est pas ‘partie au procès pénal’, puisqu’il est soumis à un devoir d’objectivité lui enjoignant de prendre en compte les intérêts de la personne suspectée ou poursuivie à tous les stades du procès en instruisant à charge et à décharge (§ 160, II, StPO), en exerçant, les cas échéant, une voie de recours en sa faveur (§ 296, II, StPO) et en demandant la réouverture d’un procès pour faire proclamer l’innocence d’un condamné (§ 359 et 365, StPO)*” (Le ministère public allemand, une institution ambivalente, in: LAZERGES, C. (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: PUF, 2006, p. 30-31). Ainda sobre a imparcialidade do Ministério Público alemão, veja-se HEGHMANN, M. Die prozessuale Rolle der Staatsanwaltschaft, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*. 2003, p. 433-450 (especialmente, p. 447/448).

<sup>21</sup> Quanto às referidas críticas, todas rebatidas pela doutrina, veja-se CARNELUTTI, F. Mettere il Pubblico Ministero al suo posto, in: *Rivista di diritto processuale*. Volume I, 1953, p. 257 s.

garantista, já sustentada, inclusive, por Luigi Ferrajoli, o grande sistematizador da teoria do garantismo penal<sup>22</sup>. De fato, não há dúvidas de que a parcialidade do Ministério Público representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos<sup>23</sup>, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> L. FERRAJOLI, referindo-se à imparcialidade seja do Juiz, seja do Ministério Público, reconhece o “*carattere tendenzialmente cognitivo dell’azione del pubblico ministero come della giurisdizione, legittimate entrambe dal corretto e imparziale accertamento del vero, il quale può essere solo distorto e deformato da vincoli di dipendenza o da condizionamenti politici*”. Complementa o maestro FERRAJOLI afirmando que, em razão, da sua imparcialidade, o “*pubblico ministero deve essere in grado di svolgere e concludere le proprie indagini o controlli indipendentemente dal consenso della maggioranza o del governo*”. Acrescenta, conclusivamente, quanto ao tema: “*Per questo, non solo i giudici, ma anche i pubblici ministeri non devono essere elettivi, o peggio dipendenti dal potere esecutivo, o comunque integrati nel sistema politico: perché la loro legittimazione non si fonda sul consenso elettorale, bensì sull’applicazione della legge e sul corretto accertamento del vero, anche contro la volontà e gli umori delle maggioranze*” (Per un pubblico ministero come istituição de garantia, in: *Questione giustizia*. N° 1. Milano: FrancoAngeli, 2012, p. 41-43).

<sup>23</sup> Afirma expressamente, neste sentido, A. SCARANCA FERNANDES: “a imparcialidade do Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios.” (*Processo penal constitucional*, cit. p. 235).

<sup>24</sup> Já em 1969, criticando a influência do direito anglo-americano no que toca às funções do Ministério Público no processo penal, afirmou C. ROXIN: “*Una transformación de nuestro proceso penal, en el sentido del procedimiento anglo-americano de partes, como se reclama insistentemente, conduciría forzosamente, en cambio, a otras consecuencias totalmente distintas para los funcionarios de la acusación, a saber, a su reestructuración en el sentido de una instancia de persecución parcial y ejecutiva. Me parece indiscutible que esto significaría una pérdida importante para el Estado de Derecho.*” (*Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público*, cit. p. 53).

# Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as Lentes da Oralidade

Emerson Garcia\*

## Sumário

1. Aspectos Introdutórios.
2. A Conflitualidade Imanente à Condição Humana.
3. A Resolutividade Construída pelo Mediador. Epílogo. Referências Bibliográficas.

## Resumo

A condição humana, em que sobressai a racionalidade, é essencialmente conflitual, o que se torna particularmente acentuado nas sociedades contemporâneas, nas quais o pluralismo floresce com grande intensidade. Da conflitualidade surge a litigiosidade, que não só sobrecarrega a estrutura judiciária como contribui para a desagregação social. É com os olhos voltados a essa constatação que surge a necessidade de serem desenvolvidos mecanismos alternativos para a solução dos conflitos, do que é exemplo a *Lei de Mediação*. A aplicação desse diploma normativo é direcionada por diversos princípios, com especial ênfase para o princípio da oralidade, que assume vital importância para que o mediador auxilie as partes na obtenção de uma solução consensual. O objetivo deste estudo é justamente o de analisar o caráter instrumental da oralidade nesse processo.

**Palavras-chaves:** Conflitualidade. Pluralismo. Mediação. Princípios e oralidade.

## 1. Aspectos Introdutórios

A mediação, em seus contornos mais basilares, é um processo consensual de resolução de conflitos em que terceira pessoa, neutra e imparcial, o mediador, auxilia as partes na obtenção voluntária da melhor solução para a disputa que polariza os seus interesses. O mediador não impõe uma decisão às partes, o que denota atividade ontologicamente distinta daquela desempenhada pelo árbitro, escolhido justamente

---

\* 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).

com esse objetivo. Diversamente ao que se verifica quando se submete o litígio à apreciação do Poder Judiciário ou à arbitragem, não se verifica a *substitutividade*,<sup>1</sup> já que, a exemplo do que ocorre na conciliação, as partes continuam a conduzir o processo decisório<sup>2</sup>.

Em certos aspectos, a mediação também se distingue da conciliação, na qual o conciliador costuma propor soluções diretas, não estando necessariamente comprometido com um processo de construção voluntária de alternativas para a superação do problema.<sup>3</sup> O mediador “é um conciliador mais intervencionista”,<sup>4</sup> participando intensamente do processo de construção da solução adequada. A diferença entre as figuras, portanto, reflete mais uma questão de atitude que de essência.

Em razão de suas próprias características, a mediação exige o desenvolvimento de concepções ideológicas, científicas e pragmáticas voltadas a esse objetivo, de modo a facilitar a compreensão mútua e a solução compartilhada de problemas.<sup>5</sup>

É nítida a vantagem oferecida pela mediação em termos de pacificação social, já que as próprias partes são direcionadas à obtenção da solução que mais se aproxima dos seus interesses. Cedem naquilo que entendem conveniente ceder. Insistem naquilo que descaracterizaria a própria essência do seu direito. Não é por outra razão que muitos Estados contemporâneos não só estimulam a mediação como criam estruturas orgânicas destinadas a esse objetivo.<sup>6</sup> No plano internacional, a mediação é historicamente utilizada como um meio de solução pacífica dos conflitos.<sup>7-8</sup>

<sup>1</sup> A substitutividade denota que alguém exerce atividade inerente a outrem. Cf. CHIOVENDA, 1969: 10-11. Se a atividade de substituição desempenhada pelo Poder Judiciário é ampla, projetando-se nos momentos cognitivo, decisório e executório, tal não se verifica, em relação ao árbitro, no momento executório. Apesar de sua decisão, pela sistemática legal brasileira, ter a natureza de título executivo judicial, os atos de coerção serão sempre praticados por órgão jurisdicional.

<sup>2</sup> Alguns veem a mediação como um *subproduto* da conciliação. Cf. ANTAKI, 1993: 3.

<sup>3</sup> A participação das partes na busca voluntária da solução do litígio também é considerada uma das características essenciais do processo de mediação pela Seção 2 (1) do *Uniform Mediation Act*, de 2001, que busca orientar a uniformização da temática nos âmbitos dos Estados-Membros da Federação norte-americana. No mesmo sentido, tem-se o § 1º, Abs 1, da *Mediationsgesetz*, de 21 de julho de 2012, que regula a matéria no direito germânico (“*Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben*”); e o § 1º, Abs. 1, da *Bundesgesetzes über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG)*, que disciplina a temática na Áustria.

<sup>4</sup> ANTAKI, 1993: 7.

<sup>5</sup> Cf. BLACK, 1990: 981.

<sup>6</sup> No direito norte-americano, merece referência o *Mediation and Conciliation Service*, órgão independente do governo federal, com competência para resolver os conflitos decorrentes de relações de trabalho mediante conciliação e mediação. Vide: 29 *U.S.C.A.*, § 172 e ss.

<sup>7</sup> Os meios de resolução pacífica de controvérsias no plano internacional são (1) a negociação direta, em que as partes, diretamente, chegam a um acordo; (2) o inquérito, no qual uma comissão é instituída para a apuração dos fatos; (3) os bons ofícios, em que outro sujeito de direito internacional busca aproximar as partes; (4) o grupo de contato, que tem o objetivo de obter informações a respeito do interesse das partes em negociar; (5) a mediação, em que um terceiro Estado participa das negociações, auxiliando na composição entre as partes; (6) a conciliação, na qual uma comissão desvinculada das partes propõe uma solução; (7) a arbitragem, em que um terceiro, de natureza singular ou colegiada, decide a questão; e (8) a decisão judicial, na qual um tribunal permanente, cuja jurisdição é reconhecida pelas partes, resolve a questão. Cf. MIRANDA, 2002: 262-263.

<sup>8</sup> Sobre a evolução histórica dos meios de resolução alternativa de conflitos, vide o interessante trabalho de BARRET: 2004.



No direito brasileiro, a Constituição de 1988, logo em seu preâmbulo, afirma o seu comprometimento, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. No plano infraconstitucional, a conciliação e a arbitragem há muito foram incorporadas à nossa realidade. Especificamente em relação à mediação, apenas em 2015 o instituto passou a receber tratamento legislativo autônomo.<sup>9</sup>

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que veiculou o Novo Código de Processo Civil (NCPC) e cuja *vacatio legis* estendeu-se por um ano, a contar da sua publicação,<sup>10</sup> tratou da conciliação e da mediação em seus arts. 165 a 175. O conciliador atuará, preferencialmente, nas situações em que não haja vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio. O mediador, por sua vez, atuará, preferencialmente, nos casos em que haja um vínculo anterior entre as partes e buscará conduzi-las à compreensão recíproca e à construção da solução adequada. Também foi prevista a criação, pelos entes federativos, de câmaras de mediação e conciliação, destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. O seu art. 175, por sua vez, dispõe que “[a]s disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”. Previu-se, assim, a possibilidade de maior detalhamento desses institutos em lei própria.

Em momento posterior, foi promulgada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispôs sobre a mediação. Esse diploma normativo estabeleceu os princípios estruturais do instituto; o critério de escolha e a postura esperada dos mediadores extrajudiciais e judiciais; e o procedimento a ser seguido. Dispôs, ainda, sobre a autocomposição de conflitos em que figure como parte pessoa jurídica de direito público, cujo objetivo básico é o de estimular a resolução de disputas, individuais ou coletivas, judicializadas ou não, a partir da atuação de estruturas orgânicas criadas no âmbito da Administração Pública com esse objetivo específico.

A mediação pode ser vista como mais uma das pontes criadas pela ordem jurídica com o objetivo mor de estimular a consensualidade entre as partes e evitar que a disputa seja resolvida pelo Poder Judiciário, ator independente e cuja escolha é estranha à liberdade valorativa dos interessados. O acesso a essa ponte ocorre por duas entradas distintas, a mediação judicial e a extrajudicial, conforme a questão esteja, ou não, judicializada, e o caminho é pavimentado pelos princípios, expressos ou implícitos, afetos a essa seara.

A dogmática contemporânea<sup>11</sup> tem reconhecido o caráter normativo dos princípios e a necessidade de serem sempre considerados pelo operador do direito

<sup>9</sup> Os instrumentos de solução consensual de controvérsias estão incluídos na *terceira onda* de acesso à concepção material de justiça, sendo as duas primeiras integradas pela assistência judiciária e pela tutela dos interesses difusos. Cf. CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 31 e 81; e CÂMARA, 2002: 9.

<sup>10</sup> NCPC, art. 1.045.

<sup>11</sup> Vide, de nossa autoria, *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226-228; e *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86 e ss.

ao delinear a solução do caso concreto. Apresentam maior abertura semântica, o que possibilita a compressão ou o elastecimento do seu conteúdo com relativa facilidade, observando-se, sempre, os influxos sociais, e possuem uma natureza essencialmente conflitual, sendo relativamente comum que uma pluralidade de princípios colidentes se projete sobre a mesma situação concreta, de modo que o princípio prevalecente será identificado conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao caso.

A doutrina, ademais, costuma atribuir aos princípios uma funcionalidade bem diversificada. Podem assumir, por exemplo, as funções (1) interativa, de modo a permitir a penetração da moral no direito, com o correlato afastamento dos dogmas do positivismo clássico; (2) interpretativa, contribuindo para o delineamento do significado a ser atribuído aos enunciados normativos e facilitando a sua contínua adequação aos valores socioculturais; (3) integrativa, atuando no aperfeiçoamento do conteúdo de outros padrões normativos ou colmatando as lacunas existentes; e (4) ordenatória, fixando diretrizes comportamentais e servindo de paradigma para a aferição da juridicidade dos atos praticados no ambiente sociopolítico, o que exige a valoração simultânea dos fatos à luz das regras e dos princípios que lhes são subjacentes. De modo mais sintético, também é possível falarmos em funções positiva, em razão da influência que exercem na forma e na essência das decisões jurídicas, e negativa, por excluírem os valores colidentes e as normas que os prestigiem.<sup>12</sup>

Com os olhos voltados à importância assumida pelos princípios jurídicos, é fácil concluir que nenhuma atividade intelectual voltada à individualização da norma de conduta e à sua conseqüente projeção na realidade pode desconsiderá-los. E com a mediação, instrumento destinado à solução consensual de conflitos, não poderia ser diferente. Nesse particular, o NCPC estabeleceu, em seu art. 166, *caput*, um conjunto de princípios comuns à conciliação e à mediação, que são os “da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. Pouco depois, o art. 2º da Lei nº 13.140/2015 estatuiu um rol específico de princípios direcionado à mediação, o qual não reproduz, em sua literalidade, o anterior, *verbis*: “I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé”. Como se percebe, somente o NCPC faz menção aos princípios da independência e da decisão informada, enquanto a Lei nº 13.140/2015 inova com os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé. Ainda que cada um desses princípios contribua para a melhor compreensão da mediação, é factível que alguns princípios expressos já estariam implícitos no próprio sistema, não sendo propriamente uma inovação.

Na medida em que o NCPC dispôs, em seu art. 175, que a disciplina geral por ele veiculada não excluía a possibilidade de regulamentação específica, é evidente que todos os princípios enunciados coexistem. Afinal, não colidem entre si. A partir dessa constatação, direcionaremos nossa breve abordagem ao princípio da oralidade, mais

<sup>12</sup> Cf. LARENZ, 2001: 33 e ss.

especificamente à sua inegável importância na operacionalização de todos os demais. Trata-se do princípio que instrumentaliza o processo de comunicação entre o mediador e as partes. E sem comunicação simplesmente não há mediação possível.

Se a oralidade é o cerne da mediação, espera-se que o mediador seja extremamente hábil ao manejá-la. Essa sentença é justificável ao constatarmos que a condição humana é, na essência, conflitual. Caberá ao mediador insurgir-se, em primeiro lugar, contra esse *standard* comportamental inato e, ato contínuo, construir as condições adequadas à resolutividade do problema, momento em que deverá estar atento a todas as nuances da linguagem. Para que esses objetivos sejam alcançados, é necessário que o mediador seja “treinado em técnicas de negociação e de facilitação,”<sup>13</sup> compreendendo, acima de tudo, a psicologia do agir humano e o modo como as pessoas interagem. Nesse treinamento, não podemos ignorar a advertência de Neuvians (2011: 177), no sentido de que “a mediação está fática e normativamente integrada ao plano de trabalho dos juristas”, o que significa dizer que um mediador deve ter amplos conhecimentos da sistemática jurídica para que possa contribuir para a construção de uma solução que seja não só justa como também válida e exequível.

## 2. A Conflitualidade Imanente à Condição Humana<sup>14</sup>

A capacidade intelectual e a racionalidade inerentes à espécie humana, ao conferirem características específicas ao ser e ao agir de cada indivíduo, tornam-se o estopim para o surgimento da conflitualidade, que se integra à própria rotina da convivência humana.<sup>15</sup> A pluralidade de racionalidades é naturalmente contrária à unidade de pensamentos. As zonas de convergência, conquanto existam, são sempre relativas, o que também assegura um amplo campo para o surgimento dos conflitos.

As zonas de conflito podem ser concebidas em diversos planos, principiando pelas relações intersubjetivas de base, envolvendo apenas duas pessoas com interesses antagônicos e estendendo-se até alcançar contornos mais amplos, contrapondo Estados, conjuntos de Estados ou organizações internacionais, culminando no surgimento de situações de divergência entre esferas de poder totalmente autônomas entre si.<sup>16</sup>

As sociedades pluralistas contemporâneas, marcadas pela tolerância com as opiniões alheias, estimulam o conflito de individualidades,<sup>17</sup> o que decorre da constante tensão dialética entre os referenciais de identidade, imprescindível à coesão social, e diferença, não menos importante ao evoluir da sociedade,<sup>18</sup> mutável por excelência, sempre direcionada pelas novas ondas da cultura.

<sup>13</sup> GUMBINER, 2000: 6. A *Mediationsgesetz* alemã, de 21 de julho de 2012, dispõe, em seu § 5º, que o mediador deve receber treinamento regular e contínua atualização, de modo a ter conhecimento teórico e experiência prática que o habilitem a conduzir as partes no processo de mediação.

<sup>14</sup> As ideias aqui expostas seguem o que afirmamos em Interpretação Constitucional (...), p. 12 e ss.

<sup>15</sup> Cf. BEATY, 2004: 1.

<sup>16</sup> Cf. FISCHER-LESCANO e TEUBNER, 2006: 72 e ss.

<sup>17</sup> Cf. FISCHER-LESCANO, 2009: 84-85.

<sup>18</sup> Cf. ROSENFELD, 2010: 177 e ss.

De um modo tanto quanto paradoxal, apesar de a conflitualidade ser um padrão de oposição, não de convergência, ela não é necessariamente um fator de desagregação social. A divergência, em verdade, pode ser o primeiro passo para a convergência, sendo um fator de grande importância para o desenvolvimento social. Bobbio (2007: 426, § 1º) já observara, em relação ao costume, que sua gênese está nos conflitos sociais existentes em dada sociedade, que, pouco a pouco, possibilitam o surgimento de zonas de consenso.

No âmbito das estruturas estatais de poder, os conflitos podem estar associados à dinâmica das relações institucionais, contribuindo para o exercício equilibrado e plenamente jurígeno do poder estatal. Essa, aliás, é a essência da própria teoria da divisão das funções estatais.

A racionalidade é indicativo de que cada ser humano está apto a concordar ou discordar, construir, obstar ou desconstruir. Em ambientes pluralistas, é uma individualidade com igual voz e importância, sendo impulsionado justamente por essa pluralidade, que surge a partir das inúmeras individualidades reunidas e enseja o surgimento de uma identidade coletiva. O respeito à diversidade é um pressuposto de revitalização do ambiente sociopolítico, que não permanece totalmente estagnado na cega observância a dogmas infalíveis e imutáveis. Esse respeito, à evidência, embora não exclua a plena aceitabilidade da crítica às opções alheias, é de todo infenso ao puro e simples desrespeito ao agir e ao pensar de outrem.<sup>19</sup>

Ao pluralismo encontra-se conectada uma imagem mais complexa de verdade, que tende a acompanhar as divergências inerentes a cada individualidade. Com isso, é reconhecido o caráter relativo da verdade, que passa a ser vista como um referencial de convergência, não de unidade, que pode ser alcançado por uma multiplicidade de percursos distintos.<sup>20</sup>

Desdobramento natural da racionalidade e da divergência, o conflito de interesses pode ser visto como a “incerteza fundamental da espécie humana.”<sup>21</sup> Em inúmeras ocasiões, não é possível saber, *a priori*, o interesse preferente, o que enseja o surgimento de um estado de dúvida a respeito de cada individualidade e do próprio evoluir do ambiente sociopolítico.

O conflito pode ser analisado numa perspectiva vertical ou horizontal.

No plano vertical, temos as relações entre indivíduo e poder, as quais, em ambientes democráticos, se manifestam tanto na formação como na coexistência entre essas figuras: no primeiro caso, na escolha daqueles que exercerão o poder em nome do povo; no segundo, no delineamento de direitos e deveres, de ações e abstenções. Nessas relações, é natural a existência de opiniões divergentes e, conseqüentemente, de conflitos.

Ainda no plano vertical, constata-se, na seara econômica, a ampla predominância do capitalismo e, por via reflexa, da livre iniciativa, o que torna inevitável a irrupção de

<sup>19</sup> Cf. VOSSKUHLE, 2010: 540.

<sup>20</sup> Cf. COSTA, 2008: 365, § 21.

<sup>21</sup> DAHRENDORF, 1974: 256-257.

conflitos entre a regulação estatal e a liberdade almejada pelos detentores dos meios de produção, os quais, não raro, estão em conflito entre si, com a classe operária e os próprios consumidores. As relações econômicas não só são o meio propício para conflitos como, em situações extremas, podem conduzir a rupturas, daí a constante preocupação com políticas de manutenção e inserção social, em especial para as classes menos favorecidas, que permanecem à margem do processo produtivo.

No plano horizontal, marcado pela linearidade das posições fático-jurídicas, o conflito põe em oposição individualidades marcadas pela racionalidade e que estão ao amparo da ordem jurídica. Aqui, a preeminência está restrita à maior envergadura dos argumentos e dos meios de prova apresentados, não à superioridade de um dos contendores em relação ao outro.

A necessária coexistência entre *pluralismo* e *divergência* torna frequentes os debates a respeito do modo de convivência entre ideias e pensamentos colidentes e entre maiorias e minorias,<sup>22</sup> o que, a depender dos balizamentos existentes, pode intensificar ou diminuir as situações de conflito. O pluralismo indica que não existem, na sociedade, critérios objetivos de bem, verdade e justiça. A realidade é mutável e mutável é, igualmente, o juízo valorativo que cada indivíduo faz ao seu respeito e a respeito da sociedade. É natural que cada grupo social tenda a privilegiar interesses específicos, bem como que uma pessoa normal tenha interesses comuns com grupos bem diferentes entre si.<sup>23</sup> É justamente dessa interação que deriva a estabilidade do ambiente sociopolítico e a conseqüente harmonia existencial entre interesses divergentes e aparentemente inconciliáveis.

O pluralismo deve ser reconhecido sob uma pluralidade de pontos de vista (artístico, religioso etc.), tendo especial relevo, para o ambiente democrático, em sua feição política.<sup>24</sup> Nesse particular, o pluralismo político é o alicerce estrutural de qualquer regime liberal, no qual inexistente uma verdade oficial, havendo, apenas, uma opinião majoritária, fruto da igual manifestação e consideração de todas as opiniões exaradas por cada individualidade. Deve-se lembrar que o livre aflorar de opiniões contribui para dinamizar a interação recíproca entre os grupos de interesses e o Estado, que atuam como participantes do discurso político,<sup>25</sup> impedindo a estagnação do debate.

Para que seja possível o reconhecimento e a correlata compatibilização das liberdades, inerentes à concepção de pluralismo, é necessária uma visão específica a respeito das distintas práticas existentes, tanto por parte dos contendores como pelo observador externo. Esse especial modo de ver a diversidade costuma ser retratado pelos referenciais de *neutralidade* ou de *tolerância*.

A neutralidade denota imparcialidade, impedindo a adesão explícita ou o apoio a qualquer dos posicionamentos existentes. A tolerância, por sua vez, assume contornos menos radicais, partindo da premissa de que a sociedade é integrada por

<sup>22</sup> Cf. HWANG, 2007: 452-455.

<sup>23</sup> Cf. CRAIG, 1990: 60.

<sup>24</sup> Cf. DEBBASCH, BOURDON, PONTIER e RICCI, 1990: 197.

<sup>25</sup> Cf. JANOSKI, 1998: 117.

inúmeras esferas existenciais, formadas por ideias e comportamentos, que não podem ser identificados a partir de um entendimento pré-concebido.<sup>26</sup>

A tolerância apresenta contornos essencialmente negativos. Denota uma postura de abstenção em relação às posições divergentes,<sup>27</sup> mas não obsta a adesão àquelas consideradas convergentes. A neutralidade não só exige a abstenção como veda a adesão. No âmbito das estruturas estatais de poder, é comum a oscilação entre esses dois extremos: enquanto as questões religiosas costumam ser tratadas com neutralidade, de modo a prevalecer a laicidade do Estado, as econômicas, ainda que seja reconhecida a livre iniciativa, não costumam obstar a intervenção do Estado em setores específicos do mercado ou, mesmo, o aprimoramento da infraestrutura, oferecendo tratamento diferenciado aos setores considerados prioritários para a economia do País. Apesar de o pluralismo se compatibilizar com ambas, é preciso verificar, com cuidado, a funcionalidade de cada comportamento. Mediadores, conciliadores e árbitros, no exercício da função, hão de ser neutros, não meramente tolerantes, isso sob pena de não terem a imparcialidade indispensável ao exercício da função.<sup>28</sup>

Identificar corretamente os diversos grupos representativos da sociedade; compreender os respectivos referenciais de identidade e aspiração; e adotar práticas normativas e sociais, que permitam a sua integração e efetiva participação no espaço público, são indispensáveis para que a conflitualidade associada à sua existência seja apenas um antecedente à agregação e ao aperfeiçoamento sociais, não um fator de desagregação.<sup>29</sup> A preservação da diversidade não prescinde de opções e ações políticas que reconheçam a sua existência e, além disso, estimulem o seu desenvolvimento, daí falarmos numa “política de reconhecimento cultural”.<sup>30</sup> Sem o reconhecimento dessa natureza, que é dinâmica e flexível,<sup>31</sup> não há tolerância e muito menos proteção. Acresça-se que a não inserção de certos grupos ou práticas no universo da cultura tende a marginalizá-los, comprometendo a sua própria existência.

Rawls (2000: 266) há muito observara que o “ideal de cidadania” impõe o dever moral, verdadeiro “dever de civilidade”, de estar disposto a ouvir os outros e de ser equânime ao decidir se é possível realizar ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os demais. Dessa maneira, será possível formar uma “esfera de confiabilidade”<sup>32</sup> no ambiente social, de modo que cada indivíduo possa ver os demais como semelhantes e companheiros, todos imbuídos do propósito de preservar e contribuir para a evolução da sociedade. O êxito do processo de mediação surge justamente a partir do desenvolvimento dessa esfera de confiabilidade.

Não é incomum que algumas ideias, atreladas a certos vetores ideológicos e que ensejem grande mobilização social, gerem a incondicional refutação à opinião

<sup>26</sup> Cf. VERZA, 2002: 99.

<sup>27</sup> Cf. SADURSKI, 2001: 31-35.

<sup>28</sup> SPENCER e BROGAN, 2006: 91; HOPT e STEFFEK, 2013: 13.

<sup>29</sup> Cf. GEIS, 2009: 1177-1192.

<sup>30</sup> TULLY, 1999: 2.

<sup>31</sup> Cf. TULLY, 1999: 24-25.

<sup>32</sup> SÉRVULO DA CUNHA, 2008: 551.

alheia. Com isso, a tolerância é suprimida e o conflito contribui para a desagregação social. Quando nos deparamos com o que Sunstein (2006: 71-72) cognominou de “polarização (ou radicalização) grupal”, em que prevalece o egocentrismo, a adstrição aos próprios argumentos e a inexorável refutação da opinião alheia, a racionalidade é deixada de lado e o debate é marcado por elevadas doses de emotividade.

Não há processo de comunicação possível sem que cada participante anua em escutar e considerar os argumentos dos demais. Como realçado por Frankenberg (2007: 18), caso o opositor seja “declarado inimigo”, são grandes as chances de que a comunicação seja infrutífera; caso o vejamos “sob o signo da semelhança”, apesar das divergências práticas, são grandes as chances de superá-las.

### 3. A Resolutividade Construída pelo Mediador

A sessão de mediação deve ser iniciada com a apresentação das partes e do mediador.<sup>33</sup> Nesse momento, é importante que as partes sejam informadas das características que distinguem a mediação dos demais instrumentos de resolução não litigiosa de conflitos e dos objetivos a serem voluntariamente alcançados. O mediador, durante as explicações iniciais, deve esclarecer que não possui qualquer poder de coerção, bem como que sua atuação será marcada pela neutralidade. Com isso, buscará facilitar a construção de uma solução adequada pelas próprias partes, que devem concluir pela inconveniência de prosseguir na disputa.<sup>34</sup>

Após as explicações iniciais, cada uma das partes deve realizar um breve relato da sua versão do litígio, de modo a subsidiar o mediador a iniciar o processo de mediação. É importante que o mediador, logo de início, faça que cada uma das partes ouça com atenção os argumentos da outra, iniciando o processo de reflexão a respeito da possibilidade de concordar, total ou parcialmente, com as teses expostas. Para tanto, é necessária grande habilidade no uso da linguagem. Não raro, o mediador precisará atuar como verdadeiro *tradutor* de cada uma das partes, não só para permitir a compreensão da mensagem transmitida como também para, em muitas ocasiões, suavizar o rigor das palavras utilizadas.

É sabido que a linguagem pode despertar uma intensa carga emotiva. Toda mensagem exige o emprego de significantes pelo seu emissor, que nada mais são que as palavras da língua, e a sua correlata recepção pelo destinatário da mensagem, que irá interpretá-los e atribuir-lhes um significado. A comunicação linguística somente será aperfeiçoada caso seja compreensível a todos os participantes, daí a relevância de falarem a mesma língua. Além disso, é aconselhável que as palavras empregadas se ajustem ao nível cultural de ambos, de modo a evitar que a mensagem pensada pelo emissor seja diferente da mensagem compreendida pelo receptor.

<sup>33</sup> Ainda que as estruturas de poder, a começar pelo Poder Judiciário, ofereçam o serviço de órgãos especializados em mediação, é perfeitamente possível que as partes celebrem contrato com esse objetivo, no qual podem delimitar não só o objeto litigioso como a própria forma de desenvolvimento do processo de mediação. Cf. ANTAKI. 1993: 11.

<sup>34</sup> Cf. GUMBINER, 2000: 6.

Caso haja um desnível cultural entre as partes, é importante que o mediador atue, de maneira intensa e efetiva, para que seja possível a compreensão recíproca. Afinal, não há convergência que passe ao largo da prévia compreensão dos pontos de divergência inicialmente existentes.

Além de ajudar a contornar os percalços da comunicação, o mediador também deve estar atento às palavras que possam despertar uma intensa carga emotiva no interlocutor. Não é preciso lembrar que, caso a carga seja negativa, o processo de mediação pode ser abortado logo em seu nascedouro.

Certos significantes, como *amor* e ódio, são preponderantemente emotivos, outros, como *cama* e *lençol*, são puramente descritivos. Ainda há aqueles que podem ser usados em sentidos bem diversificados, sendo frequentemente empregados na formação de metáforas, como *reto* e *brilhante*. Não é preciso lembrar que, apesar de a sensibilidade poder ser acentuada ou mesmo eliminada, conforme as características do contexto, ela se mostra particularmente intensa na comunicação verbal. Nesse caso, não só as palavras como também os gestos, a expressão facial e a entonação da voz são devidamente considerados pelo interlocutor. Já a comunicação escrita tende a ser menos pessoal e menos emotiva, o que decorre do fato de estar distanciada de uma realidade específica. Apesar disso, o distanciamento emocional e o tom impessoal, intensos nos textos abstratos,<sup>35</sup> não chegam ao extremo de ocupar uma posição de absoluta neutralidade. Assim ocorre porque as emoções, apesar de influenciadas pelo contexto, são igualmente despertadas pelos significantes utilizados.

Alguns significantes, em determinados contextos, provocam, de modo deliberado ou acidental, sentimentos de simpatia ou repulsa, acolhimento ou rejeição. Como observado por Berkeley (1998: 89), existem significantes que podem despertar sentimentos de temor, amor, ódio, admiração e respeito antes mesmo que o intérprete forme um juízo de valor a respeito do sentido da expressão em que inseridos. É o que ocorre com os referenciais de justo e injusto, bem como com diversas palavras consagradas no ambiente democrático, como pluralismo, livre iniciativa e direitos humanos, ou nele estigmatizadas, como concentração de poder e arbítrio.

Significantes como correto e justo, além de conferirem uma posição de preeminência a quem os invoca, podem despertar, no interlocutor, o sentimento de que sua conduta está sendo enquadrada nos respectivos antônimos. Nesse caso, cabe ao mediador frisar que os juízos de valor realizados pelas partes são sempre tonalizados pelo colorido da parcialidade, não representando, no plano objetivo, uma sentença negativa a respeito do comportamento alheio.

Vale lembrar que o processo de formação das emoções evidencia a sua volatilidade, sendo comum que a mesma pessoa, em contextos diversos, tenha reações distintas em relação ao mesmo objeto ou à mesma ideia. Note-se, ainda, que os seres humanos nem sempre partilham emoções idênticas, o que termina por influenciar na compreensão do conteúdo e da funcionalidade da linguagem, bem como na atribuição de significados

<sup>35</sup> Cf. GIBBONS, 2003: 23.



distintos a mensagens semântica e sintaticamente idênticas. O significado da mensagem recebe grande influência das “paixões”<sup>36</sup> do intérprete, que são delineadas a partir dos valores morais que formou no decorrer da vida.

Emoções diversas podem conduzir a interpretações distintas, o que não pode ser ignorado pelo mediador. Para que a emoção ceda lugar à racionalidade, é imperativo que estabilize os ânimos e busque fazer com que as partes analisem o litígio com a maior objetividade possível, de modo que elas próprias contribuam para a construção da justiça do caso concreto.

O mediador também deve ser sensível à constatação de que as partes podem ter anuído em participar da mediação na esperança de obter uma solução menos custosa e demorada do que aquela a ser oferecida pelo Poder Judiciário. Apesar disso, ainda podem trazer consigo uma lembrança negativa a respeito das divergências surgidas no curso da relação jurídica que culminou com o processo de mediação. Nesse caso, é preciso sejam convencidas da necessidade de reiniciar o processo argumentativo a partir de premissas objetivas, que são justamente os fatos que, no entender de cada uma delas, indicam a ruptura do acordado pela parte contrária. Nesse momento, juízos de valor, principalmente quando possam despertar sentimentos negativos, devem ser evitados.

Note-se que o mediador tem atuação decisiva na própria identificação da base da controvérsia. Cabe-lhe formular questionamentos às partes com esse objetivo. Deve evitar, tanto quanto possível, realizar inferências lógicas a partir das informações parciais que lhe sejam transmitidas. Em outras palavras: toda informação há de ser fornecida pelas partes. O mediador não deve substituí-las, isso sob pena de romper a cadeia de voluntariedade que deve estar presente durante todo o processo e assumir a postura de juiz do caso.<sup>37</sup> Atua como um “catalisador de disputas”, não interferindo na sua substância.<sup>38</sup> Não raro, será necessária a formulação de perguntas e reperguntas concernentes ao mesmo aspecto, que devem ser feitas com alterações de linguagem e de contexto, de modo que as partes não se sintam pressionadas a aderirem ao ponto de vista do mediador.

Delimitado o objeto de controvérsia e conhecidos os fatores que conduziram à situação de oposição entre as partes na relação jurídica originária, declinadas expressamente, ou não, é o momento de o mediador atuar no processo de construção da solução. É natural que as partes possuam certa zona de concordância e, na medida em que se afastem dela, as divergências tendem a aumentar.<sup>39</sup> Cada parte deve ser instada a refletir sobre o conflito a partir de uma visão global, que necessariamente abrange aqueles aspectos tidos como favoráveis à outra parte. Também aqui, o cuidado no uso da

<sup>36</sup> HOBBS, 2005: 81-82.

<sup>37</sup> O mediador que atua como *facilitador* desempenha atividade bem semelhante à diplomacia, sendo esta a sua face mais comum. Não se exclui, no entanto, a possibilidade de as próprias partes solicitarem o desempenho de uma atividade mais ativa, de modo que passe a desempenhar um papel *valorativo*. Nesse último caso, avalia a manifestação das partes e formula suas próprias proposições a respeito do mérito da discussão. Cf. ARNAVAS, 2004: 11.

<sup>38</sup> SERPA, 1999: 90.

<sup>39</sup> Cf. SPENCER e BROGAN. 2006: 11-12.

linguagem é simplesmente vital. A partir daí, as partes podem ser instadas a oferecer novas alternativas para a solução do problema, o que inicia uma nova fase de argumentação, que pode conduzir a uma conclusão final na medida em que os pontos de divergência sejam paulatinamente superados pelos pontos de convergência.

Essa visão rudimentar e simplificada da sessão de mediação é bem sugestiva a respeito da importância assumida pela oralidade. Não que sínteses, tabelas ou quaisquer outros tipos de arrazoados sejam vedados. A oralidade, em verdade, mostra-se essencial ao processo de convencimento, que, ressalvadas exceções, há de surgir a partir da comunicação verbal. O próprio êxito da mediação depende da capacidade de comunicação do mediador, já que a oralidade instrumentaliza o extenso rol de princípios afetos à mediação.

A começar pelos princípios afetos ao mediador, a sua equidistância entre as partes e a imunidade às influências exógenas que possam influir no seu comportamento, características inerentes à imparcialidade e à independência, serão continuamente avaliadas pelas partes a partir do seu comportamento, com especial ênfase para a forma como se expressa. Estritamente conectada a esses princípios, tem-se a necessidade de ser assegurada a isonomia de tratamento entre as partes, o que será avaliado conforme a maneira como são tratadas e a importância que é atribuída às suas manifestações.

No curso da mediação, deve ser privilegiada a autonomia da vontade das partes, que deve ser decisiva do início ao fim desse processo. A vontade será continuamente exteriorizada com o uso da linguagem, possibilitando que a parte externa o seu consentimento em relação aos rumos da mediação ou, caso deles discorde, contribua para o restabelecimento do rumo adequado. Com isso, será possível que o consenso, além de buscado, seja efetivamente alcançado, máxime em relação ao teor e às consequências da solução a ser delineada, que deve ser informada de modo claro e transparente.

No relacionamento entre as partes e o mediador, deve ser privilegiada a essência em detrimento da forma. Daí a preocupação com a informalidade. Quanto maior a proximidade entre os participantes do diálogo, maiores as chances de a mensagem ser recepcionada e efetivamente influir no comportamento dos destinatários. Esse é o objetivo do princípio da informalidade. E não há seara melhor para a sua concretização do que a oralidade.

Em seu relacionamento, as partes e o mediador devem compartilhar as informações de que dispõem e buscar objetivos efetivamente amparados pela ordem jurídica. Esse comportamento é indicativo da sua boa-fé.<sup>40</sup> A mentira, além de dissolver qualquer elo de credibilidade, caminha em norte contrário à boa-fé. Na medida em que as negociações são verbalizadas, a oralidade também instrumentalizará a aferição desse princípio.

Por fim, a mediação deve ser informada pelo princípio da confidencialidade. Trata-se de verdadeiro contraponto existencial à oralidade. No curso da mediação,

<sup>40</sup> A respeito das concepções metajurídicas e dogmáticas afetas à boa-fé, *vide* CORDEIRO, 2007: 1160-1196.

prepondera a fala informal, finalisticamente voltada à solução do problema; fora da mediação, cessa a oralidade e prepondera o silêncio a respeito de tudo que se passou no seu interior.

### Epílogo

O surgimento e a correlata proliferação dos métodos alternativos de resolução de litígios estão associados a uma múltipla causalidade, que principia pelos custos da relação processual tradicional, passa pela morosidade do Poder Judiciário, particularmente alarmante em países de modernidade tardia como o Brasil, e se estende à imprevisibilidade da decisão a ser proferida, já que o direito pode assumir contornos multifacetários a depender das lentes do intérprete.

De modo algo paradoxal, a mediação surge em decorrência de um conflito preestabelecido e pressupõe a consensualidade para o seu prosseguimento. De modo simples e objetivo: o conflito faz surgir a consensualidade que porá fim ao conflito. Essa equação ainda torna-se mais complexa ao lembrarmos que a essência humana, lastreada no referencial de racionalidade, é essencialmente conflitual.

A conflitualidade é inerente ao ambiente sociopolítico, sendo diretamente influenciada pelo pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas. Cada ser humano, por ser racional, pensa; uma pluralidade de seres humanos tende a ter pensamentos diversos; a diversidade redundando em divergências de opinião e, conseqüentemente, em conflito. O mediador, portanto, já inicia a sua atividade em conflito com o *establishment*.

Para que a conflitualidade inata ceda lugar a uma resolutividade construída, é inestimável o papel desempenhado pela oralidade, o que exige grande habilidade do mediador no uso da linguagem. É a oralidade que irá instrumentalizar os demais princípios afetos à mediação, denotando, por exemplo, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes e a boa-fé, que deve estar presente durante todo o processo de mediação.

O sucesso ou o insucesso da mediação será diretamente influenciado pelo modo como a oralidade se projetará na realidade.

### Referências Bibliográficas

ANTAKI, Nabil. Les contrats de médiation commerciale, in: SAMSON, Claude e MCBRIDE, Jeremy (org.). *Solutions de rechange au règlement des conflits*. Sainte-Foy: Les Presses de L'Université Laval, 1993, p. 2.

ARNAVAS, Don. *Alternative Dispute Resolution for Government Contracts*. Chicago: CCH, 2004.

BARRET, Jerome T. *A History of Alternative Dispute Resolution*. The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. San Francisco: Josey-Bass, 2004.

BEATY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.

BERKELEY, George. *A Treatise concerning the Principles of Human Understanding* (1710). Oxford: Jonathan Dancy, 1998.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6ª ed. St Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. Consuetudine (teoria generale), in: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. IX (1961). Milano: Giuffrè, 2007, p. 426.

BRUNI, Alessandro. *Codice dela Conciliazione*. In Italia e all'Estero. Dogana: Maggioli Editore, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/1996*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* (Access to justice - The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report). Trad. de NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituições de Direito Processual Civil* (Istituzioni di Diritto Processuale Civile), vol. II. Trad. de MENEGALE, J. Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, Pietro. Diritti fondamentali (storia), in: *Enciclopedia del Diritto*. Annali II. Tomo 2. Milano: Giuffrè, 2008, p. 365.

CRAIG, Paul P. *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. Trad. de MOREL, Regina Lúcia M. Rio de Janeiro-São Paulo: Zahar-EDUSP, 1974.

DEBBASCH, Charles; BOURDON, Jacques; PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 3ª ed. Paris: Economica, 1990.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2006.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas (orgs.). *Neue Theorien des Rechts*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, p. 75.

FRANKEMBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito* (Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung). Trad. de ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Por que os grupos vão a extremos, in: *Constituição e Crise Política*, LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.). Belo Horizonte: Del-Rey, 2006, p. 71.

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.

GEIS, George S. Internal Poison Pills, *in: New York University Law Review*, vol. 84, nº 5, 2009, p. 1.169.

GIBBONS, John. *Forensic linguistics: an introduction to language in the justice system*. Vol. 32 de *Language in society*. Cornwall: Wiley-Blackwell Publishing, 2003.

GUMBINER, Kenneth. An overview of alternative dispute resolution, *in: ATLAS*, Nancy F.; HUBER, Stephen K.; TRACHTE-HUBER, E. Wendy. *Alternative Dispute Resolution*. The Litigator's Handbook. USA: American Bar Association, 2000, p. 1.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005.

HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix. Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues, *in: HOPT, Klaus J.; STEFFEK, Felix (org.). Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HWANG, Shu-Pern. Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie, *in: Der Staat*, 46. Band, Heft 3, 2007, p. 442.

JANOSKI, Thomas. *Citizenship and Society*. A Framework of Rights & Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica* (Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik). Trad. de DíEZ-PICAZO, Luis. 1ª ed. Reimp. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. Cascais: Principia, 2002.

NEUVIANS, Nicola. *Mediation in Familienunternehmen. Chancen und Grenzen des Verfahrens in der Konfliktodynamik*. Heidelberg: Gabler Verlag, 2011.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. de AZEVEDO, Dinah de Abreu. 2ª ed. 2ª imp. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROSENFELD, Michel. L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence, *in: RDCA*, abr.-jun./2010, p. 177.

SADURSKI, Wojciech. *Freedom of Speech and Its Limits*. The Netherlands: Springer, 2001.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SÉRVULO DA CUNHA, Sérgio. *Fundamentos de Direito Constitucional*. Vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. Solução pacífica dos conflitos internacionais: Esquipulas II e a pacificação da América Central, *in: Revista de Informação Legislativa*, Ano 30, nº 117, p. 339, jan.-mar./1993.

SPENCER, David; BROGAN, Michael. *Mediation Law and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.

TULLY, James. *Une étrange multiplicité: le constitutionnalisme à une époque de diversité* (Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity). Québec: Presses Université Laval, 1999.

VERZA, Annalisa. Neutrality Toward Microdifferences, Toleration Toward Macrodifferences, in: TROPER, Michel; VERZA, Annalisa. *Legal philosophy: general aspects: (concepts, rights and doctrines): proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, New York, June 24-30, 1999, Vol. 82 de *ARSP*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2002, p. 99.

VOSSKUHLE, Andreas. Religionsfreiheit und Religionskritik – Zur Verrechtlichung religiöser Konflikte, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 37. Jg, Heft 18-21, novembro de 2010, p. 537.

# A Mediação e os Conflitos de Consumo

Guilherme M. Martins\*

## Sumário

1. Introdução. A Evolução da Mediação no Brasil. 2. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental e a Viabilidade da Aplicação das Técnicas Alternativas de Solução de Conflitos. 3. A Experiência Brasileira. 4. Conclusão. Bibliografia.

## 1. Introdução. A Evolução da Mediação no Brasil

No Brasil, a partir dos anos 90, começou a haver um maior interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995.<sup>1</sup> No novo Código de Processo Civil, oriundo do PL 166/2010 e já aprovado pelo Congresso Nacional (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), há referência aos institutos da conciliação e mediação, nos artigos 165 a 175.<sup>2-3</sup>

\* Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Diretor do Instituto Brasilcon.

<sup>1</sup> Na Argentina, a Lei 24.573/95 cuida da mediação como um procedimento extrajudicial obrigatório, portanto fora do Poder Judiciário e que se desenvolve previamente, conforme o respectivo art. 1º: *“Institúyese con carácter obligatorio Inmediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia”*.

<sup>2</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. Vol. 6, p. 159-177, jul./ago. 2014. Lembra o autor que a primeira iniciativa legislativa no Brasil ocorreu com o PL 4.827/1998, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, com a definição de mediação e algumas disposições a respeito: “Na Câmara dos Deputados, já em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o número PLC 94/2002. O Governo Federal, no entanto, como parte do Pacote Republicano, que se seguiu à EC 45, de 08.12.2004 (conhecida como “Reforma do Judiciário”), apresentou diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil, o que levou a um novo relatório do PL 94. Foi aprovado o Substitutivo (Emenda nº 1-CC), ficando prejudicado o projeto inicial, tendo sido o substitutivo enviado à Câmara dos Deputados no dia 11 de julho. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. Desde então, dele não se teve mais notícia até meados de 2013, quando voltou a tramitar, provavelmente por inspiração dos projetos que já tramitavam no Senado O Projeto, em sua última versão, logo no art. 1º, propunha a regulamentação da mediação paraprocessual civil, que poderia assumir as seguintes feições: (a) prévia; (b) incidental; (c) judicial; e (d) extrajudicial. A mediação prévia poderia ser judicial ou extrajudicial (art. 29). No caso da mediação judicial, o seu requerimento interromperia a prescrição e deveria ser concluído no prazo máximo de 90 dias. A mediação incidental (art. 34), por outro lado, seria obrigatória, como regra, no processo de conhecimento, salvo nos casos: (a) de ação de interdição; (b) quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; (c) na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; (d) no inventário e no arrolamento; (e) nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; (f) na ação de retificação de registro público; (g) quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; (h) na ação cautelar; (i) quando na mediação prévia não tiver ocorrido acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. A mediação deveria ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-ia continuidade ao processo. Assim, a mera distribuição da petição inicial ao juízo interromperia a prescrição, induziria litispendência e produziria os demais efeitos previstos no art. 263 CPC. Ademais, caso houvesse pedido de liminar, a mediação só teria curso após o exame desta questão pelo magistrado, sendo certo que eventual interposição de recurso contra a decisão provisional não prejudicaria o processo de mediação”.

<sup>3</sup> O teor daqueles dispositivos é o seguinte (Seção V – Dos conciliadores e mediadores judiciais):

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.



Coroando a evolução do tema, entrou em vigor a Lei 13.140, de 26.06.2015 (Lei da Mediação), que dispõe sobre a mediação como meio de composição de conflitos entre particulares e no âmbito da administração pública, com a seguinte definição, no seu artigo 1º:

§ 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Não obstante a recente aprovação do Código de Processo Civil e da Lei 13.140/2015, deve ser dito que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.<sup>4</sup>

Os métodos alternativos de solução de conflitos constituem uma área na qual a Fundação Ford já em 1978 promovia programa pioneiro, que desencadeou

---

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

<sup>4</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 533.

ampla procura daquilo a que se chamou “novos enfoques da solução de conflitos”, com particular atenção para “conflitos complexos sobre políticas públicas”, “conflitos regulatórios”, “conflitos oriundos de programas de bem-estar social”, tudo com a finalidade de “encontrar caminhos para tratar de conflitos fora do sistema formal”.<sup>5</sup>

No direito comunitário europeu já existe um grande avanço na matéria, a partir da Diretiva 2013/11 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à mediação alternativa de litígios em matéria de consumo,<sup>6</sup> que possui inclusive um regulamento relativo aos meios alternativos de solução de conflito *on-line* em matéria de relações de consumo.

Na mediação<sup>7</sup>, não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.<sup>8</sup> O objetivo é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição dos interessados sobre os fatos que os levaram àquela disputa.<sup>9</sup>

Baseia-se tal técnica de solução de conflitos na autocomposição, lastreada pelo pilar da autonomia da vontade das partes.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 41, p. 406, abr./jun. 2014.

<sup>6</sup> Assim estabelece o art. 1º da Diretiva, no tocante ao seu objetivo: “O objetivo da presente diretiva é contribuir, através da realização de um elevado nível de defesa do consumidor, para o bom funcionamento do mercado interno, assegurando que os consumidores possam apresentar, voluntariamente, queixas contra os comerciantes a entidades que facultem procedimentos independentes, imparciais, transparentes, eficazes, céleres e equitativos de resolução de litígios. A presente diretiva aplica-se sem prejuízo da legislação nacional que obriga à participação nesses procedimentos, desde que tal legislação não impeça as partes de exercer o seu direito de acesso ao sistema judicial”.

<sup>7</sup> A mediação é definida por José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler como “a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito da satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”. MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>8</sup> A distinção entre a conciliação e a mediação aparece nos parágrafos do art. 145 do novo Código de Processo Civil:

“§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

“§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.

<sup>9</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op.cit.*, p. 533.

<sup>10</sup> As características mais marcantes da mediação são as seguintes: 1- trata-se de uma negociação colaborativa facilitada por terceiro; 2- constitui uma técnica informal, mas estruturada – não está sujeita a regras processuais, mas segue um rito de eficácia que precisa ser seguido, sendo essa a ferramenta do mediador, que lembrará as partes do acordo inicial feito relativamente ao respeito ao procedimento; 3- proporciona que as pessoas possam conhecer a diferença entre o que querem e o que necessitam; 4- ausência de coercitividade; 5- transformação: são alteradas as relações entre os litigantes pelo controle da comunicação entre eles, a alteração das suas percepções, o equilíbrio de forças, a partir do empoderamento e educação sobre as técnicas de negociação, para que resolvam no futuro seus conflitos e reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos para a aproximação e humanização pela empatia; 6- proporciona a inversão de papéis entre os envolvidos; 7- controle das partes, a quem cabe o deslinde da decisão sobre a controvérsia; 8- Não opinativa, visto que o mediador não pode expressar opinião sobre o resultado do pleito; 9- Enfatizada no futuro, não se perquirindo da culpa dos envolvidos ou dos fatos pretéritos; 10- Confidencial – será desenvolvida em ambiente secreto, somente sendo o seu processo divulgado se for essa a vontade das

Trata-se da interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões de disputa. A função fundamental do mediador, para José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, é (re)estabelecer a comunicação.<sup>11</sup>

O renascer dos métodos alternativos de solução de conflitos deve-se, em grande parte, à crise atravessada pela Justiça, devida em grande parte ao elevado grau de litigiosidade próprio da sociedade moderna, levando à morosidade, alto custo e burocratização na gestão dos processos.<sup>12</sup>

Antes do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, a principal referência para a mediação nos Tribunais brasileiros era a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 1º estabelece que “fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Seguindo a mesma tendência do Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 118/14<sup>13</sup>, que dispõe sobre a Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

Por consistir a mediação de um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal tradicional, na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, em especial os juízes.<sup>14</sup>

Distingue-se da conciliação, termo proveniente do verbo latino *conciliare*, que é reunir, compor e ajustar os ânimos divergentes. A mediação é mais ritualística, demorada, enquanto a conciliação é mais ágil, informal e rápida. O conciliador faz propostas de soluções, intervindo diretamente para a obtenção do acordo, diversamente do mediador.

Ambas, mediação e conciliação, mais do que um meio de acesso à justiça fortalecedor da participação social do cidadão, são políticas públicas<sup>15</sup> que vêm

partes; 11- Cooperativa; 12- Exige tempo de interlocução, pois normalmente envolve sentimentos, valores, diferenças culturais e necessidades existenciais.

<sup>11</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 131.

<sup>12</sup> LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 45.

<sup>13</sup> Resolução nº 118/14 do CNMP. “Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos”.

<sup>14</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 132.

<sup>15</sup> Cabe ao Conselho Nacional de Justiça, ao implementar esta política pública, voltada para o tratamento e para a solução de conflitos de interesses com incentivo aos métodos autocompositivos, tornar obrigatória a utilização desses métodos por todos os Tribunais de Justiça dos Estados, estabelecendo diretrizes a serem observadas por estes e regulamentar detidamente o trabalho dos servidores, dos conciliadores e dos mediadores através: (a) do estabelecimento de critérios de capacitação mínima; (b) do estabelecimento de critérios de seleção; (c) da exigência de qualidade do serviço, com o estabelecimento de critérios de avaliação permanentes, não só quantitativa (número de usuários e de acordos – banco de dados) como

ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário e do Conselho Nacional de Justiça, visto que comprovada empiricamente sua eficiência no tratamento de conflitos.<sup>16</sup>

A mediação é mais difundida nos casos de conflitos envolvendo pessoas que têm interesses ligados a relações continuadas<sup>17</sup>, como é o caso das relações de vizinhança, família ou emprego, casos em que muito mais importante do que a indenização de um prejuízo é a restauração da convivência entre os envolvidos.<sup>18</sup>

Uma característica marcada pela doutrina é o equilíbrio das relações entre os envolvidos, sendo “fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas”.<sup>19</sup>

Não é por outro motivo que a Lei de Mediação, no seu art. 2º, II, estabelece como um de seus princípios a isonomia entre as partes.<sup>20</sup>

As relações travadas no mundo pós-moderno demandam o desenvolvimento de formas efetivas e adequadas de pacificação social, a fim de reparar e prevenir a ocorrência de danos.

Surgem novos danos, não só do ponto de vista quantitativo como também qualitativo, decorrentes de fatores como a degradação do meio ambiente, as biotecnologias, a Internet e os respectivos meios de comunicação, novas doenças, o que fez com que houvesse um aumento no número de demandas perante o Estado-juiz, o qual, praticamente, não acompanhou essa transformação. Daí a importância dos meios não adversariais com a participação da comunidade, como a mediação.<sup>21</sup>

Não obstante serem os conflitos de consumo, por sua natureza, massificados, impessoalizados e marcados pela vulnerabilidade da parte mais frágil (art. 4º, I, Lei

---

também qualitativa (acompanhamento dos resultados – controle social) do sistema de solução de conflitos; (d) da instituição do Código de Ética para conciliadores e mediadores; (e) da exigência de definição, pelos Tribunais, de remuneração condigna a conciliadores e mediadores (art. 6º, I a VIII, Resolução CNJ 125/2010). LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, *op. cit.*, p. 83.

<sup>16</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 167.

<sup>17</sup> Uma importante característica da mediação apontada pela doutrina é a existência de relações continuadas, quando as partes acreditam que há a possibilidade de acordo, ou seja, os envolvidos devem estar predispostos à negociação, devem querer encontrar a melhor solução para o conflito e negociar: “podemos dizer que é necessário que os envolvidos tenham afinidades para que através da comunicação facilitada sejam identificados os interesses comuns que permitiram chegar ao acordo; que estejam aptos ao diálogo, expondo seus pontos de vista e ouvindo o outro e suas experiências; que estejam dispostos a confiar no ‘adversário’ e no mediador; que tenham consciência da importância do fator tempo; e que compreendam o processo de ‘dar e receber’, se dispondo a agir para encontrar uma solução apropriada com que se comprometam”. MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 342-343.

<sup>18</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 133.

<sup>19</sup> MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 135.

<sup>20</sup> Lei 13.140/2015, “art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé”.

<sup>21</sup> RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luiz Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 121.

8.078/90), ao contrário das relações de emprego, família e vizinhança, onde há um maior equilíbrio entre as partes, o presente e o futuro sinalizam no sentido do aumento do uso da mediação na resolução de tais controvérsias.

O direito privado passa a conviver e a valorizar as especificidades dos grupos vulneráveis, desenvolvendo instrumentos para compensar (não excluir, vitimizar ou acabar) as diferenças, pois estas identificam os indivíduos da nossa sociedade. A partir dessas assertivas, encontramos a instrumentalidade maior desse paradigma, que não se contenta apenas em endereçar direitos aos vulneráveis, mas impõe que o Estado (este no exercício de qualquer dos poderes desempenhados na República) e os particulares concretizem formas de concretização destas diferenças.

## 2. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental e a Viabilidade da Aplicação das Técnicas Alternativas de Solução de Conflitos

A defesa do consumidor é consagrada nos artigos 5º, XXXII e 170, V, ambos da Constituição da República, cabendo àquelas duas normas, na visão de Fábio Konder Comparato, definir o lugar do consumidor no sistema constitucional brasileiro.<sup>22</sup>

Na sistemática constitucional, deve ser a defesa do consumidor, acima de tudo, coligada à cláusula geral de tutela da personalidade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), considerado ainda o objetivo da República no sentido da erradicação da pobreza e marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).<sup>23</sup>

Entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, prevê o art. 4º, V da Lei 8.078/90 o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de

<sup>22</sup> A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 255, p. 68, jul./set. 1977. Mesmo em outras oportunidades aparecem no bojo da Constituição da República disposições relativas à matéria do consumidor, só que de forma mais específica, como no art. 24, que estabelece o âmbito onde pode haver legislação concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, respeitada a lei federal, restando incluída aqui a normatização sobre produção e consumo e sobre a responsabilidade por dano ao consumidor. Já no Título IV (relativo à tributação e ao orçamento), Seção II (limitações ao poder de tributar), dispõe o art. 150, §5º que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”, demonstrando clara preocupação com o grau de informação que deve ser recebido pelo consumidor. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13-14.

<sup>23</sup> Para Gustavo Tepedino, “o coligamento destes preceitos com os princípios fundamentais da Constituição, que incluem entre os fundamentos da República ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III) e entre os objetivos da República ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III) demonstra a clara intenção do legislador constituinte no sentido de romper a ótica produtivista e patrimonialista que muitas vezes prevalece no exame dos interesses dos consumidores. O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria de *per se* considerada. A proteção jurídica do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana; seja do ponto de vista de seus interesses individuais indisponíveis, seja do ponto de vista dos interesses coletivos e difusos”. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentados de consumo na ótica civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 249-250.

controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”.

Como meio de efetivação do comando do art. 4º, V da Lei 8.078/90, e com base na necessidade de proporcionar alternativas menos custosas e mais céleres para resolver os litígios, surge a técnica do *design* de sistemas de disputas, envolvendo métodos sistemáticos para solucionar conflitos complexos ou recorrentes. Trata-se de um sistema que envolve procedimentos elaborados sob medida para a resolução de controvérsias, com o objetivo de promover eficiência e reduzir os custos, além de incentivar a participação das partes na satisfação do fim pretendido.<sup>24</sup>

Outra norma principiológica inserida no artigo 4º da Lei 8.078/90 é o seu inciso III, que prevê a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, buscando-se soluções consensuais, que evitem, como ocorre comumente em sede judicial, o acirramento de ânimos entre os envolvidos.

Da mesma forma, a Lei 8.078/90, em seu art. 6º, II, prevê como direito básico dos consumidores a educação, necessária ao abandono dos meios adversariais de solução de litígios, que deverão ser empregados apenas em último caso.

Merecem ser destacadas, em seguida, as principais características dos programas de mediação.

A primeira e mais importante característica dos programas consiste na sua construção como um modelo de mediação aplicável a um caso ou a um grupo de casos específicos, garantindo, na solução de conflitos, o reconhecimento da peculiaridade de cada situação.<sup>25</sup>

Os responsáveis pela criação de programas de mediação devem levar em consideração o universo de lesados, além de empregar os melhores métodos e técnicas para atender ao caso concreto, sendo para tanto imprescindível identificar os temas sobre os quais os conflitos versam e suas consequências, sobretudo nos grandes acidentes de consumo<sup>26</sup>, que envolvam interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, I a III).

No caso de um famoso acidente aéreo com uma aeronave da TAM em 2007, foi realizado um programa de mediação extrajudicial (Câmara de Indenização 3054), com a participação da Defensoria Pública, do Ministério Público e do PROCON do Estado de São Paulo, além da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, proporcionando aos familiares das vítimas uma opção em relação à via judicial.<sup>27</sup>

A segunda característica da mediação, indispensável em matéria de relações de consumo, é a anuência de todos os envolvidos, vítimas e responsáveis. Logo,

<sup>24</sup> MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 80, p. 242, out./dez. 2011. A autora aponta três blocos fundamentais para a criação de qualquer programa de mediação: (a) definição de critérios para determinar quem pode participar do programa; (b) forma de ingresso no programa; (c) desenvolvimento de mecanismos práticos para a condução do programa.

<sup>25</sup> MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 246-247.

<sup>26</sup> MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 245.

<sup>27</sup> MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 243.

os consumidores devem ser dotados de autonomia para optar ou não por tais mecanismos, além de se desligar a qualquer tempo, migrando para a via judicial.<sup>28</sup>

A terceira característica é a previsão de parâmetros preestabelecidos para o cálculo das indenizações, que deverão ser divulgadas de antemão para que os lesados decidam se vão ou não participar, o que decorre do controle de ambas as partes sobre o procedimento e seus resultados. A compensação abrange tanto interesses patrimoniais quanto extrapatrimoniais, em consonância com o princípio da reparação integral (art. 6º, VI, Lei 8.078/90).

A quarta característica apontada pela doutrina é a existência de parâmetros preestabelecidos no cálculo das indenizações, sendo a maioria dos programas disciplinada por um conjunto de normas ou por um regimento interno, aplicáveis somente se divulgados de antemão, para que os lesados decidam se desejam ou não participar.<sup>29</sup>

### 3. A Experiência Brasileira

Em 17.07.2007, o voo JJ 3054 da empresa TAM Linhas Aéreas, que saía do Município de Porto Alegre em direção à cidade de São Paulo, ultrapassou o final da pista durante o pouso no Aeroporto de Congonhas, chocando-se com um depósito de cargas pertencente à mesma empresa. O resultado foi a morte de todos os 187 passageiros e tripulantes do avião e de 12 pessoas atingidas no solo, contabilizando o total de 199 vítimas. Tendo em vista a comoção causada pelo acidente, bem como o grande número de envolvidos, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), iniciou estudos técnicos que viabilizaram o primeiro programa de mediação brasileiro, com clara inspiração na experiência norte-americana.

Em apenas 14 meses, o programa contou com cerca de 15 mil atendimentos a beneficiários e seus advogados e resultou na celebração de acordos em 92% dos casos, atendendo 207 familiares de 45 vítimas do acidente.<sup>30</sup>

Devido ao grande sucesso de tal iniciativa, realizou-se outro programa nos mesmos moldes por ocasião do acidente aéreo ocorrido com aeronave da Air France em 2009.

Em 31.05.2009, o voo 447 da empresa Air France, que partiu do Rio de Janeiro em direção a Paris, enfrentou turbulência durante passagem por uma tempestade ao cruzar o Oceano Atlântico. Após o envio de uma mensagem automática de pane elétrica, a aeronave desapareceu dos radares brasileiros, tendo sido o seu desaparecimento confirmado no dia seguinte.

Cerca de quatro dias após, os primeiros destroços do avião foram localizados e os corpos das vítimas começaram a ser resgatados. Faleceram 228 pessoas no mencionado acidente.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 246.

<sup>29</sup> MICHEL, Andressa. *Op.cit.*, p. 248.

<sup>30</sup> MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 256-257.

<sup>31</sup> MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 258-259.

Em 10.12.2009, o Ministério Público do Rio de Janeiro lançou o Programa de Indenização 447 (PI 447), que contou com a participação da Fundação PROCON do Estado do Rio de Janeiro e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com um regimento interno composto por 51 artigos, levando em conta, na quantificação do cálculo das indenizações, a quantidade de beneficiários da vítima, o grau de parentesco e o nível de dependência econômica (art. 15, parágrafo terceiro do regimento).<sup>32</sup>

Da mesma forma, o Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012, modifica o art. 5º, VII da Lei 8.078/90, para incluir entre os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”, como ocorreu em iniciativas pioneiras da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No entanto, trata-se ainda de iniciativas isoladas, destacando-se a doutrina na qual não se aplica a mediação aos casos em que haja grande disparidade de poder<sup>33</sup>, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor.

No entanto, a falência do processo judicial, nos moldes individualistas em que foi concebido, levou à falência dos chamados “campeões” na má prestação de produtos e serviços, como é o caso das operadoras de telefonia, planos de saúde e instituições bancárias, que dizem respeito a assuntos complexos e de alta especialização, quando nem sempre é fornecida aos consumidores a prévia informação (Código de Defesa do Consumidor, art. 46). Através da educação de ambas as partes, consumidor e, sobretudo, do fornecedor, devem ser superadas, através da mediação e dos demais meios alternativos de solução de conflitos, as barreiras da litigiosidade, por meio das técnicas de mediação.

O princípio da autonomia da vontade<sup>34</sup>, consagrado em matéria de mediação pelo art. 166, *caput* do novo Código de Processo Civil e pelo art. 2º, V da Lei 13.140/2015, deve dialogar, nos contratos de adesão, com normas protetivas, como, por analogia, o art. 51, VII da Lei 8.078/90, que considera abusivas as cláusulas que “determinem a utilização compulsória da arbitragem”, caso em que faltaria o requisito da consensualidade.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> MICHEL, Andressa, *op.cit.*, p. 260-261: “o valor final da indenização é fundamentado conforme parâmetros referenciais fixados com base na lei e nas decisões do STJ, tal como ocorria na CI 3054, mas com algumas modificações. Além disso, em ambos os procedimentos, a proposta de indenização tem validade apenas na seara do programa e é irrelevante para fins de prova em um processo judicial”.

<sup>33</sup> FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 73.

<sup>34</sup> Segundo José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler: “(...) o princípio da autonomia da vontade, ao contrário dos demais, diz respeito ao poder de decidir das partes. A mediação ou a conciliação não conduzem à imposição de resultados, mas à condução para que elas, partes, encontrem a melhor forma de resolução do conflito. E isso, em especial ao tratar-se de mediação, somente poderá ser atingido quando os caminhos forem encontrados por meio de diálogo pessoal. Além disso, a autonomia da vontade diz respeito também ao interesse e direito das pessoas de concordar e querer participar ou não da mediação/conciliação, de modo que tais procedimentos não são impostos, tão somente fomentados pela norma legal e pelos operadores do direito. Ainda, a autonomia também pode dizer respeito às decisões, dando às partes a opção de homologarem ou não o acordo construído. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas.” MORAES, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion, *op.cit.*, p. 198.

<sup>35</sup> Acerca do tema, esclarece Bruno Miragem que “a simples previsão do recurso à arbitragem, por si, não caracteriza a abusividade, uma vez que a arbitragem só poderá recair sobre direitos disponíveis do



O Direito do Consumidor, portanto, tem muito a evoluir com o uso da mediação, cujo objeto não é de modo algum incompatível com os objetivos e princípios da Lei 8.078/90, consoante o art. 3º da Lei 13.140/2015, que delimita o seu objeto: “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Na segunda hipótese acima, quando o consenso das partes envolve direitos indisponíveis, mas transigíveis, o fato de se tratar de relação de consumo não exige necessariamente a homologação judicial, com oitiva do Ministério Público (art. 3º, parágrafo segundo da Lei de Mediação), o que deve ser restrito às hipóteses de intervenção do *Parquet*, hoje estabelecidas no art. 178 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).<sup>36</sup>

Salvo na hipótese do superendividamento, quando a negociação é necessária ao recomeço (*fresh start*) do consumidor que assumiu compromissos impagáveis, à luz do princípio da boa-fé objetiva, as demais hipóteses de mediação acima apontadas dizem respeito a duas catástrofes, causadoras de grande clamor público, sensibilizando, por tal motivo, os fornecedores e vítimas em torno de um objetivo comum e com a participação do Ministério Público e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Muito temos a aprender com a experiência europeia.

#### 4. Conclusão

As transformações sociais e a massificação na aquisição de produtos e serviços originam novos conflitos, demandando formas de pacificação social que proporcionem soluções mais céleres e efetivas.

A mediação tem sido aplicada, sobretudo, aos grandes acidentes de consumo, que envolvem interesses difusos e direitos coletivos ou individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, I a III), embora sua aplicabilidade, no Brasil, ainda seja recente, em matéria de Direito do Consumidor.

Do ponto de vista da educação dos consumidores e da harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, a mediação, decorrente de uma política pública e de um plano de ação governamental, traz boas expectativas de atender aos interesses e expectativas dos consumidores no Brasil.

---

consumidor. Todavia, não se deve perder de vista o perigo de o árbitro, nos contratos de consumo, vir a ser designado pelo contratante mais forte (o fornecedor). Daí a importância ressaltada pela norma do artigo 51, VI, de que se assegure, na hipótese de recurso à arbitragem de consumo, que a mesma seja voluntária e não compulsória, retirando os meios do consumidor recorrer ao Poder Judiciário visando à tutela dos seus direitos”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.

<sup>36</sup> Lei 13.105/2015, art. 178. “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I- interesse público ou social; II- interesse de incapaz; III- litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

## Bibliografia

ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BASILIO, Ana Tereza Palhares. Mediação: relevante instrumento de pacificação social. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, vol. 20, p. 309-324, abr./ jun., 2003.

CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, vol. 41, p. 405-423, abr./jun., 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, vol. 255, p. 68, jul./set., 1977.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MICHEL, Andressa. Programas de mediação e acidentes de consumo: um estudo prático de métodos alternativos de resolução de conflitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, vol. 80, p. 237-273, out./dez., 2011

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de mediação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação na atualidade e no futuro do processo civil brasileiro. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. A mediação judicial no novo CPC. *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*. Vol. 6, p. 159-177, jul./ago., 2014.

\_\_\_\_\_; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RUIZ, Ivan Aparecido; NOGUEIRA, Luiz Fernando. A mediação como instrumento de efetivação do direito humano e fundamental do acesso à Justiça em uma nova face: o ser humano como seu construtor e protagonista. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sergio de Souza. *Mediação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 249-250.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.



# (In)Constitucionalidade do Porte de Arma pelas Guardas Municipais: uma Leitura Global do Texto Constitucional

Hélio Nascimento\*

## Sumário

1. Introito. 2. Origens da Guarda Municipal. 3. O Exercício do Poder de Polícia na Segurança Pública pela Guarda Municipal na Sistemática Vigente. 4. O Porte de Arma de Fogo pela Guarda Municipal: uma Leitura Global do Texto Constitucional. 5. Referências Bibliográficas.

## Resumo

O presente artigo, sem pretensão de esgotar o tema, analisa, brevemente, a legitimidade do porte de arma pela Guarda Municipal. Para tanto, coteja-se o posicionamento doutrinário predominante, agregando ao debate o viés de que a leitura total do texto Constitucional, enquanto respeito aos direitos do texto em si, validaria a interpretação que defende a Guarda Municipal como instituição polícial, responsável pela defesa proporcional na circunscrição da edilidade, legitimada, portanto, a ostentar arma de fogo para o exercício de seu múnus.

## Abstract

*This article, with no intending to exhaust the subject at all, analyze, briefly, the legitimacy of weapon possession by the Municipal Guard. Therefore, collates is the predominant doctrinal position, adding to debate the bias that the total reading of the constitutional text, while about text own rights to itself, validate the interpretation that defends the Municipal Guard as institution of police, responsible for defense proportional in the district of the city council, legitimized therefore to bear firearms for the exercise of his office.*

**Palavras-chave:** Guarda Municipal. Porte de arma. Constitucionalidade. Direitos. Texto constitucional.

**Keywords:** *County Police. Gunfire. Constitutionality. Rights. Constitutional text.*

---

\* Servidor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. Introito

Entrou na ordem do dia o debate acerca da (im)possibilidade de as Guardas Municipais portarem arma de fogo. O assunto veio à tona, especialmente, como proposta de diversos candidatos a vereador e prefeito ao longo das campanhas das eleições de 2016, como solução à insegurança vivida em diversas cidades brasileiras. Nesta toada de revigorar os acessórios funcionais das Guardas Municipais, o Sr. Prefeito do Município de Niterói, Rodrigo Neves, em entrevista ao periódico O DIA, confessou seu projeto de armar a Guarda Municipal, que, junto com o reforço do efetivo desta instituição, consubstanciaria a resposta de seu governo aos esforços de combate à criminalidade na cidade. Para o alcaide, a Guarda Civil “[v]ai atuar só no asfalto. Nunca vai substituir a PM no enfrentamento da criminalidade, do tráfico de drogas, nem vai substituir a função da Polícia Civil nas investigações do crime organizado”<sup>1</sup>. Assim, pretendia equipar 200 (duzentos) agentes da Guarda Municipal com revólveres de calibre. 380 (trezentos e oitenta) já no segundo semestre de 2016, a depender da assinatura de convênio com a Polícia Federal<sup>2</sup>.

Evidentemente, o assunto é da maior relevância, porquanto abranja a necessidade de se assegurar o aparato bélico de instituição policial nos limites estritamente municipais, sem interferir nas atribuições de outras polícias instituídas pela Constituição Federal, menos ainda acarretar risco aos próprios municípios. O objetivo deste opúsculo não é avaliar, como já se fez à saciedade, os riscos sociais que a Guarda Municipal, com ou sem armamento de fogo, poderá causar; mas, sim, aquilatar, brevemente e sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou encerrar qualquer debate, se o texto da Constituição Federal de 1988 valida a interpretação segundo a qual as Guardas Municipais poderão portar arma de fogo. O interesse aqui é meramente teórico-jurídico, voltado somente ao exame da (in)constitucionalidade da interpretação que clama pelo armamento às Guardas Civis. Saliente-se, por fim, que esta instituição, exatamente por ontologia, será referida com letras maiúsculas, em prestígio à classificação de substantivo próprio do corpo de agentes municipais, e pela mesma razão que a Constituição Federal escreve Ministério Público com letras capitais, embora não tenha feito o mesmo em outros momentos, a exemplo do rol de instituições voltadas à defesa do Estado (art. 144).

## 2. Origens da Guarda Municipal

A Guarda Municipal é instituição prevista na Constituição Federal, em capítulo pertinente à segurança pública, aninhada, não por acaso, no dorso da defesa do Estado (Título V). Apesar do inequívoco gosto do constituinte de 1988 pelo tratamento

<sup>1</sup> FILHO, Aziz; PEREIRA, Daniel; MACEDO, Rosayne. Prefeito de Niterói vai armar Guarda Municipal. *O Dia*. Rio de Janeiro, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/odiaestado/2015-09-26/prefeito-de-niteroi-vai-armar-a-guarda-municipal.html#>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

<sup>2</sup> Niterói terá Guarda armada no segundo semestre. *O Dia*. Rio de Janeiro, 25 jan. 2016. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2016-01-25/niteroi-tera-guarda-municipal-armada-no-segundo-semestre.html>. Acesso em: 08 jul. 2016.

detalhado das normas constitucionais, o regramento próprio da Guarda Municipal é uma das (poucas) exceções àquele caráter analítico que marca a Constituição cidadã. Brevemente, reza o art. 144, §8º: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.”

Aparentemente, e talvez por leitura perfunctória e açodada do texto constitucional, pretendia o constituinte assegurar aos Municípios a prerrogativa de instituírem determinada entidade de menor estatura que àquelas outras instituições responsáveis pela garantia da segurança pública (art. 144, I *usque* V), pois voltada à tutela estrita de bens, serviços e instalações da própria edilidade. Ou seja, nada de muito vulto que não fosse a proteção da estrutura municipal. Segundo José Afonso da Silva:

[o]s constituintes recursaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de polícia municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com nenhuma específica responsabilidade pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que sendo entidade estatal não podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Aí certamente está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função exclusiva da Polícia Militar<sup>3</sup>.

Mas por que o nome Guarda Municipal? Seria a síntese, concebida pelos constituintes, do plexo de atribuições outorgadas aos agentes, isto é, dedicados a *guardar*, no sentido de proteger, a estrutura municipal? A história do Brasil nos revela que não. De acordo com Cláudio Frederico de Carvalho, a Guarda Real de Polícia (GRP), corpo formado majoritariamente, à época do Império, por portugueses, era responsável pela segurança e manutenção do *status quo* reinante antes mesmo de a Corte desembarcar no Brasil em 1822, pois já havia insurgências que clamavam pela independência do país. Estes movimentos provocaram o esfacelamento desta Guarda, transmitindo a tutela da segurança às Milícias, que, no entanto, seriam continuação da GRP<sup>4</sup>, com outra

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 781-2.

<sup>4</sup> CARVALHO, Claudio Frederico de. *Guarda Municipal: o que você precisa saber sobre Guarda Municipal e nunca teve a quem perguntar*. 3ª ed. Curitiba, 2011. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jYNMBQAAQBAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=7+de+abril+de+1831+guarda+real+de+pol%C3%ADcia&source=bl&ots=yYTKxc7v1r&sig=hDy9FUzdDTG8CYga3kJuxDgQd0A&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewjLyeTZuOfNAhXCFZAKHY8HDhwQ6AEIzAB#v=onepage&q=7%20de%20abril%20de%201831%20guarda%20real%20de%20pol%C3%ADcia&f=false>>, p. 3. Acesso em: 09 jul. 2016.

designação. Assim, a estrutura das Guardas Reais deteriorava-se, atingindo o clímax com a abdicação do trono, por D. Pedro I, em favor de seu filho. Esta renúncia, que ocorrera em 07 de abril de 1831, não felicitou a todos, como era de se esperar, e desagradou principalmente a agentes das GRP's, que se rebelaram nessa data.

De fato, foi à tal irrisignação que a Regência – que fazia as vezes do imperador, porquanto, como sabido, ainda vivia a menoridade – dirigiu a Proclamação de 15 de julho de 1831, lavrada por Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho, João Braulio Moniz e Manoel José de Souza França, nestes termos:

Soldados. A gloria que adquiristes no Campo da Honra, pela vossa briosa união no dia 7 de Abril, principia a declinar pelo espirito de insubordinação, e desordem, que alguns dentre vós acabam de manifestar. O susto, e a consternação, que tendes causado aos pacíficos [sic] habitantes desta Cidade, tomando as armas para enfraquecer o poder legal, que era vossa obrigação sustentar para triumpho [sic] heroico [sic] da nossa regeneração, não póde [sic] deixar de tornar-vos estranhos á [sic] grande Familia Brasileira [sic], a que pertenceis; e esta só idéa [sic] deve cobrir-vos de um nobre pejo, para arrependidos tornardes ao gremio [sic] da Nação, de que a vossa inconsiderada conducta [sic] parece ter-vos alienado. Se continuais obstinados em vossos erros, não podeis pertencer mais á Nação Brasileira [sic]; que não é Brasileiro [sic], quem não respeita o Governo do Brazil [sic]. Palácio do Governo, 15 de Julho de 1831<sup>5</sup>.

Aparentemente, a aclamação de julho de 1831 justificava a série de atos do Poder Executivo editados nos meses seguintes à abdicação, entre eles o decreto de 14 de junho, que “[c]rêa [sic] em cada districto [sic] de paz um corpo de guardas municipaes [sic] dividido em esquadras”<sup>6</sup>. Por este ato normativo, aliás, criaram-se as Guardas Municipais. Lotadas em cada um dos distritos dos juizes de paz, eram compostas por esquadras de vinte e cinco a cinquenta cidadãos que detinham capacidade eleitoral ativa (art. 1º)<sup>7</sup> e poderiam portar armamento e munição (art. 6º), recebidos

<sup>5</sup> LIMA E SILVA, Francisco de; CARVALHO, José da Costa; MONIZ, João Braulio; FRANÇA, Manoel José de Souza. *Proclamação de 15 de julho de 1831 da Regencia Permanente á Tropa* [sic]. Senado Federal, Secretaria de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextolIntegral.action?id=70543>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

<sup>6</sup> IMPERIO DO BRAZIL. *Coleção das Leis do Império do Brazil de 1831*. Segunda parte. Actos do Poder Executivo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 16. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao3.html>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

<sup>7</sup> CONSTITUIÇÃO DO IMPERIO DO BRAZIL (1824), art. 94: “Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial [sic]. Exceptuam-se [sic] I. Os que não tiverem de renda liquida annual [sic] duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio [sic], ou emprego. II. Os Libertos. III. Os criminosos pronunciados em queréla [sic], ou devassa”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2016.



do comandante geral e distribuídos entre os colegas de farda, cujo fornecimento ficava a cargo da Fazenda Pública, exigindo-se recibo:

Art. 6º Enquanto [sic] pelo Governo se não fornece armamento, e munição a todos os corpos, conforme disposição da Lei, serão obrigados os cidadãos alistados a comparecer com as armas próprias [sic] que tiverem; e pelo menos com uma lança metida [sic] em haste de dez palmos de comprimento.

[...]

Art. 9º Além deste serviço incumbem-lhe: 1º receber do Commandante geral, e distribuir aos cidadãos da sua esquadra, o armamento, e munições, que pela Fazenda Publica se lhes haja de fornecer, cobrando recibo de cada um dos mesmos cidadãos; e passando-o elle mesmo ao Commandante geral no acto das entregas; 2º arrecadar o armamento inutilizado [sic], ou sobejo por ausencia, fallecimento [sic], e impedimento ele qualquer dos membros da esquadra, para o fazer reverter aos seus respectivos depositos publicos por intervenção do Commandante geral; 3º Vigiar sobre o bom estado, e apresto do armamento, seja proprio [sic], ou da Fazenda Publica, nas occasiões [sic] do serviço [...];

Para Claudio Frederico de Carvalho, desde sua criação em 1831, a Guarda Municipal consolidou-se na história brasileira, equiparada, em algumas ocasiões, a corpo militarizado. Exemplo disto seria o Decreto nº 3.598, de 1866, que a reconhecia como corpo militar, tido, à época, como o contingente policial que, mantendo mesmas denominação e organização, passaria a constituir a força policial da Corte, erigida por esse Decreto de 1866. Em 1889, a Guarda Municipal, já militarizada, assumiu funções de defesa da soberania nacional, ao lado da Guarda Cívica. Proclamada a República, a Guarda Municipal, enquanto “Corpo Policial Militar”, participou ativamente do apoio a Marechal Floriano Peixoto. Porém, aos poucos, suas incumbências modificaram-se. Em diversos registros, como nas Posturas Municipais de novembro de 1895, encontram-se atribuições próprias do exercício de poder de polícia, tais como a fiscalização de recolhimento de tributos por comerciantes, a verificação do cumprimento das posturas, incluindo a aplicação de multa para os infratores<sup>8</sup>, enfeixando, assim, série de atribuições que não existiam em sua estrutura.

Saltando de volta à sistemática jurídica em voga, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 não “criou do zero” o que denominou de Guardas Municipais, mas

<sup>8</sup> CARVALHO, Claudio Frederico de. *Guarda Municipal: o que você precisa saber sobre Guarda Municipal e nunca teve a quem perguntar*. 3ª ed. Curitiba, 2011. Disponível em: < <https://books.google.com.br/books?id=jYNMBQAAQBAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=7+de+abril+de+1831+guarda+real+de+pol%C3%ADcia&source=bl&ots=yYTKxc7v1r&sig=hDy9FUzdDTG8CYga3kJuxDgQd0A&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewjLyeTZuOfNAhXCFZAKHY8HDhwQ6AEIzAB#v=onepage&q=7%20de%20abril%20de%201831%20guarda%20real%20de%20pol%C3%ADcia&f=false> >, p. 8. Acesso em: 09 jul. 2016.

partiu da pré-compreensão (*vorverständnis*) de estrutura policial já existente no contexto histórico brasileiro. Certamente, conferiu-lhes novos traços, a começar por facultar aos Municípios a prerrogativa de constituí-las<sup>9</sup>, desde que, obviamente, (i) voltem-se “à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”; (ii) sem escapar do interesse local (art. 30, I); (iii) estruturando-se de modo complementar às legislações federal e estadual (art. 30, II).

### 3. O Exercício do Poder de Polícia na Segurança Pública pela Guarda Municipal na Sistemática Vigente

Esse breve esboço histórico, ao tempo em que ilustra a crisálida da Guarda Municipal, serve de guia hermenêutico da norma constitucional prevista no art. 144, §8º, permitindo interpretá-la de modo atualizador e construtivo (Gadamer), tarefa que abrange tanto os eventos anteriores a 1988 quanto a realidade em voga. O texto normativo em estudo, por sua simplicidade e carência de referência explícita a outras regras constitucionais que tornariam mais precisas algumas leituras, não pode prescindir do conteúdo histórico, que apresenta a trajetória da instituição e viabiliza o cotejo de suas atribuições antigas com as atuais. Trilhando por esta senda histórica, nota-se que a Guarda Municipal, antes da vigência da Constituição de 1988, foi significativamente atuante para manutenção da ordem pública no Brasil em ocasiões de grande perturbação e temor, tendo agido como força policial. Militarizada ou não, esteve sempre armada. Todavia, a leitura gramatical não parece ser recomendável quando se pretenda enfeixar atribuições à Guarda, restringindo-lhe a aptidão para exercer poder de polícia e agir na segurança pública.

Nesta linha de intelecção, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito quando decidiu, nos autos do recurso extraordinário nº 658.570, pela constitucionalidade do exercício de poder de polícia de trânsito pela Guarda Municipal, incluídos os atos fiscalizatórios e sancionatórios (DJe nº 195, 29 set. 2015). Neste precedente, aliás, o Pretório Excelso parece ter reconhecido, mesmo ao longo dos debates, *in obter dictum*, que a Guarda Municipal presta, sim, serviço público de segurança. Por mais óbvio que pareça – já que, como se sabe, a Guarda Municipal está situada no disciplinamento constitucional da segurança pública –, este ponto é da maior importância, pois inúmeros juristas do Direito Público entendem competir-lhe, estrita e somente, o socorro aos bens, serviços e instalações municipais, sublinhando-se o perfil eminentemente patrimonialista da tutela. Eis a síntese de Diógenes Gasparini:

[a]s guardas municipais não foram arroladas entre os órgãos responsáveis pela segurança pública, exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio.

<sup>9</sup> Embora, talvez, o melhor termo devesse ter sido “reconhecê-las”, na mesma demonstração de pré-compreensão que a consignada na previsão constitucional do Tribunal do Júri: “é reconhecida [...]” (Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, *in initio*).

Para esse mister a Constituição Federal, no art. 144, elencou, taxativamente, a polícia federal (I), a polícia rodoviária federal (II), a polícia ferroviária federal (III), as polícias civis (IV) e as polícias militares e corpos de bombeiros militares (V). As guardas municipais ficaram de fora desse rol e, indubitavelmente, sem qualquer atribuição de segurança. Por essa razão receberam a competência única de proteger os bens, serviços e instalações do Município<sup>10</sup>.

Com respaldo neste ponto de vista topográfico da norma constitucional, sustenta-se que a Guarda Municipal não poderia, sob os auspícios da Carta Cidadã de 1988, portar arma de fogo porque a ela não teria sido dado o poder-dever de atuar na segurança dos municípios, sob pena de usurpar as atribuições selecionadas às Polícias Militar e Civil, às quais cabe, respectivamente, policiamento ostensivo e preservação da ordem pública; e atividades de polícia judiciária, com participação na investigação de infrações penais – exceto as de natureza castrense. Ora, se a Guarda Municipal atua para proteger bens, serviços e instalações do Município, como não exerceria atividade própria de segurança? Se a proteção for destinada exclusivamente ao patrimônio, seus agentes não poderiam fazê-lo armados – tal qual, *v.g.*, o vigilante de carro-forte?

Apesar de a Constituição Federal não ser clara a respeito da atuação da Guarda Municipal em termos de segurança, o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), no artigo 6º, incisos III e IV, autorizou o porte de arma de fogo pelos integrantes de Guardas Municipais (i) das capitais de Estados e Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes (inc. III); (ii) ou de Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, desde que em serviço (inc. IV). Seguindo esta trilha, a Polícia Federal editou Portaria nº 365/2006, exatamente para regulamentar o porte de arma pelo agente investido na Guarda Municipal. Mais recentemente, o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/2014) reforçou, por outros termos, a norma do Estatuto do Desarmamento, esclarecendo, em seu artigo 16, que aos guardas municipais é autorizado o porte, nos termos daquela lei.

Ainda assim, o tema não é pacífico. Tramita, no Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 38, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, das normas contidas no art. 6º, III e IV do Estatuto do Desarmamento, objetivando o reconhecimento de validade das regras que permitem porte de arma ao guarda municipal, desde que obedecidos os critérios já definidos naquela Lei. De outra ponta, a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Estaduais (Feneme) arguiu inconstitucionalidade, nos autos da ADI nº 5156, de dispositivos do Estatuto Geral das Guardas Municipais, precisamente com o intuito de invalidar, entre outras, as normas que autorizam porte de arma às Guardas, ao argumento de que “a lei transforma as guardas em polícias e em bombeiros, com funções de prevenção e

<sup>10</sup> GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol.29, nº 113, p. 241. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175918/000458838.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

a repressão imediata, além do atendimento de situações de emergência, em total afronta ao texto constitucional”<sup>11</sup>. Enquanto alguns, a exemplo da Feneme, acreditam que a União não poderia sequer ter legislado sobre Guardas Municipais, menos ainda permitindo-lhe o exercício de funções armada e uniformizada; outros, como o PGR, afixam a adequação dos critérios delineados pelo Estatuto do Desarmamento, que, para essa vertente, não ferem a isonomia entre os entes políticos, ao revés, auxiliam no controle da autorização e restrição, que se pauta sempre na proteção à vida<sup>12</sup>.

#### 4. O Porte de Arma de Fogo pela Guarda Municipal: uma Leitura Global do Texto Constitucional

Retomando o que se disse até aqui, as Guardas Municipais, desde que apareceram na história brasileira, foram encarregadas de atuar armadas e em contingente proporcional à população, para garantir a preservação da ordem pública. Textualmente, porém, a Constituição Federal de 1988 não destrinchou toda a estrutura das Guardas, tendo sido breve – e com perdão pela repetição – na legitimação aos Municípios para instituí-las em sua respectiva circunscrição, conquanto “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações”. Assim, a celeuma sobre as atribuições e prerrogativas da Guarda Municipal se instaura entre o silêncio do texto constitucional quanto aos atributos aplicáveis àquela instituição e o registro da intenção do constituinte em não habilitar outra estrutura policial na órbita dos Municípios. Seria válida, então, a interpretação da Constituição que reconhecesse a Guarda como conseqüente das forças de segurança estabelecidas para defesa da ordem pública?

Em que pese a predominância das vozes contrárias, que ressoam a impossibilidade de as Guardas Municipais atuarem na segurança pública, pela clara manifestação de vontade ventilada na Assembleia Constituinte, forçoso convir que tal linha de raciocínio não prospera diante do texto constitucional vigente, ainda que perfunctório o regramento do art. 144, §8º, que não autoriza sequer a inferência de “silêncio eloquente”. Sob outro prisma, sem embargo da densidade normativa inerente à Constituição (Hesse), não se pode desprezar os direitos imanentes a seu próprio texto, tuteláveis pela leitura enquanto um todo globalmente considerado. Este exame do texto em si, objetivamente focado, aparta-se das convicções e declarações de vontade emanadas pelos integrantes da Assembleia Constituinte e valida interpretações que escapem desses interesses e intenções manifestados na ocasião de sua redação.

O intuito do constituinte, exteriorizado em retirar da Guarda Municipal o exercício de poder de polícia e zelo pela ordem e segurança públicas, não carece de relevância argumentativa. Todavia, quando contrastado com a leitura global do

<sup>11</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Dispositivos do Estatuto Geral das Guardas Municipais são questionados em ADI*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273610>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

<sup>12</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo recebe ADC sobre porte de arma de fogo por guardas municipais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300839>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

texto da Constituição, da qual emerge validade normativa, torna-se desprezível, pois não prevalece diante das interpretações fundamentadas na própria Constituição. Do ponto de vista do texto constitucional objetivamente considerado, e no esforço de preservar os direitos deste texto (Eco), é válida a interpretação que granjeia à Guarda prerrogativas policiais, à míngua da vontade do constituinte, com permissão, *ad exempli*, da proteção bélica dos bens municipais, que não seriam os listados no art. 21 nem no art. 109, IV, CFRB.

Perceba-se que, por mais que a intenção do constituinte tenha sido evitar a criação de polícia municipal, a estrutura textual da Constituição não reflete tal desiderato, a começar pela topografia do disciplinamento em questão, situado no capítulo dedicado à segurança pública, atribuindo-lhe, primordial e evidentemente, a tarefa de proteger alguma coisa. Seria lícito dizer, então, que o constituinte tenha criado determinada força de segurança proporcionalmente compatível com os lindes municipais, mesmo que o intuito não tenha sido conceber outra polícia ostensiva e judiciária<sup>13</sup>. Não se quer suplantar o raciocínio de que a Constituição Federal, ao repartir atribuições de modo específico entre Polícias, fê-lo para tolher as Guardas. Defende-se, ao contrário, a validade da interpretação que lhes reconhece atribuições e prerrogativas, mesmo que semelhantes às Polícias Militar e Civil, pois, pelo vértice puramente textual, a inserção das Guardas Municipais no mesmo contexto de ordem e segurança pública conduz à conclusão de que sua finalidade é atuar em prol desses valores, ainda que se fuja às raias do oitavo parágrafo do artigo 144, desde que não ultrapasse os limites do texto da Constituição como um todo.

Já pelo verniz da normatividade, que atribui ao texto o imperativo de *dever-ser*, embutindo-lhe conceitos próprios da ciência jurídica, ampliativas da escala semântica, poder-se-ia interpretar o trecho “seus bens”, na norma em análise, de modo juridicamente mais abrangente, sem comprometer o sistema. Enquanto o pronome possessivo “seus” parece inequívoco, indicando que o destinatário da proteção pertence ao Município, o termo “bens”, todavia, não deve se restringir à concepção estrita de objeto, entendida como espécie de coisa, sendo válido conferir-lhe o sentido de bem jurídico, proposto por Claus Roxin, traduzido como:

determinadas circunstâncias ou finalidades úteis ao indivíduo e a seu livre desenvolvimento num sistema social global estruturado sobre esta concepção finalística ou voltado ao funcionamento do próprio sistema. Esta definição, ao adotar “circunstâncias dadas e finalidades” em vez de “interesses” de modo geral, pretende dizer que este conceito de bem jurídico abarca tanto as situações previamente encontradas pelo Direito como os deveres de obediência às normas por este criadas, ou seja, não se limita à primeira alternativa. A partir

<sup>13</sup> GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 29, nº 113, p. 240. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175918/000458838.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

desse conceito de bem jurídico, que vem previamente destinado ao legislador penal, mas não é anterior à Constituição, podem-se ensejar uma série de teses concretas<sup>14</sup>.

Por outras palavras, os bens a serem protegidos pelas Guardas Municipais não se exauririam na esfera do domínio público, mas se estenderiam ao objetivo precípua do Direito de manter incólumes finalidades e circunstâncias consagradas pela ordem jurídica, porquanto sejam as responsáveis pela existência do sistema social que abriga o indivíduo, conferindo-lhe variadas prerrogativas para se desenvolver nesse contexto. Assim, também às Guardas Municipais caberia proteger bens jurídicos, obviamente, nos limites de seu território. Esta leitura parece mais adequada do ponto de vista da sistemática jurídica, principalmente porque oxigena o simplório texto do art. 144, §8º com os princípios fundamentais da ordem jurídica, a começar pelo da dignidade da pessoa humana.

Fosse diverso o fio condutor esticado na semântica do dispositivo em tela, a exemplo do que restringe a proteção das Guardas ao patrimônio municipal, concluir-se-ia que a Guarda não poderia, de modo algum, proteger a vida do munícipe, muito menos a do alcaide! Ao adotar-se o entendimento ora defendido, entretantes, no sentido de que a expressão “bens” deve contemplar o conceito de bem jurídico, aumenta-se, inevitavelmente, o espectro de proteção das Guardas Municipais, sem invadir o acervo de atribuições de outras instituições nem deixar deficitária a proteção incumbida ao Estado (*Untermaßverbot*) ou a integridade do sistema jurídico. Por oportuno, talvez se possa imprimir sobre essa expressão – “seus bens” – mutação constitucional, reconhecendo, como diria Antonio-Carlos Menault, configurada “mudança de contexto sem modificação de texto (...)”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 13.022/2014, ou Estatuto Geral das Guardas Municipais, parece ter reconhecido os atributos de proteção dessas instituições edilícias, pois frisou, normativamente, algumas características que lhes parecem essenciais: (i) o caráter civil da corporação; (ii) que atuará uniformizada e armada; (iii) como proteção municipal preventiva (art. 2º). Mais importante, até, foi a enunciação de princípios fundamentais – denominados “mínimos”, no sentido, evidentemente, de imprescindíveis – da atuação das guardas municipais: proteção dos direitos humanos fundamentais, do exercício da cidadania e das liberdades públicas; preservação da vida, redução do sofrimento e diminuição das perdas; patrulhamento preventivo; compromisso com a evolução social da comunidade; e uso progressivo da força.

<sup>14</sup> “*Son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a ‘circunstancias dadas y finalidades’ en vez de a ‘intereses’ de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea, que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas*”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, tomo 1, p. 56 (tradução livre).

Infere-se daí que o legislador ordinário reconheceu a amplitude da proteção dos bens do Município e logo direcionou as Guardas a observarem princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira.

Por mais que se reconheça a possibilidade de as Guardas Municipais portarem arma e exercerem atividades de prevenção, não se pode perder de vista que sua atuação deve estar adstrita ao interesse local, norte fundante da competência do Município. Advirta-se, porém, que não se está a defender atuação das Guardas diretamente no combate à criminalidade pelo simples fato de estarem os agentes armados. Sustenta-se, em verdade, que a ordem jurídica brasileira empresta validade à cooperação das Guardas com outras Polícias – por ser titular notória de poder de polícia administrativa o que significa dizer que “se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais”<sup>15</sup> –, sempre que mister o interesse local. Exemplo: Município do Rio de Janeiro, ao realizar grandes festivais na praia de Copacabana, poderá contar com o apoio integrado e coordenado das Guardas Municipais e da Polícia Militar.

Alerte-se, noutro extremo, que o porte de arma de fogo pelas Guardas Municipais, mesmo que autorizado, deverá, sempre, ser calibrado pelo teste normativo do interesse local e afinado com o dever de proporcionalidade. Significa dizer que a arma portada, *ad exempli*, por Guarda Municipal do Rio de Janeiro deveria ser diferenciada da que ostenta o agente do Município de Porciúncula. Como cediço, o Estatuto do Desarmamento já estipulou critérios de autorização do porte, aquilatada pelo número de habitantes da cidade. Aparentemente, essa chancela, normatizada tanto pelo Estatuto da Guarda Municipal quanto pelo Estatuto do Desarmamento, preencheu o requisito da necessidade, próprio do exame de proporcionalidade, como pensou Robert Alexy. Restaria averiguar, em cada situação (interesse local), a adequação e proporcionalidade do instrumento a cada Município – *v.g.*, eventual inadequação e desproporcionalidade (*strito sensu*) de os guardas do Município fluminense de Carmo portarem pistolas de *calibre .40*. O mesmo cotejo valeria para a cidade de Niterói, que aumentou o contingente de guardas municipais, mas, em princípio, não poderia destinar-lhes armamento de poder de fogo igual ou superior ao das Polícias Federal, Militar e Civil, dedução que se faz tanto da exigência de proporcionalidade quanto do princípio federativo – segundo o qual, por óbvio, nenhum outro ente poderá se sobrepor à União.

Neste vértice, parece despidendo lembrar que o porte de arma pelas Guardas Municipais, como instrumento (*implied powers*) do poder de polícia e do dever de proteção (*Schutzpflicht*) que possuem, não deve servir de argumento para causar novas confusões e usurpações de competência. A deflagração de operações policiais, *e.g.*, em pontos de tráfico de drogas, não deveria, em rigor, contar com a participação das Guardas Municipais. Por outro lado, a averiguação do cumprimento das posturas municipais, inclusive de obediência à lei do silêncio – cujo descumprimento poderá, em tese, configurar a contravenção penal tipificada no art. 42 da Lei – pode ser efetuada pela

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 842, grifos do autor.

Guarda Municipal, que, se constatar, seguindo o exemplo, o barulho retumbado pelo particular fora de horário, poderá comunicar à Polícia Militar ou à Civil o cometimento da infração, visto que as Guardas Municipais carecem da atribuição de polícia judiciária, não lhes competindo preordenar responsabilização dos violadores da ordem jurídica<sup>16</sup>.

## 5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Distrito Federal: Senado, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2012.

CARVALHO, Claudio Frederico de. *Guarda Municipal: o que você precisa saber sobre Guarda Municipal e nunca teve a quem perguntar*. 3ª ed. Curitiba, 2011. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=jYNMBQAAQBAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=7+de+abril+de+1831+guarda+real+de+pol%C3%ADcia&source=bl&ots=yYTKxc7v1r&sig=hDy9FUzdDTG8CYga3kLuxDgQd0A&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjLyeTZuOfNAHXCFZAKHY8HDhwQ6AEllzAB#v=onepage&q=7%20de%20abril%20de%201831%20guarda%20real%20de%20pol%C3%ADcia&f=false>>, p. 3. Acesso em: 09 jul. 2016.

FILHO, Aziz; PEREIRA, Daniel; MACEDO, Rosayne. Prefeito de Niterói vai armar Guarda Municipal. *O Dia*. Rio de Janeiro, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/odiaestado/2015-09-26/prefeito-de-niteroi-vai-armar-a-guarda-municipal.html#>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

GASPARINI, Diógenes. As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, vol. 29, nº 113, p. 241. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175918/000458838.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

IMPERIO DO BRAZIL. *Coleção das Leis do Império do Brasil de 1831*. Segunda parte. Actos do Poder Executivo. Rio de Janeiro. Typographia Nacional, 1878, p. 16. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao3.html>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

LIMA E SILVA, Francisco de; CARVALHO, José da Costa; MONIZ, João Braulio; FRANÇA, Manoel José de Souza. *Proclamação de 15 de julho de 1831 da Regencia Permanente á Tropa [sic]*. Senado Federal, Secretaria de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextolntegral.action?id=70543>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 842, grifos do autor.

NITERÓI TERÁ GUARDA ARMADA NO SEGUNDO SEMESTRE. *O Dia*. Rio de Janeiro, 25 jan. 2016. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2016-01-25/niteroi-tera-guarda-municipal-armada-no-segundo-semester.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 842, grifos do autor.



ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, tomo 1.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 781-2.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Dispositivos do Estatuto Geral das Guardas Municipais são questionados em ADI*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273610>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Supremo recebe ADC sobre porte de arma de fogo por guardas municipais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=300839>>. Acesso em: 09 jul. 2016.



# O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa<sup>1</sup>

Jorge Miranda\*

## I

1. É para mim uma imensa honra presidir à sessão do encerramento deste Congresso internacional em homenagem a Peter Häberle.

Mas, antes de lhe dar a palavra, permitam-se fazer um brevíssimo excursão sobre aquilo a que tenho chamado o jus-universalismo da Constituição portuguesa de 1976, vendo-o na perspetiva do Direito Constitucional Cooperativo – um dos temas nobres trazidos pelo nosso homenageado.

Estado constitucional cooperativo e, se quiser, também inter e transconstitucionalismo. Não constitucionalismo global (só que não posso agora justificar esta minha postura).

## 2. Citando palavras de Perter Häberle <sup>2</sup>

Estado Constitucional Cooperativo” é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.

O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta *interna* do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à *mudança* no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.

O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado ‘Constitucional’. Abertura para fora se chama cooperação.

Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se *em conjunto*. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional.

<sup>1</sup> Nota: Originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LIV, nºs 1 e 2. Coimbra Editora, 2013.

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

<sup>2</sup> *Der Kooperative Verfassungsstaat*, na tradução para português, publicada no Brasil, *Estado Constitucional Cooperativo*, por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk (Rio de Janeiro, 2007), págs. 4 e 10 e segs.

Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma idéia exata. O resultado é o “Direito comum de cooperação.

O Estado Constitucional Cooperativo não conhece alternativas de uma ‘primazia’ do Direito Constitucional ou do Direito Internacional; ele considera tão seriamente o observado efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num *todo*.”

### 3. Agora, Portugal.

Depois de muitos anos de incompreensão e de isolamento perante as grandes transformações do mundo e de hostilidade contra as Nações Unidas – os anos do regime autoritário findo em 1974, há quarenta anos – Portugal reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história.

Conforme consta do texto constitucional de 1976 (após sucessivas revisões):

Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7º, nº 1) <sup>3</sup>;

Portugal preconiza o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7º, nº 2);

Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência a ao desenvolvimento (art. 7º, nº 3);

Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa (art. 7º, nº 4);

Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (art.7º, nº 5);

Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e pelo

<sup>3</sup> Sobre o art. 7º da Constituição, *cf.* por todos J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. I, 4º ed., Coimbra: 2010, págs 239 e segs; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS. *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed. Coimbra, págs 148 e segs.

princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia (art. 7º, nº 6);

Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma (art. 7º, n 7) 4;

Incumbe ao Estado, em cooperação com todos os agentes culturais, desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa [art. 78, nº 2, alínea d)];

Uma das incumbências do Estado no âmbito económico-social é desenvolver as relações económicas com todos os povos [art. 81, alínea j)].

Por outro lado:

As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português (art.8º, nº 1);

As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (art. 8º, nº 2);

As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3);

As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 8º, nº 4);

Prevalece na doutrina e na jurisprudência a supremacia do Direito internacional sobre o Direito ordinário

<sup>4</sup> *Cfr. Curso de Direito Internacional Público*, 5ª ed. Parede, 2012, págs. 334 e segs., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 7ª ed. Coimbra, págs. 49-50.

interno<sup>5</sup> e a lei orgânica do Tribunal Constitucional explicita o poder os tribunais em geral, com recurso para o Tribunal Constitucional, de recusarem, a aplicação de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional [art. 70º, nº 1, alínea i)];

O princípio da legalidade criminal não impede a punição, nos limites da lei interna, de ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do Direito internacional comumente reconhecidos (ar. 29º, nº 2).

#### 4. Não menos claro vem a ser o sistema de direitos fundamentais:

Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam, salvo exceções contadas, dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português (art. 15º, nºs 1 e 2);

Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da república, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (art. 15º, nº 3);

A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais (art. 15º, nº 4);

A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu (art. 15º, nº 5);

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (art. 16º, nº 1);

Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº 2);

É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da

<sup>5</sup> Cfr. JORGE MIRANDA. *Curso...*, cit. págs. 170 e segs., e Autores citados.

libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33º, nº 8) e a lei define o estatuto de refugiado político (art. 33º, nº 9);

A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão (art. 33º, nº 2);

Sem prejuízo das normas de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia, só é admitida a extradição por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 33º, nºs 4 e 5);

Não é admitida a extradição, nem a entrega, a qualquer título, por motivos políticos ou por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33º, nº 6);

A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial (art. 33º, nº 7).

5. Uma Constituição jus-universalista, portanto ou, como diria Peter Häberle, um Estado Constitucional Cooperativo assim se apresenta o Portugal de hoje.

Uma consideração mais atenta requer, entretanto, a referência à Declaração Universal – até pela novidade (ou relativa novidade) que representou em 1976.

6. As circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as imediatamente posteriores levaram a que tanto nas primeiras declarações revolucionárias de 1974 como na Assembleia Constituinte se tomasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento fulcral da legitimidade encarnada no novo Direito constitucional português e daí o há pouco citado art. 16º, nº 2, da Constituição de 1976<sup>6</sup>.

Este art. 16º, nº 2, não envolve uma receção material. Não sujeita os artigos ou proposições da Declaração Universal aos quadros da Constituição; conjuga, sim, a Constituição com a Declaração Universal no domínio dos direitos fundamentais, fazendo-a participar e depender do seu espírito numa necessária harmonia valorativa. É uma norma de receção formal.

<sup>6</sup> V. *Diário*, nºs 13, 30, 31, 32 e 35, respectivamente, págs. 272, 786, 811, 849, 942 e 945. Cfr. Ainda a comemoração do 30º aniversário da Declaração Universal pela Assembleia da República em 13 de dezembro de 1978 (*Diário*, 1ª legislatura, 3ª sessão legislativa, nº 18, págs. 619 e segs.).

Traduzindo-se, como se traduz, a Declaração Universal em princípios gerais de Direito internacional<sup>7</sup>, eles aplicar-se-iam sempre, enquanto tais, na ordem interna por virtude da cláusula de receção do Direito internacional geral ou comum do art. 8º, nº 1, da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16º, nº 1<sup>8-9</sup>.

O art. 16º, nº 2, eleva-os, porém, diretamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desse jeito, integra a Constituição positiva portuguesa com “o ideal comum a atingir” ou a “conceção comum” de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal a Constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração<sup>10</sup>.

A função do art. 16º, nº 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.

Aos princípios em que se desdobra a Declaração Universal estendem-se todas as características e implicações próprias dos princípios consignados na Constituição (art. 204º, 227º, nº 1 e 290º, nº 2)<sup>11</sup>.

7. São muitas as Constituições influenciadas pela Declaração<sup>12</sup>, mas a primeira que a recebeu em bloco foi a portuguesa e, depois, através desta, também a receberiam

<sup>7</sup> Assim, *Curso...*, cit., págs. 297 e segs. e autores citados.

<sup>8</sup> V. *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*. Lisboa, 1977, pág. XII, e *Manual...*, IV, 5ª ed. Coimbra, 2012, págs. 183 e segs.

<sup>9</sup> Como repositório de princípios gerais de Direito internacional, a Declaração Universal não precisava ser publicada. Foi-o, no entanto (*Diário da República*, de 9 de março de 1978), para que houvesse um texto oficial português.

<sup>10</sup> Cfr. As várias perspectivas de AFONSO QUEIRÓ. *Lições de direito administrativo*. Coimbra, 1976, págs. 325-326; VIEIRA DE ANDRADE. Declaração Universal dos Direitos do Homem, in: *Polis*, II, 1984, págs. 11 e segs.; PAULO OTEIRO. Declaração Universal dos Direitos do Homem: a inconstitucionalidade de normas constitucionais, in: *O Direito*, 1990, págs. 603 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição portuguesa, in: *Ab vno ad omnes*, obra coletiva. Coimbra, 1998, págs. 925 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, II. Coimbra, 2006, págs. 328 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional*, I, 2ª ed. Coimbra, 2006, pág. 70; J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, I, 4ª ed. pág. 367.

<sup>11</sup> Considerando a Declaração Universal elemento relevante para a formulação de juízo de inconstitucionalidade, por exemplo, o acórdão nº 222/1990 do Tribunal Constitucional de 20 de junho, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 215, de 17 de setembro de 1990. Diferentemente, acórdão nº 99/1988, de 28 de abril, *ibidem*, 2ª série, nº 193, de 22 de agosto de 1988.

Cfr. Outrossim referências à Declaração Universal em, por exemplo, parecer nº 2/1981 da Comissão Constitucional, de 13 de fevereiro, in: *Pareceres*, XIV, pág. 265; acórdão nº 63/1985 do Tribunal Constitucional, de 16 de abril, in: *Diário da República*, 2ª série, nº 133, de 12 de junho de 1985; acórdão nº 287/1990, de 30 de outubro, *ibidem*, 2ª série, nº 42, de 20 de fevereiro de 1991; acórdão nº 507/1994, de 14 de julho, *ibidem*, 2ª série, nº 285, de 12 de dezembro de 1994.

<sup>12</sup> Cfr. (já há quase 40 anos) HENC VAN MARSEVEN e GER VAN DER TANG. *Written Constitutions – Computerized Comparative Study*. Nova Iorque e Alphen aan des Rijn, 1978, págs. 189 e segs.



a espanhola (art. 10º, nº2), a santomense de 1990 (art.17º, nº 1), a cabo-verdiana de 1992 (art. 16º, nº 3), as angolanas de 1992 (art. 21º, nº2) e de 2010 (art. 26º, nº 2), a argentina, após a reforma de 1994 (art. 75º, nº 22) ou a moçambicana de 2004 (art. 43º).

8. A própria evolução da interpretação dos princípios da declaração, por efeito da transformação das idéias e das preocupações da comunidade internacional<sup>13</sup>, não põe em causa esta finalidade de conformação e garantia, porque ocorre mais ou menos lentamente e sem deixar de atender ao sentimento jurídico da comunidade internacional.

## II

9. O art. 16º, nº 2, manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal<sup>14</sup>. Projeta-se, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime.

Esta interpretação da Constituição conforme a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que ela foi uma das suas fontes, como se reconhece confrontando o teor de uma e de outra. Mas para lá de correspondências mais ou menos claras, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração, que, com utilidade, esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localização ou de formulação, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto emanado do Direito interno.

É o que sucede (ainda depois de todas as revisões constitucionais):

- com o art. 1º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados;

- com o art. 2º, 1ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo (“nomeadamente”) e não a título taxativo;

- com o art. 2º, 2ª parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os arts. 13º, nº 2, e 15º, nº 1, da Constituição);

- com o art. 9º, ao declarar que ninguém pode ser arbitrariamente exilado (princípio subjacente ao art. 33º da Constituição);

- com o art. 16º, nº 1, ao declarar que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de ‘casar’ o que inculca a inadmissibilidade de casamento” (embora não de qualquer outra forma de união civil) entre pessoas do mesmo sexo<sup>15</sup>;

<sup>13</sup> JORGE CAMPINOS. *Direito Internacional dos Direitos do Homem*. Coimbra, 1984, pág. 12.

<sup>14</sup> O texto inicialmente aprovado pelo Plenário da Assembleia Constituinte apenas se referia aos direitos, liberdades e garantias (v. *Diário*, nº 35, reunião de 21 de agosto de 1975, págs. 941 e segs.). Foi a Comissão de Redação que o alargou a todos os direitos fundamentais.

<sup>15</sup> No acórdão nº 121/2010, de 8 de abril (*Diário da República*, 2ª série, de 28 de abril de 2010), o Tribunal Constitucional não considerou, apesar disso, inconstitucional o casamento homossexual, por entender que o art. 16º, nº 2, da Constituição não funcionava quando conduzisse a uma solução menos favorável do que a resultante de interpretação endógena da Constituição, e isso em nome da preferência de normas de proteção mais elevada. Mas, salvo o devido respeito, sem razão.

- com o art. 16º, nº 2, ao estipular que o casamento exige “o livre e pleno consentimento dos esposos” (o que só está implícito no art. 36º, nº 1);
- com o art. 18º, ao distinguir liberdade de pensamento e liberdade de consciência;
- com o art. 22º, 2ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos económicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país<sup>16</sup> (como está apenas pressuposto nos art. 7º, 9º e 81º)<sup>17</sup>;
- com o art. 26º, nº 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do género de educação a dar aos filhos (o que reforça a garantia contida nos art. 36º, nº 5, e 67º, nº 2, alínea c), e não é sem consequências sobre os arts. 43º, 74º e 75º)<sup>18 - 19</sup>.

Quanto aos preceitos legais sobre os quais incide a Declaração vêm a ser não apenas os de regulamentação, concretização e proteção de direitos consignados em normas constitucionais, mas também os que aditem novos direitos ou novas faculdades de direitos com base na cláusula aberta do art. 16º, nº 1.

10. Apesar de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não constar do art. 16º, nº 2º, é corrente ela ser invocada em recurso perante o Tribunal Constitucional. Mas este tem entendido, em orientação constante, tal não se justificar, por a Constituição portuguesa – abrangendo todos os direitos que ali se encontram enumerados – a consumir<sup>21</sup>.

Em contrapartida, mais uma vez tem o Tribunal Constitucional trabalhado com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para densificar normas constitucionais sobre direitos fundamentais<sup>22</sup>.

---

Em primeiro lugar, faltaria saber, *in casu*, qual o nível de proteção mais elevado e quem deve tê-lo. Tal nível não se alcança não diferenciando aquilo que é, em si mesmo, diferente e não dando mais proteção àqueles que, potencial ou efectivamente, assumem a responsabilidade de criar, educar e manter filhos. Em segundo lugar, repare-se na descoincidência das fórmulas do artigo 36º, nº 1, da Constituição e do artigo 16º, nº 2 da Declaração Universal. Ali proclama-se que *todos* têm o direito de constituir família e de contrair casamento. Aqui fala-se em *homem e mulher*. E o sentido sistemático integrador dos dois artigos só pode ser este: *a) que todos, homens e mulheres, têm o direito de casar, livremente e sem discriminação alguma* (como qualquer das enunciadas no artigo 13º, nº 2); *b) mas que só há casamento quando contraído entre homem e mulher*; *c) todos* não significa casamento de homens com homens ou de mulheres com mulheres, significa casamento de homem com mulher. Em terceiro lugar, na lógica do acórdão, o art. 29º da Declaração Universal, sobre deveres, e o art. 30º, sobre adstrições ao respeito da liberdade de outros ou não teriam sentido ou não estariam abrangidos pelas receções operada pelo art. 18º, nº 2, da Constituição.

<sup>16</sup> Ou do desenvolvimento económico (art. 45º da Constituição da Guiné-Bissau).

<sup>17</sup> O art. 22º atenua (ou atenuava, principalmente, antes de 1982) as implicações da Constituição económica no domínio destes direitos.

<sup>18</sup> Antes de 1982, deveriam ainda ter-se em conta os arts. 14º (direito de asilo), 15º, nº 2, 1ª parte (garantia da cidadania), 16º, nº 3 (família), e 27º, nº 1 (fruição cultural). E, antes de 1997, o art. 7º, 2ª parte (direito a proteção igual contra qualquer discriminação).

<sup>19</sup> *Cfr.*, ainda quanto ao art. 12º da Declaração, em face do art. 26º, nº 1, da Constituição, o acórdão nº 442/2007, de 14 de agosto, *in: Diário da República*, 1ª série, nº 175, de 11 de setembro de 2007.

<sup>20</sup> Na revisão constitucional de 1982 foi proposta, sem êxito, uma referência expressa à Convenção. *V. Diário da Assembleia da República*, II legislatura, 1ª sessão legislativa, 2ª série, 3º suplemento ao nº 108, págs. 3332 (103) e segs.

<sup>21</sup> *Cfr.*, entre outros, acórdão nº 547/1998, de 23 de setembro, *in: Diário da República*, 2ª série, de 15 de março de 1999; acórdão nº 75/1999, de 3 de fevereiro, *ibidem*, 2ª série, de 6 de abril de 1999; ou acórdão nº 412/2000, de 4 de outubro, *ibidem*, de 21 de novembro de 2000.

<sup>22</sup> *V.*, por exemplo, acórdão nº 121/1997, de 19 de fevereiro, *ibidem*, 2ª série, nº 100, de 30 de abril de 1997.

E, se se desse contradição entre o disposto na Constituição e os princípios constantes da Declaração Universal – como acontecia enquanto vigoraram o art. 309º (depois 298º, depois 294º, depois 291º) e a Lei nº 8/1975, de 25 de julho, de incriminação retroativa dos agentes e responsáveis da polícia política do regime da ditadura<sup>23</sup>. Iria a interpretação em conformidade com a Declaração Universal ao ponto de se entender que as suas normas prevaleciam sobre as normas constitucionais?

Haveria que distinguir consoante a norma constitucional fosse originária ou proveniente de revisão e consoante o princípio da Declaração Universal fosse de *jus cogens* ou não.

No primeiro caso, nunca haveria inconstitucionalidade. Não é inconstitucionalidade a contradição com o *jus cogens* - por definição supraconstitucional<sup>24</sup>. E se o princípio não fosse de *jus cogens*, o que aconteceria então seria a retração do alcance da Declaração – a norma constitucional (a considerar especial ou excecional e a ser interpretada restritivamente) subtrairia ao domínio da Declaração determinada matéria ou zona de matéria entre todas que nela recaem<sup>25</sup>.

Pelo contrário, na segunda hipótese, o fenómeno reconduzir-se-ia a inconstitucionalidade, porque o poder de revisão constitucional é um poder constituído, subordinado aos princípios fundamentais da Constituição. Ora, indubitavelmente, à luz do art. 16º, nº, a Declaração Universal incorpora alguns desses princípios, verdadeiros limites materiais de revisão, mesmo para além das alíneas d) e e) do art. 288º.

**11.** O que significa a integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração Universal? Significa que se pode e deve completar os direitos ou, porventura, as restrições aos direitos constantes da Constituição com quaisquer direitos ou faculdades ou com restrições aos direitos que se encontrem na Declaração? Ou significa que, admitida a possibilidade de lacunas na Constituição em sentido formal, haverá lugar à integração somente quando se reconheça, dentro do próprio sistema da Constituição, que há lacunas em sentido estrito, que nela não estão enunciados direitos que derivam desse mesmo sistema?

A favor da segunda alternativa poderia invocar-se o nexo existente em Direito entre integração e lacuna (ou situação não prevista em preceito determinado, mas que tem de ser juridicamente regulada no espírito do sistema); e poderia lembrar-se a rejeição pela Assembleia Constituinte de uma proposta para que no art. 16º, nº 1, se acolhessem também direitos “decorrentes da inviolabilidade da pessoa humana”<sup>26</sup>.

---

Para uma visão mais ampla, com elementos comparativos e prospetivos, v. M. DAVID SZYMEZK. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le juge constitutionnel national. Bruxelles, 2007, ou MARCELO NEVES. Transconstitucionalismo. São Paulo, 2009, págs. 116 e segs.*

<sup>23</sup> V. a demonstração da sua não vigência atual, in: *Manual ...*, II, cit., págs. 44 e 45.

<sup>24</sup> *Curso ...*, cit., págs. 152-153; *Manual ...*, II, págs. 145-146.

<sup>25</sup> Sobre normas constitucionais inconstitucionais, v. *Manual...*, VI. 4ª ed. Coimbra, 2013, págs. 14 e segs., e autores citados.

<sup>26</sup> Nesta linha, LEONOR BELEZA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA. *Direito de associação e associações*, in: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III. Lisboa, 1979, pág. 175. Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito de autor e direitos fundamentais*, in: *Perspectivas constitucionais*, obra coletiva, II, pág. 189.

Parece mais plausível, no entanto, o primeiro significado do termo integração, embora rigoroso: antes do mais, porque ele se coaduna melhor com a ideia de “âmbito” de direitos que inspira o art. 16º; em segundo lugar, porque, se o art. 16º, nº 2, coloca a interpretação da Constituição no quadro da Declaração, então o sistema de tutela de direitos fundamentais abarca-a necessariamente e as lacunas da Constituição têm de ser recortadas nesse âmbito; finalmente, porque a referência ou não a “inviolabilidade da pessoa humana” não só não tem que ver com este problema como a sua falta é compensada largamente pela receção dos princípios gerais da Declaração.

A questão é, aliás, quase académica em face do texto da Constituição, o qual vai muito além tanto da Declaração Universal quanto dos Pactos Internacionais de 1966. Com efeito, tirando princípios de civilização tão incontestáveis que seria escusado à Constituição proclamá-los (como os dos arts. 4º e 6º da Declaração) e um princípio específico de Direito internacional (como o do art. 15º, nº 1), poucas são as proposições que tenham um conteúdo mais preciso que o das normas constitucionais ou que nelas tenham correspondência. São apenas os arts. 15º, nº 2, 2ª parte (direito de mudar de cidadania), 17º, nº 2 (na medida em que a proibição de privações arbitrárias da propriedade deve abarcar quer a propriedade privada, quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir), 24º (direito de todas as pessoas, e não só dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres) e os arts. 29º e 30º (deveres e limites dos direitos).

O ponto só ganharia acuidade se, por hipótese revisão constitucional, se diminuísse o seu elenco de direitos, o que se não afigura conjeturável.

### III

12. Não tem a Constituição de 1976 nenhuma cláusula geral sobre o exercício dos direitos – quer de todos e quaisquer direitos, quer de alguma categoria de direitos em particular. Uma razão histórica bem conhecida determinou sobretudo que assim fosse: o receio – comprovado pela experiência do § 1º do art. 8º da Constituição de 1933 e revivido intensamente em 1975 – de que tal cláusula pudesse frustrar a atribuição dos direitos, liberdades e garantias, abrindo caminho a que os detentores do poder viessem, na prática, a derogar os preceitos constitucionais e a transformar o regime em autoritário ou totalitário<sup>27</sup>.

Mas encontra-se uma cláusula geral no art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde não só se afirma que o indivíduo tem deveres para com a comunidade, “fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”, como se prescreve que no gozo dos direitos e das liberdades “ninguém está sujeito às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (nº 2) e se acrescenta que, em caso algum, os direitos e liberdades poderão ser exercidos “contra os fins e os princípios das Nações Unidas” (nº 3)<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Assim, a intervenção do Deputado Oliveira e Silva, presidente da 2ª Comissão da Assembleia Constituinte, in: *Diário*, nº 30, de 13 de agosto de 1975, pág. 784.

<sup>28</sup> Sobre o art. 29º, nº 2, da Declaração Universal, v., por exemplo, RENÉ MARCIC. *Devoirs et limitation apportées aux droits*, in: *Revue de la Commission Internationale des Juristes*, IX, nº 1, 1968, págs. 73 e segs.;

Ora, na medida em que o art. 16º, nº 2, da Constituição portuguesa manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal, não pode deixar de entender-se que tal regra vale inteiramente, hoje, no nosso ordenamento jurídico e se aplica não apenas aos direitos fundamentais como – por maioria de razão – a todos os demais direitos.

13. Contra a referência ao art. 29º, nº 2, poderiam erguer-se duas dificuldades principais. Uma seria, desde logo, a não consagração de cláusula geral na Constituição. Resultaria outra da norma do art. 18º, nº 2, que veda restrições aos direitos fundamentais não constitucionalmente autorizadas<sup>29</sup>. Parece, no entanto, que estas dificuldades são suscetíveis de ser vencidas.

Em primeiro lugar, nada indica que o art. 16º, nº2, da Lei Básica se reporte somente a preceitos atributivos de direitos, pode reportar-se também a preceitos limitativos; e o recurso à Declaração para efeito de integração corresponde exatamente à hipótese de não regulamentação como aqui se verifica. Regras sobre o exercício dos direitos fundamentais são sempre necessárias e, se não constarem da Constituição formal nuclear, esta terá de ser integrada pelos processos que previr, um dos quais é o do art. 16º, nº 2. Outra coisa, naturalmente, é o sentido ou o relevo sistemático conferido a essas regras.

Em segundo lugar, se perante uma Constituição positiva decretada pelo Estado podem revelar-se fundados os receios de interpretação extensiva e distorcida pelos órgãos do poder, já perante uma cláusula inserida num documento como a Declaração Universal tais receios não devem prevalecer. O espírito do art. 29º, nº 2, não pode, na verdade, deixar de ser o mesmo que preside à consagração dos direitos fundamentais e é no contexto da Declaração das Nações Unidas que deverá ser entendido.

Em terceiro lugar, não se afigura que do art. 18º, nº 2, da Constituição se retirou deixe de se retirar argumento decisivo quanto à aplicação do art. 29º, nº 2, da Declaração. E isso porque são de espécies diferentes as restrições a que alude aquele preceito e os limites contemplados neste<sup>30</sup>. O art. 18º, nº 2, diz respeito a certos direitos e afeta o seu conteúdo; o art. 29º, nº 2, contempla condições gerais que incidem sobre todos os direitos e que têm que ver com o seu exercício. O art. 29º, nº 2, não é, pois, nova fonte de restrições de direitos, liberdades e garantias; situa-se, sim, ao nível da regulamentação (e daí a referência que nele se encontra a lei)<sup>31</sup>.

ALDO CORASANITI. Note in tema di diritti fondamentali, in: *Diritto e società*, 1990, págs. 203 e segs.; *The Universal Declaration on Human Rights – A Commentary*, obra coletiva. Oslo, 1992, págs. 449 e segs.

<sup>29</sup> Cfr. MARIA LENOR BELEZA e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit., loc. cit.*, pág. 175; JÓNATAS MACHADO. *O regime concordatário entre as “Libertas Ecclesiae” e a liberdade religiosa*. Coimbra, 1993, pág. 95, nota; EDUARDO CORREIA BAPTISTA. *Direito internacional público – conceito e fontes*, I. Lisboa, 1998, págs. 431-432, nota; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, págs. 368 e 369; JORGE REIS NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra. 2010, págs. 520 e segs.

<sup>30</sup> Sobre a diferença entre restrições e limites ao exercício de direitos, *Manual...*, IV, *cit.*, pág. 346.

<sup>31</sup> No sentido da admissibilidade ou da relevância do art. 29º, nº 2, BERNARDO XAVIER. *Direito da greve*. Lisboa, 1984, pág. 93; NUNO e SOUSA. *A liberdade de imprensa*. Coimbra, 1984, pág. 264; RUI MEDEIROS. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra, 1992, pág. 342; LUÍS PEREIRA COUTINHO. Sobre a justificação das restrições a direitos a direitos fundamentais, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, obra coletiva, I. Coimbra, 2010, págs. 564 e 565. E acordões nºs 166 e 173 da Comissão Constitucional, de 24 de julho e 18 de dezembro de 1979, in: apêndice ao *Diário da República*,

14. Porque mesmo *in claris fit interpretativo*, a fórmula “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” requer a seguinte explicação:

a) Na alusão a “justas exigências” deve achar-se, antes de mais, o apelo a um conceito de justiça ou a uma ponderação ética avaliadora dos preceitos de Direito positivo que, em nome da moral, da ordem pública e do bem-estar, envolvam limites dos direitos, mormente dos direitos, liberdades e garantias; deve achar-se aí, portanto, um limite absoluto aos limites.

b) Em tal alusão transparece, por outro lado, a ideia de *proporcionalidade* nas suas três vertentes<sup>32</sup> – só são admissíveis os limites que seja adequados, necessários e proporcionados em face dos princípios constantes da Declaração.

c) A “moral” tem de ser apercebida como moral social, como moral pública (para empregar a expressão do art. 206º da própria Constituição, a propósito dos limites à publicidade das audiências dos tribunais)<sup>33-34</sup>; não se identifica com certa moral religiosa, embora, precisamente por se tratar de uma moral social, não possa desprender-se (ou desprender-se por completo) das influências religiosas e culturais presentes na sociedade<sup>35</sup>. É nessa perspectiva que cabem limites ao exercício dos direitos por causa do respeito pela integridade moral das pessoas (cfr. Art. 25º, nº 1, da Constituição) ou da boa-fé nas relações jurídicas públicas e privadas<sup>36</sup>.

d) Não raro, na experiência histórica, a invocação da “ordem pública” tem sido feita como conceito ou preceito beligerante contra a liberdade. Mas a ordem pública – conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos – tem caráter instrumental, não se justifica de per si, só vale na medida em que propicia a realização da *ordem* contemplada no art. 28º, nº 2, da Declaração ou da *ordem constitucional democrática* mencionada no art. 19º, nº 2, da Constituição<sup>37-38-39</sup>.

---

de 3 de julho de 1980; ou acórdão nº 6/1984 do Tribunal Constitucional, de 18 de janeiro, in: *Diário da República*, 2ª série, de 2 de maio de 1984.

<sup>32</sup> Cfr. *Manual...*, IV, cit., págs. 302 e segs. e autores citados.

<sup>33</sup> Neste sentido, acerca do art. 1093º, nº 1, alínea c, do Código Civil, o acórdão nº 128/1992 do Tribunal Constitucional, de 1 de abril, in: *Diário da República*, 2ª série, de 24 de julho de 1992.

<sup>34</sup> Cfr. ROBERTO CORTESE. *Moralità pubblica e buon costume*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, 1977, pág. 59: a remissão não recetícia operada pelo Direito à Moral cria um nexo entre um dado estático e um elemento dinâmico, através da referência a um parâmetro (a moralidade pública), que está sujeito a uma mutação contínua.

<sup>35</sup> Cfr., sobre o problema à face do art. 4º da Constituição de 1993. JOSÉ H. SARAIVA. *Lições de introdução ao direito*. Lisboa, 1962-1963, págs. 410 e segs.; MÁRIO J. MARQUES MENDES. *A moral constitucional*, in: *O Direito*. 1970, págs. 247 e segs.; MIGUEL GALVÃO TELES. *Direito constitucional português vigente*. Lisboa, 1971, págs. 8-9; JORGE MIRANDA. *Ciência política e Direito constitucional*, II. Lisboa, 1972-1973, págs. 116 e segs. E à face da Constituição atual, JOSÉ LAMEGO. *“Sociedade aberta” e liberdade de consciência*, Lisboa, 1985, pág. 61 e JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...*, cit., págs. 483 e 484.

<sup>36</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no Direito Civil*, II. Lisboa, 1984, págs. 1160 e segs.

<sup>37</sup> Ou, como escrevem noutro lugar (Ordem pública, in: *Verbo*, XIV, pág. 735), só vale enquanto permite a realização do bem comum aferido pelo equilíbrio entre liberdade e autoridade que é fonte de paz.

Cfr. LIVIO PALADIN. *Ordine pubblico*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 1957, págs. 130 e segs.; YVES MADIOT. *Droit de l’homme et libertés publiques*. Paris, 1976, págs. 128 e segs.; GUIDO CORSO. *Ordine publico*, in: *Enciclopedia del Diritto*, XXX, 1980, págs. 1057 e segs.; GREGORIO PECES-BARBA. *Etica, poder y Derecho – Reflexiones ante el fin del siglo*. Madrid, 1955, págs. 115 e segs.; BLOUBET-frier ET ALII. *La dénaturation des libertés publiques*, in: *Revue du droit public*. 1993, págs. 242 e segs.; MARIE CAROLINE VINCENT-LEGOUX. *L’rdre public*. Étude de droit compare interne. Paris, 2001; JORGE REIS NOVAIS. *As restrições...*, cit., págs. 475 e segs.

<sup>38</sup> Cfr. Os tipos de crimes contra a ordem e a tranquilidade pública dos arts. 295º e segs. do Código Penal.

<sup>39</sup> A segurança interna, que com a defesa da legalidade democrática e dos direitos dos cidadãos, é uma das finalidades da polícia (art. 272º, nº 1, da Constituição), reconduz-se, parcialmente, à ordem pública.

e) Mais difícil de definir juridicamente se antolha o “bem-estar” [a que também apelam os arts. 9º, alínea d), e 81º, alínea a), da Constituição]. Parece indissociável da qualidade de vida, como estádio a que as pessoas têm direito e que poderá justificar, designadamente, limites à liberdade de manifestação a às liberdades económicas para garantia da preservação do ambiente, da higiene, da segurança e do repouso das pessoas [cfr. Art. 59º, nº 1, alíneas c) e d), da Constituição, de novo]. Não poderá servir, porém, para, em nome da efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais, se sacrificarem *hoje* quaisquer liberdades públicas.

f) Na referência a “sociedade democrática” – o outro elemento valorativo dos limites – chama-se à colação diretamente a unidade sistemática da Declaração. Não são quaisquer exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar que contam, apenas contam aquelas que sejam peculiares a uma sociedade democrática, a uma sociedade fundada nos princípios da Declaração.

Os limites aparecem, assim, funcionalizados em relação à sociedade democrática – os limites aos direitos, não os próprios direitos. E isto implica a impossibilidade de privação, restrição ou suspensão de direitos por exercício contrário à sociedade democrática ou às finalidades da Constituição, até porque, por outro lado, nenhuma disposição de Declaração (portanto, também o art. 29º) pode ser interpretada “de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e as liberdades enunciados” (art. 30º).

Dito por outras palavras: “as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” não são apenas limites ao exercício dos direitos. São também limites aos limites.

15. Nos grandes instrumentos internacionais sobre direitos, liberdades e garantias vinculativos do Estado português desde 1978, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, preveem-se limites ao exercício de direitos, embora não cláusulas gerais. Apontam-se os arts. 12º, nº 3, 14º, nº 1, 18º, nº3, 19º, nº 3, alínea b), 21º e 22º, nº 2, do Pacto, os arts. 6º, nº 1, 8º, nº2, 9º, nº 2, 10º, nº 2, e 11º, nº 2, da Convenção e o art. 2º do seu 4º Protocolo Adicional<sup>40</sup>.

Esses preceitos referem-se também, contudo, a “saúde pública” e a “saúde pública” e a “segurança nacional” e, o art. 10º, nº2, da Convenção, a “integridade territorial”; e terão de se conciliar com a Declaração Universal, porquanto não a podem contrariar, sob pena de inconstitucionalidade, em virtude do art. 16º, nº 2, da Constituição.

16. O conceito de abuso do direito do art. 334º do Código Civil, conexo com “limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo económico e social dos direitos”, deve, outrossim, ser reinterpreto à luz do art. 29º, nº 2, da Declaração Universal<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sobre a ordem pública na Convenção Europeia, cfr. S. MARCUS HELMONS. Les exigences du maintien de l'ordre et leurs limites, in: *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, págs. 495 e segs.; e sobre sociedade democrática, FRANÇOISE ELENS. La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'homme, in: *Documentação e Direito comparado*. 1998, nº 9, págs. 165 e segs.

<sup>41</sup> Sobre abuso de direito, v., por todos, CASTANHEIRA NEVES. *Questão de facto* – questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade. Coimbra, 1967, págs. 513 e segs.; ou ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte Geral, tomo IV. Coimbra, 2005, págs. 239 e segs.





# Mediação e Conciliação no Âmbito da Jurisdição Administrativa no Brasil<sup>1</sup>

## *Mediation and Conciliation in the Context of Administrative Jurisdiction in Brazil*

Marcela do Amaral Barreto de Jesus\*

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo identificar e analisar a aplicação dos equivalentes jurisdicionais, conciliação e mediação, no âmbito da Justiça Administrativa. Para tanto, utilizar-se-á da metodologia de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa. A existência de conflitos é inerente à vida em sociedade que, para sua solução, vale-se da autotutela, da autocomposição e da heterocomposição. O Estado, no intento de manter a estabilidade das relações sociais e jurídicas, assumiu a função de decidir as relações conflituosas, através de sua função judicante. Entretanto, com o passar do tempo, a quantidade e complexidade dos casos que se apresentaram, passaram a demandar outros meios de solução. Busca-se, então, a mediação e conciliação como principais formas de equivalentes jurisdicionais, adotados no Código Modelo de Jurisdição Administrativa, no novo Código de Processo Civil e regulado pela Lei Federal nº 13.140/2015.

### Abstract

*This study aims to identify and analyze the application of the jurisdictional equivalent, conciliation and mediation, under the Administrative Justice. Therefore, it will use the literature review methodology with a qualitative approach. The existence of conflict is inherent to life in society, for its solution, the State, in an attempt to maintain the stability of the social and legal relations, assumed the role of deciding the conflictive relations through its adjudicative function. However, over time, the amount and complexity of the cases presented, the spent solution require other means. Search is then mediation and conciliation as the main forms of jurisdictional equivalent, adopted the Administrative Jurisdiction Model Code, the new Code of Civil Procedure and regulated by Federal Law N° 13,140 / 2015, in Brazil.*

<sup>1</sup> O presente artigo é adaptação do trabalho final da disciplina Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa, coordenada pelo Professor Ricardo Perlingeiro em setembro de 2015.

\* Mestranda em Direito - Justiça Administrativa, Núcleo de Ciências do Poder Judiciário-NUPEJ, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFF). Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFF). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

**Palavras-Chave:** Medição. Conciliação. Justiça Administrativa.

**Keywords:** *Mediation. Conciliation. Administrative Justice.*

## 1. Introdução

Ao longo de sua existência, o ser humano apresenta interesses infinitos, que serão satisfeitos por meio de bens de caráter limitado. Não raro, esses “objetos do desejo” podem ser almejados por outra pessoa, o que acarreta a ocorrência de conflitos, os quais devem ser compostos para que sejam mantidas a paz e harmonia coletivas.

O abalo e instabilidade gerados pelo conflito comprometem a existência da própria sociedade que, para permanecer em funcionamento, criou mecanismos de disciplina dessas situações, as chamadas normas de convivência.

Neste ponto, surge interesse em avaliar as formas de solução dessas contendas, sobretudo quando envolvem a Administração Pública, que, de forma notória, apresenta-se como grande litigante dos processos em curso no Brasil.

Para tanto, a presente pesquisa utilizou-se da metodologia da revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, com foco para a operatividade dos instrumentos de solução alternativa de conflitos, sobretudo a conciliação e mediação, disciplinadas no Código Modelo de Jurisdição Administrativa, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei Federal 13.140 de 2015.

## 2. Das Formas de Solução de Conflitos Sociais

O desequilíbrio que surge do rompimento das normas de convivência, em um primeiro momento, é extirpado através da autotutela e da autocomposição, após, passa a demandar a intervenção de uma terceira pessoa, o que se denomina heterocomposição.

Através da autotutela, a parte mais forte impõe sua vontade à outra (poder de coação), seja através do uso de força física, moral, religiosa, afetiva ou econômica, o que implica no sacrifício integral do interesse de um dos envolvidos. Proceder, por óbvio, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Já a autocomposição ocorre através do diálogo. As partes, sem o auxílio de terceiro, conversam a respeito da posição de cada uma no conflito e, em conjunto, encontram um destino para o bem ou interesse. Neste caso, haverá sacrifício parcial ou integral mediante a vontade dos envolvidos, logo, inexistente uma decisão impositiva.

A autocomposição pode ocorrer através da transação, renúncia ou submissão. No primeiro caso há concessões recíprocas, no segundo, o sujeito detentor do direito desiste da pretensão e, por fim, na terceira hipótese, a parte deixa de oferecer resistência e submete-se à vontade do outro.

Assim, para se alcançar o sucesso da organização em sociedade, nos parâmetros atuais, imperioso se fez extinguir a autotutela como forma principal de resolução

de conflitos. Para tanto, um terceiro assume, de forma exclusiva, a função de “dizer o direito”. Na sociedade estruturada, este papel é exercido pelo Estado<sup>2</sup>, que, no exercício da função jurisdicional, tem por missão manter a paz social e a estabilidade das relações interpessoais.

Contudo, percebeu-se que, na realidade, o poder impositivo estatal nem sempre resolve de fato a situação de instabilidade, apenas a torna um indiferente jurídico. A solução recebida, com frequência, não atende de forma plena aos interesses amplos e diversos de quaisquer das partes.

Alem disso, o aumento da complexidade das relações e, por conseguinte, a multiplicação do número de demandas acaba por dificultar o exercício da função jurisdicional do Estado de forma efetiva, ou seja, torna mais raro o alcance do direito material por seu detentor. Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela jurisdicional tem que ser efetiva. Trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional, já que é fácil perceber que a força do Direito fica obviamente combatida quando este carece de atuabilidade. [...] um ordenamento jurídico só é seguro quando se há confiança na realização do direito que se conhece.<sup>3</sup>

Dentro deste contexto, os meios alternativos<sup>4</sup> de solução de conflitos ou equivalentes jurisdicionais têm recebido especial relevo e passam a figurar como real possibilidade de concretização do princípio da razoável duração do processo, seja ao se visualizar a hipótese de forma individualizada (a lide *per si*) ou coletiva, uma vez que, na medida em que casos mais simples são resolvidos, espera-se que haja mais qualidade no conhecimento das causas de maior complexidade.

Este raciocínio encontra-se materializado no artigo 3º da Lei: 13.105 de 2015<sup>5</sup>, em que o Legislador determinou a promoção da solução consensual dos conflitos e estabeleceu o dever dos operadores do Direito de estimular métodos de solução

<sup>2</sup> Embora ainda se admita alguns casos autotutela em situações estritamente delimitadas tais como na legítima defesa, na esfera criminal (artigo 25 do Código Penal: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem) e na seara cível, em que recebe o nome de desforço possessório (artigo 1210, parágrafo primeiro do Código Civil: O possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse) além é claro da realização de greves.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.

<sup>4</sup> A expressão “meios alternativos” é passível de críticas, pois se presta a identificar tudo que não é hegemônico. Assim, mais adequado tratar, conciliação, mediação etc., como formas de equivalentes jurisdicionais.

<sup>5</sup> Art. 3º: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º: É permitida a arbitragem, na forma da lei; § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

alternativos de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, além de, é claro, ratificar a importância do exercício da arbitragem<sup>6</sup>.

E, em 26.06.2015, o Estado demonstrou mais uma vez que a exclusividade da solução de demandas por um juiz de direito deve ser superada. Aprovou-se a Lei Federal nº 13.140 que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Logo, nesta linha de raciocínio, considerando a premissa que demandas que envolvam a Administração Pública constituem a maior parte das causas submetidas à apreciação do Poder Judiciário<sup>7</sup> surge especial interesse em analisar o modo com que estes institutos têm sido concretizados no sistema jurídico pátrio.

### 3. Mediação e Conciliação como Forma de Solução de Conflitos

Classificadas como equivalentes jurisdicionais ou meios alternativos de solução de conflitos, mediação e conciliação são formas de autocomposição em que as partes são levadas a harmonizar seus interesses com a intervenção de um terceiro.

Na mediação, o terceiro imparcial conduz as partes ao encontro de uma solução através do diálogo, ele fomenta os envolvidos a refletirem sobre a questão e assim encontrarem um caminho que os atenda de modo satisfatório, não há adversários, apenas interesses a serem alocados. Conforme definição que segue (SALES, 2003):

Mediação representa um meio consensual de solução de conflitos no qual as partes envolvidas, com o auxílio do mediador – terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes para facilitar do diálogo

<sup>6</sup> A arbitragem encontra disciplina na Lei 9.397 de 1996, que teve sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF – no julgamento do AgRg na SE 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J.12.12.2001. DJ 30.04.2004, p. 29: “A lei de arbitragem (L.9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do Juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e de garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator –, que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

<sup>7</sup> O excesso de demandas judiciais no país está inegavelmente associado às causas de interesse público: do total de 92 milhões de processos em tramitação em 2012, ao menos 40% são referentes a execuções fiscais. Desse panorama, destaco o não menos expressivo quadro das demandas judiciais sobre assistência à saúde pública: perante a Justiça Federal e a Justiça Estadual, entre 2010 e 2014, o número de ações judiciais em curso quadruplicou, de 100.000 para 400.000 demandas aproximadamente. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Rio de Janeiro, até junho de 2014, a Justiça Estadual constava como encarregada de processar aproximadamente 46.000 ações sobre assistência terapêutica (PERLINGEIRO, Ricardo. 2014).

– decidem a controvérsia. A mediação explora o sentido positivo do conflito, buscando a compreensão exata do problema, evitando sua superdimensão.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma forma de viabilizar a comunicação entre os envolvidos, que através da intervenção do terceiro têm a oportunidade de expor seu ponto de vista sem sobressaltos e ouvir e entender o pensamento do outro. E, deste modo, conseguem alcançar uma boa forma de administração da controvérsia.

Dentro deste contexto, a habilidade e perspicácia do mediador ao conduzir a conversa é elemento fundamental para o sucesso da empreitada, vejamos (SALES, 2003):

O mediador, por sua vez, é o terceiro imparcial que conduzirá o processo de mediação, facilitando o diálogo pacífico entre as partes, permitindo a busca consciente e honesta da solução do problema. O mediador não decide, nem interfere diretamente no mérito da controvérsia, limita-se a questionar as partes de maneira hábil e inteligente, conseguindo a comunicação efetiva entre elas. Essa condução permite que as pessoas participem abertamente da discussão de forma a reconhecer os erros e acertos, por elas mesmas – solução de dentro para fora (a vontade interna expressa em palavras).

Na mediação não se busca aferir responsabilidades, definir quem está certo ou errado, proceder que apenas iria agravar as tensões, o que importa é restabelecer o diálogo e assim firmar um pacto, um acordo, possível através da ressignificação de fatos e condutas, que permita a pacificação da convivência entre as partes e, deste modo, prevenir novos conflitos.

Imperioso, portanto, que o mediador seja qualificado para bem desempenhar seu papel, uma vez que não lhe cabe exercer juízo de valor sobre as questões debatidas ou assumir papel de árbitro ou juiz. Dotado de humildade, seu atuar deve permitir que os envolvidos estejam à vontade para se despirem do conteúdo emocional da contenda e, desta forma, encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses defendidos.

Com efeito, o mediador deve ter a capacidade de observar e compreender, ser paciente, tranquilo, ter equilíbrio emocional a fim de despertar o respeito e confiança das partes, além é claro de contar com certa dose de sensibilidade e objetividade.

Por outro lado, a conciliação consiste na participação de um terceiro imparcial, que atua de modo ativo para a delimitação da autocomposição, pode, inclusive, sugerir soluções concretas para o caso, não sendo pertinente, é claro, que se imiscua em toda extensão da celeuma, mas sim que encontre uma solução para aquele conflito.

Na conciliação, não existem vencedores nem perdedores, a solução é elaborada para os próprios problemas, tornando os envolvidos responsáveis pelos compromissos

que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito.

Importante lembrar que uma sentença nem sempre tem a capacidade de convencer os interessados sobre o acerto da posição adotada, fato que, com frequência, apenas fomenta o ressentimento e a desarmonia, os quais poderão desaguar em outras demandas, novamente submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Neste sentido, qualquer que seja o nome recebido pela solução da demanda concretizada através do diálogo entre as partes, certo é que a probabilidade de se alcançar a aderência dos sujeitos ao estabelecido é muito maior do que nos casos resolvidos por um Juiz, sobretudo porque não raro, o demandante se satisfaz apenas com um pedido de retratação ou com o reconhecimento do atuar equivocado pela outra parte.

Não se pode perder de vista, que os conflitos que chegam ao ponto de exigirem a intervenção do Poder Judiciário, não são formados apenas de questões jurídicas, mas antes disso, revelam ceulemas emocionais, psicológicas, morais, que apenas o diálogo pode extirpar.

### 3.1. Mediação e Conciliação no Direito Positivo

O Conselho Nacional de Justiça foi responsável por fomentar em todo o país o emprego da mediação e conciliação como meio paralelo de findar litígios, sobretudo, quando formalizou este proceder por meio da Resolução nº 125 de 2012.

Nesta mesma toada, o novo Código de Processo Civil passou a regulamentar a aplicação destes institutos, como se depreende dos artigos 165 a 175, da Lei nº 13.105 de março de 2015.

O legislador estabelece, como ponto de partida, a obrigação dos tribunais em se estruturar para criar centros de judiciários de solução consensual de conflitos, que deverão realizar sessões e audiência de conciliação e mediação, bem como desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

E segue definindo o conceito<sup>8</sup> dos institutos e assim afirma que a conciliação deve ser utilizada nas hipóteses de ausência de vínculo prévio ao conflito entre as partes e que o conciliador deve sugerir soluções para a controvérsia, mas sem gerar constrangimentos ou intimidação aos envolvidos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ao positivizar conceitos, o legislador atenua a ocorrência de divergências doutrinárias sobre o tema. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: A utilidade destas “sínteses”, denominadas conceitos jurídicos, reside em que estruturam um ponto de referibilidade de normas, de efeitos de direito. Se a lei demarca. Se a lei não demarca previamente o plexo de normas assim isoladas debaixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem: mas é evidente que, em tal caso, ao seccionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo direito positivo, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variável de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções. [...] (MELLO, 2015).

<sup>9</sup> Esta ressalva, por certo, derivou da constatação que ao exercer o trabalho de conciliação, muitos profissionais de direito, no intento de dar cabo aquele feito, induziam as partes a anuírem em um acordo, contra sua real vontade, ao argumento, que melhor destino não receberia o direito em debate se submetido à apreciação do Magistrado.

Já a mediação tem lugar na presença de vínculo anterior entre os demandantes, tendo o mediador apenas função de conduzir o diálogo, sem definir uma solução, que deve ser estabelecida de forma cooperativa entre os envolvidos.

A norma dispõe que estes instrumentos devem ser regidos pelos seguintes princípios: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

O sigilo é elemento essencial para que as partes possam encontrar ambiente seguro e confiável para a autocomposição, logo, o conteúdo das informações produzidas não poderá ser utilizado para fim diverso do previsto e deliberado expressamente pelos envolvidos.

Por independência e imparcialidade tem-se a ideia que o profissional deve manter-se neutro, “sujeitando-se às mesmas causas de impedimentos e suspeição impostos ao juiz” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. 2015).

A predisposição da parte em submeter-se ao procedimento é de suma importância. É o que revela o princípio da autonomia da vontade, o meio consensual é uma opção, não pode, de maneira alguma, ser imposto aos envolvidos.

Informalidade e oralidade também devem ser privilegiadas, de modo que os demandantes possam se sentir confortáveis durante a conversa e assim expor seus argumentos e posições, bem como compreender os motivos que fundam a resistência do outro.

Até as regras procedimentais da mediação e conciliação podem ser pactuadas com liberdade<sup>10</sup>, constituindo mais um ponto de expressão da autonomia da vontade, no intento de se alcançar o melhor resultado para os interesses em debate.

Por fim, não se pode olvidar que os envolvidos devem receber informações suficientes, o que se chama consentimento informado ou decisão informada, devem estar cientes dos seus direitos, deveres e alternativas, de maneira que possam optar com clareza pela eleição dessa técnica.

#### **4. Solução de Conflitos com a Administração Pública – Justiça Administrativa**

Superada a necessidade de conceituações gerais, importa analisar, de maneira pormenorizada, o emprego dos equivalentes jurisdicionais nas causas que tenham como parte a Administração Pública.

Com efeito, a Jurisdição administrativa é a função estatal de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública e particular, seja pela própria autoridade administrativa, no sistema dualista ou pela autoridade judiciária, quando há monopólio da função jurisdicional, como ocorre no Brasil.

E, conforme já destacado, a Administração Pública figura como litigante em grande parte das demandas em curso no país, como autor nas execuções fiscais, em

<sup>10</sup> A liberdade garantida pelo princípio da autonomia da vontade apenas encontra limite nos direitos fundamentais e na ordem pública (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. 2015. P. 167).

sua maioria, e como réu, em milhares de ações repetitivas, fundadas, com frequência, na ausência de políticas públicas eficientes.

Tal preponderância da administração pública na utilização dos serviços do Poder Judiciário despertou o interesse na análise dos sistemas vigentes de resolução de conflitos neste seara.

Na verdade, o chamado excesso de judicialização deriva da crise de credibilidade e eficiência pela qual passa o Poder Executivo. E, por óbvio, não pode ser combatido, restringindo-se o acesso do cidadão ao Judiciário. Inegável que a celeuma deve ser enfrentada em sua origem, reestruturando-se o atual modelo de gestão pública.

Para tanto, defende-se o aprimoramento técnico dos órgãos julgadores da Administração, além é claro da incidência de garantias do “direito a um processo justo”, conduzido por autoridades imparciais e independentes, também na esfera administrativa<sup>11</sup>.

A partir da adoção dessas medidas, espera-se que a sociedade passe a confiar e aceitar as posturas assumidas pelo Poder Executivo que raramente serão modificadas pelo Judiciário, fato que, sem dúvidas, desestimulará o administrado insatisfeito a buscar uma nova decisão.

Enquanto essa alteração de paradigma não é alcançada pela Administração Pública, mantém-se a meta de se encontrar outras formas para a solução de suas demandas, como ocorre com a utilização da conciliação e mediação no âmbito da Justiça Administrativa.

#### 4.1. Conciliação e Mediação na Esfera da Jurisdição Administrativa

Conciliação e mediação em conflitos que tenham como parte a administração pública são instrumentos diretamente relacionados à disponibilidade do direito envolvido, isto porque ao Administrador atua em prol do interesse da coletividade, estando atrelado ao princípio da legalidade restrita<sup>12</sup>.

Neste sentido, há que se observar que o espaço de renunciabilidade está adstrito aos parâmetros definidos em lei, por exemplo, reconhecer o direito a determinada prestação pecuniária do administrado e apenas estabelecer de maneira mais elástica a forma em que ocorrerá o pagamento.

<sup>11</sup> (PERLINGEIRO, 2015).

<sup>12</sup> Sobre o princípio da legalidade leciona Celso Antônio Bandeira de Melo: pode até parecer, até mesmo, estranho que a lei maior haja se ocupado com tão insistente reiteração, em sublinhar a inteireza do princípio da legalidade. Fê-lo, entretanto, a sabendas, por advertida contra tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas *ad nauseam* encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo (MELO, 2015, p. 358).



Dentro desta linha de raciocínio, o Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa<sup>13</sup> do artigo 35 ao artigo 39<sup>14</sup> elenca a possibilidade de utilização de conciliação e mediação também pelos Tribunais Administrativos.

Para tanto, exige a formulação de um juízo prévio de admissibilidade da demanda pelo Presidente da Corte ou pelo Juiz por ele designado, observando-se, por óbvio, o caráter contraditório do processo, permitindo-se, inclusive, a realização de diligências que viabilizem a conclusão de um acordo entre as partes.

O acordo celebrado deverá ser homologado pela autoridade julgadora, a quem caberá analisar se o mesmo está em harmonia com o ordenamento jurídico, não é manifestamente lesivo ao interesse público ou de terceiro. Tendo esta decisão força de sentença, que poderá ser desafiada por recurso de terceiro interessado no prazo de dois meses (artigo 37).

O Código Modelo também prevê a possibilidade de homologação de acordo formulado sem que exista demanda em curso (extrajudicial), com o fito de por fim na controvérsia nascida ou por nascer, celebrado antes ou durante a instância judicial, porém sem a intervenção do Tribunal.

Ainda será possível formalizar procedimento de mediação entre os demandantes, sendo que neste caso, o Mediador não poderá ser o julgador da causa, devendo ser tecnicamente qualificado para a função. Podendo ou não pertencer ao Poder Judiciário.

Surge, então, hipótese em que se permite suspender o curso do processo por vontade das partes, sendo facultado a qualquer uma delas requerer, a qualquer tempo, a continuidade do feito. E, por fim, procederá o tribunal à homologação do acordo obtido, observando os mesmos requisitos apontados para os casos de conciliação.

<sup>13</sup> Proposta de regramento legislativo da jurisdição administrativa (file:///F:/c%3%B3digo%20modelo%20euro%20americano.pdf).

<sup>14</sup> Art. 35 (Princípio) O tribunal, de ofício ou por solicitação da parte, poderá submeter à consideração das partes a possibilidade de alcançar um acordo objeto da conciliação. Art. 36 (Procedimento) Uma vez formulada a demanda e sempre que não seja manifestamente inadmissível, o presidente do tribunal, ou o juiz por ele designado, pode, respeitando o caráter contraditório do processo, realizar qualquer diligência que permita a conclusão de um acordo entre as partes. Art. 37 (Homologação do acordo e vias de recurso) (1) Sempre que o acordado não for contrário ao ordenamento jurídico nem manifestamente lesivo do interesse público ou de terceiros, o tribunal homologará o acordo e proferirá decisão, declarando concluído o processo sobre os pontos do acordo. (2) A decisão de homologação citada no parágrafo precedente tem a mesma autoridade que as sentenças do tribunal. Os terceiros lesionados pelo acordo que não forem partes no procedimento podem recorrer da decisão de homologação dentro de um prazo de dois meses, ante o mesmo tribunal. (3) As medidas de execução previstas pelos arts. 57 a 59 do presente código lhe são aplicáveis. Art. 38 (Homologação de acordo extrajudicial) (1) O tribunal pode também, sob as mesmas condições do parágrafo primeiro do art. 37, homologar o acordo com o qual as partes ponham fim a uma controvérsia nascida ou por nascer, celebrado antes ou durante a instância judicial, porém sem a intervenção do Tribunal, cada vez que sua decisão encontre dificuldades particulares. (2) Os terceiros lesionados pelo acordo podem recorrer da decisão de homologação nas condições do parágrafo segundo do art. 37. (3) O parágrafo terceiro do art. 37 é aplicável à homologação do acordo não judicial. Art. 39 (Mediação) (1) As partes terão a possibilidade de recorrer a um procedimento de mediação para resolver a controvérsia. O mediador não deverá ser o juiz da causa e deverá estar qualificado para esta função. Poderá não pertencer ao Poder Judiciário. A mediação somente suspenderá o processo se as partes o solicitarem, facultada a qualquer delas a possibilidade de requerer, a qualquer tempo, a retomada da sua continuidade. (2) O tribunal homologará o acordo alcançado por meio da mediação, nos termos assinalados no art. 37.

#### 4.2. Conciliação e Mediação no Âmbito da Administração Pública no Brasil

No desiderato de conter o excesso de judicialização de demandas que envolvam a Administração pública e, por conseguinte, conferir maior agilidade ao Poder Judiciário, em junho de 2015 foi publicada a Lei 13.140, que ficou conhecida como “Lei da Mediação”.

O aventado ato normativo regulamentou a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, facultando aos Entes Federativos a possibilidade de criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos<sup>15</sup>, no âmbito dos órgãos da advocacia pública, cabendo-lhe: dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Encontrando-se em vigor há alguns meses, ainda não se tem precisa noção do efeito concreto causado no funcionamento do Poder Judiciário. Até mesmo porque a criação dessas câmaras foi tratada como uma faculdade do Ente da Federação, que tem completa liberdade para elaborar seu regulamento.

De certo que o êxito da iniciativa está diretamente ligado ao grau de independência que os servidores designados terão para desempenhar suas funções. Não sendo auspicioso que o trabalho seja exercido por pessoas com vínculo precário com a Administração.

O acordo produzido na câmara será reduzido a termo e terá força de título executivo extrajudicial, cuja execução encontra-se disciplinada no artigo 910, do Código de Processo de 2015, que determinada a citação da Fazenda para opor embargos em 30 dias, sendo, ao final, após o trânsito em julgado, o crédito satisfeito através da expedição de precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, nos termos do artigo 100<sup>16</sup>, da Constituição da República.

Na esteira do princípio da legalidade estrita, a norma é clara ao inviabilizar a concessão de direitos que demandem a autorização do Poder Legislativo. Sendo-lhes permitido atuar em casos que versem sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Outra inovação relevante é a figura da mediação coletiva de conflitos no contexto da prestação de serviços públicos, procedimento que poderá ser instalado de ofício ou por provocação, e tem por escopo ampliar a proteção do consumidor, usuário dos aludidos serviços.

<sup>15</sup> No tocante à União, a lei não traz qualquer novidade, isto porque, desde 2007 estão em funcionamento as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da União Federal, instituídas pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, sendo unidade da Consultoria-Geral da União-CGU, que é órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União-AGU.

<sup>16</sup> Art. 100 – À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela FAZENDA FEDERAL, ESTADUAL OU MUNICIPAL, em virtude de Sentença Judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Destaque-se que, admitido o processo de mediação pelo órgão ou entidade, suspenso estará o prazo prescricional desde a data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito, salvo nos casos de versar a questão sob matéria tributária, quando serão observadas as regras do Código Tributário Nacional.

No que se refere à União Federal, a lei possibilita a solução da controvérsia através da chamada transação por adesão, que demanda autorização expressa do Advogado Geral da União ou parecer do mesmo, aprovado pela Presidência da República.

Nesta hipótese a resolução do conflito terá efeitos gerais e será aplicada a situações semelhantes àqueles que se habilitarem mediante pedido de adesão e, por conseguinte, tiverem renunciado ao interesse sobre o qual a demanda se fundamenta, pendente de apreciação administrativa ou judicial.

A expressão “transação por adesão” é passível de crítica, pois encerra ideias contraditórias, ontologicamente incompatíveis. De fato, transação pressupõe diálogo, renúncias recíprocas. E, aderir significa concordar, anuir com algo previamente estabelecido, logo, sem qualquer chance de debate e adequação às peculiaridades do caso concreto.

Importante frisar, que a composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração da responsabilidade do agente público que deu causa à obrigação. Neste sentido, mesmo que a parte prejudicada tenha seu direito satisfeito, ainda haverá fundamento para propositura de eventual ação por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/920), inclusive, buscando-se o integral ressarcimento do dano ao erário, imprescritível nos termos do artigo 37, §5º, da CRF/88)<sup>17</sup>.

A lei faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

As demandas que versam sobre direito tributário mereceram tratamento específico e o que revela disciplina burocratizada, destoante da ideia que norteia a utilização dos equivalentes jurisdicionais.

Neste sentido, cabe destacar que a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Além disso, a redução ou o cancelamento do crédito depende de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Por fim, a lei estabelece que os profissionais envolvidos no trabalho em foco somente serão responsabilizados quando atuarem de forma dolosa, receberem vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

<sup>17</sup> A questão da imprescritibilidade da pretensão estatal de ressarcimento pelos danos causados ao erário está em debate no Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 669.069 de 2013), sob a relatoria do Ministro Teori Zavasck, tendo a Corte reconhecido a repercussão geral da questão, caminha no sentido de reconhecer a incidência do prazo fatal também nessas circunstâncias.

## 5. Considerações Finais

Não existe vida em sociedade sem conflitos e o Estado, no exercício do monopólio da função jurisdicional, diante da qualidade e quantidade das demandas que se apresentam, nem sempre, consegue garantir a consecução de direitos com efetividade, dentro dos parâmetros de duração razoável no tempo.

Diante deste quadro, nos últimos anos, adotou-se uma política de fomento a utilização dos equivalentes jurisdicionais ou meios alternativos de solução de conflitos, em especial, a conciliação e mediação. Institutos especialmente interessantes no que se refere aos conflitos que envolvam a Administração Pública, principal personagem das demandas que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. E, por este motivo, especialmente regulamentados no Código Modelo de Jurisdição Administrativa e no Código de Processo Civil de 2015.

Contudo, em que pesem os avanços obtidos com o implemento da Lei Federal 13.140/2015, que regulamentou o procedimento de mediação e conciliação com a Administração Pública no Brasil, ainda se verifica que o Legislador adotou uma postura pouco flexível, ao ignorar a essência dos institutos não permitindo a existência de verdadeiro diálogo entre os envolvidos.

A exigência de intervenção do Ministro do Estado, do Advogado-Geral da União, embora sirva para padronizar o proceder nos casos de conciliação e mediação, de certo poderá gerar morosidade e ineficiência à opção adotada.

Além disso, o instituto da transação por adesão de forma ontológica não tem qualquer relação com os meios tradicionais de solução alternativas de conflitos, pois não apresenta mínima possibilidade de dialogo entre as partes, cabendo ao administrado apenas a oportunidade de concordar ou não com o proposto pelo Poder Público.

A Lei nº 13.140/2015 entrou em vigor em 26 de dezembro de 2015, desta forma, ainda não se tem exata noção dos efeitos concretos que a mesma terá na solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública.

Críticas à parte, não se pode negar que o diploma legal reflete um avanço na forma de solução de conflitos de massa, uma maneira de evitar o ajuizamento de demandas repetitivas. Uma manifestação de empoderamento da Administração Pública, que muitas vezes se vale do Poder Judiciário, apenas para ganhar tempo diante da necessidade de reconhecer direitos.

Neste sentido, espera-se que o manejo da lei venha a ser fomentado e se multiplique pelos demais entes da federação, revelando-se uma ferramenta valiosa para o fortalecimento da autonomia e credibilidade do Poder Executivo.

## Referências

BRASIL. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da União Federal*. Advocacia Geral da União. 3ª ed. 2012. Acesso em: 18 de outubro de 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/membro/Downloads/cartilha\_da\_camara\_de\_conciliacao\_e\_arbitragem\_da\_administracao\_fedfed.pdf >.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105 de 2015. *Código de Processo Civil*. Acesso em: 18 de outubro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140 de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Acesso em: 18 de outubro de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 32ª ed. 2015.

MENDONÇA, Rafael. *(Trans)Modernidade e mediação de conflitos*. Petrópolis: KBR Editora Digital, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2ª ed. 2010.

NOBRE, Maria Teresa; BARREIRA, César. *Controle Social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica*. Sociologia, nº 20, Porto Alegre: jul/dez. 2008. Acesso em: 21.06.2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222008000200007>.

PEREIRA, Clóvis Brasil. *Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo. 2015. Acesso em: 17.05.2015. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>.

PERLINGEIRO, Ricardo. Princípios fundamentais e regras gerais de jurisdição administrativa. Rio de Janeiro: *Revista de Direito dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XX, 2009, p. 137.

\_\_\_\_\_. *Desjudicializando as políticas de saúde?* Recife: Revista Acadêmica, Faculdade de Direito do Recife, Volume 86, número 2, jul./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito à informação do ponto de vista processual (judicial e extrajudicial)*. Brasília: Revista CEJ, Ano XIX, nº 66, p. 17-20, maio/ago. 2015.

Sales, Lília Maia de Moraes. *Conflitos familiares – a mediação como instrumento consensual de solução*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas. Acesso em: 21.06.2015. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Conflitos-Familiares-%E2%80%93-A-Mediacao-Como-Instrumento.pdf>.

\_\_\_\_\_; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. *A importância da capacitação do mediador de conflitos: a mediação e a arte de mediar*. Acesso em: 21.06.2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bad5f33780c42f25>

STONE. Katherine V. W. Alternative Dispute Resolution. *Law & Legal Theory*. Reserch Paper Series. Acesso em: 23.05.2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=631346>.

RISKIN, Leonard L. Understanding mediators orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, vol.1:7, spring, 1996, p. 7-51.

VEZZULA, Juan Carlos. A mediação comunitária: desafios e perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter* 11/2010. Acesso em: 21.06.2015. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=VEZZULA%2C+Juan+Carlos.+media%C3%A7%C3%A3o](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=VEZZULA%2C+Juan+Carlos.+media%C3%A7%C3%A3o)>.

# **Dívidas Sociais em Sociedades Cooperativas e os Limites da Responsabilidade Patrimonial do Médico Cooperativado – Caso Unimed –**

Raphael Le Cocq\*

## **Sumário**

Introdução. Capítulo 1- Das Cooperativas – Regência Normativa. Capítulo 2- Do Rateio das Dívidas e dos Prejuízos Sociais. Capítulo 3- Da Responsabilidade Limitada e da Responsabilidade Ilimitada. Capítulo 4- Da Responsabilidade Subsidiária. Capítulo 5- Da Responsabilidade Solidária. Capítulo 6- Breve Resumo. Capítulo 7- Caso Unimed-Rio. Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

Visamos, pelo presente estudo, esclarecer os limites jurídicos da responsabilidade dos médicos-cooperados em face dos prejuízos apurados pela cooperativa médica da qual são partes integrantes, Unimed-Rio.

O assunto nos tornou afeto no momento em que o nosso escritório de advocacia foi procurado por uma médica credenciada à Unimed-Rio (Empresa de grande porte, atuante na área de planos de saúde, que passa por problemas financeiros graves).

Ocorre que a referida médica encontra-se preocupada com as incertezas que lhe rondam, pelo fato de figurar no quadro societário da referida empresa, apesar de nunca ter exercido quaisquer cargos de gestão e/ou administração.

Como muitos outros médicos, nossa cliente apenas se credenciou junto da referida empresa para que pudesse prestar seus serviços médicos às pessoas integrantes dos planos de saúde ofertados ao consumo (planos de saúde – Unimed). Nunca recebeu lucros ou dividendos. Apenas contribuiu para a formação do capital social mediante certo pagamento inicial e, após, prestou serviços médicos aos clientes da Unimed. Até a presente data, recebeu, tão somente, o correspondente aos serviços médicos por ela prestados, nada, além disso.

Ocorre que, como dito, a empresa vem passando por sérias dificuldades financeiras, razão pela qual são promovidas assembleias na tentativa de que os médicos (sócios/cooperados) façam aportes de capital para que se possam cobrir os prejuízos apurados até a presente data.

---

\* Pós-Graduado em Direito Econômico Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especializado em Direito Público e Privado para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

Diante desse cenário, surgem algumas indagações: está o médico-cooperado obrigado compulsoriamente a realizar aportes de capitais para cobrir os prejuízos aferidos? Quais os limites da responsabilidade do médico-cooperado em face dos prejuízos da cooperativa? O médico-cooperado responde com seu patrimônio pessoal? A responsabilidade do médico-cooperado é limitada ou ilimitada diante das dívidas sociais? Quais as consequências jurídicas em caso de eventual desassociação do médico-cooperado?

São essas as questões que pretendemos elucidar com o presente estudo.

Iniciaremos com brevíssima explanação sobre o quadro jurídico que permeia as instituições cooperativas, previsão e regramento legal, para, após, adentrarmos ao cerne do presente estudo: “os limites da responsabilidade do cooperado em face dos prejuízos suportados pela cooperativa da qual é integrante.”

Feita a delimitação do tema, iniciamos nosso estudo.

## **Capítulo 1 – Das Cooperativas – Regência Normativa**

As cooperativas têm menção constitucional nas normas insculpidas no inciso XVIII, do art. 5º, bem como, no §2º, do art. 174, ambos da CRFB/1988.

Art. 5º: [...]

XVIII a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a intervenção estatal em seu funcionamento.

Art. 174: [...]

§2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Pelos referidos dispositivos constitucionais, já se pode depreender que, apesar de não conceituar ou delimitar o bojo das atividades a serem exercidas por meio de entidades cooperativas, o poder constituinte, na tentativa de estimular as atividades associativas e colaborativas, vedou expressamente qualquer intervenção estatal, bem como definiu como diretriz básica de ordem econômica o exposto fomento dessas atividades sócio-colaborativas.

No que tange ao ordenamento infraconstitucional, as Cooperativas regem-se, em princípio, pelas normas insculpidas no bojo da Lei nº 5.764/1971, Lei especial que define a Política Nacional de Cooperativismo. Todavia, vale ressaltar que, diante da promulgação do Código Civil/2002, somente encontram-se em vigor os preceitos da Lei nº 5.764/1971, que não contrastarem com os artigos 1.093 a 1.095 do Código Civil/2002 (TÍTULO II, SUBTÍTULO II CAPÍTULO VII Da Sociedade Cooperativa do CC/2002) novel diploma legal que revogou preceitos legais pretéritos contrários e divergentes a nova ordem legal.



Vale destacar ainda que por força do art. 1.096, Código Civil/2002, onde persistir omissão legal, aplicar-se-ão as disposições referentes à sociedade simples.

Diante desse cenário, aplicar-se-ão às Cooperativas, primeiramente, as normas insculpidas no Código Civil/2002, em complementação, aplicar-se-á a Lei 5.764/1971 (naquilo que não confrontar as disposições insertas no Código Civil/2002) e, por fim, caso ainda reste omissão legislativa, dever-se-á aplicar as disposições inerentes às sociedades simples (TÍTULO II, SUBTÍTULO II, CAPÍTULO I – artigo 997 a 1.038 do CC/2002) por expressa previsão legal insculpida na norma do art. 1.096/2002.

Assim, através da conjugação dos preceitos legais supracitados, pretendemos elucidar as questões postas neste trabalho.

Todavia, antes de adentrarmos as questões inerentes às limitações da responsabilidade, passaremos pela questão precípua no que tange a forma de rateio das dívidas e dos prejuízos sociais.

## **Capítulo 2 – Do Rateio das Dívidas e dos Prejuízos Sociais**

Pela Lei nº 5.764/1971, a questão inerente ao rateio de despesas e prejuízos encontra-se normatizada nos artigos 80, 81 e 89.

Art. 80. As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.

Parágrafo único. A cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer:

I - rateio, em partes iguais, das despesas gerais da sociedade entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto;

II - rateio, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do exercício, excluídas as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.

Art. 81. A cooperativa que tiver adotado o critério de separar as despesas da sociedade e estabelecido o seu rateio na forma indicada no parágrafo único do artigo anterior deverá levantar separadamente as despesas gerais.

(...)

Art. 89. Os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do Fundo de Reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do artigo 80.

Assim, diante desse quadro, resta claro que, nada dispondo o contrato social, “As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços”.

Essa é a regra. Pagará mais o sócio-cooperativado que mais se beneficiou dos serviços da cooperativa, pagará menos aquele que utilizou menos e nada pagará aquele que, apesar de sócio-cooperativado, não se utilizou dos serviços.

Poderia, então, dispor o contrato social de forma diversa? Poderia ser realizado o rateio igualitário de despesas e prejuízos entre todos os cooperativados, independentemente da fruição de serviços da cooperativa?

Realmente, a lei permite que o contrato social disponha pelo rateio igualitário, todavia, restringe o rateio igualitário às despesas de ordem geral. Somente as despesas gerais podem ser reatadas igualitariamente, desconsiderando-se o nível de fruição dos serviços da cooperativa. Diferentemente das despesas gerais são *os prejuízos*, estes *devem sempre observar o rateio proporcional*, é o que se depreende da norma insculpida no *caput* do art. 81 e da norma do inciso II, do parágrafo único, também do art. 81, da Lei nº 5.764/1971.

Logo, nula qualquer estipulação de forma diversa.

Valendo destacar que esse entendimento resta consubstanciado na decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no bojo do RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.150 – DF (2012/0007071-1), cuja relatoria fora incumbida a Excelentíssima Ministra Dra. Nancy Andrighi, cuja ementa transcrevemos abaixo:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA E OBRIGAÇÃO DE FAZER. COOPERATIVA MÉDICA. ASSEMBLEIAS GERAIS E PREVISÕES ESTATUTÁRIAS. RATEIO DE PREJUÍZOS. CRITÉRIO IGUALITÁRIO OU PROPORCIONAL À FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 2. Na hipótese, foi efetivado, pela cooperativa médica, o rateio dos prejuízos apurados nos exercícios de 2003 e 2005, de forma igualitária entre os cooperados, e não proporcional aos serviços por eles usufruídos. 3. As sociedades cooperativas apresentam características especiais que as distinguem das demais sociedades empresárias, obedecendo a uma principiologia própria, caracterizada, entre outras coisas, pela participação econômica equitativa e proporcional de seus membros, de acordo com a sua respectiva participação nas operações da entidade, que orienta a distribuição de ônus, vantagens, riscos e benefícios e que prevalece sobre a composição patrimonial do capital da sociedade. 4. Os estatutos das cooperativas contêm as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados frente à associação. Embora a Assembleia Geral dos

associados, nos termos do art. 38 da Lei 5.764/1971, seja o órgão supremo da sociedade, tendo poderes para decidir os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções convenientes ao desenvolvimento e defesa desta, e suas deliberações vinculam a todos, ainda que ausentes ou discordantes, ela deve fazê-lo sempre dentro dos limites legais e estatutários. 5. Ainda que se admita, no art. 80, parágrafo único, da Lei 5.764/1971, o rateio igualitário das despesas gerais, a depender de previsão no estatuto social da cooperativa, em relação aos prejuízos, sempre deverá ser observada a proporcionalidade, nos termos do art. 89 da mesma norma. 6. As deliberações das Assembleias Gerais, relativas à distribuição igualitária dos prejuízos não devem prevalecer porque contrárias às disposições estatutárias então vigentes e/ou às disposições da Lei 5.764/1971, que prevê no seu art. 89, o rateio proporcional à fruição dos serviços pelos cooperados. 7. Recurso especial provido. (grifo nosso).

Visto isso, resumimos:

As dívidas societárias, para fins de rateio, dividem-se em (1) *dívidas gerais* e (2) *prejuízos*.

Os *prejuízos* devem ser *SEMPRE rateados proporcionalmente*, ou seja, na proporção direta da fruição de serviços que cada cooperado fez uso.

Já as *dívidas gerais* podem ser rateadas igualitariamente ou proporcionalmente.

As *dívidas gerais* serão divididas igualitariamente por todos os cooperados se, e somente se, assim estiver previsto no contrato social da Cooperativa.

Se nada dispuser, no ato de constituição da cooperativa, as despesas gerais devem ser rateadas proporcionalmente.

Esclarecido este ponto, passamos ao tema da limitação da responsabilidade.

### **Capítulo 3 – Da Responsabilidade Limitada e da Responsabilidade Ilimitada**

A limitação, ou não, da responsabilização pessoal do sócio pelas dívidas sociais, é representativa de escolha, feita no bojo no ato de constituição da sociedade cooperativa. Quando da constituição da sociedade cooperativa, faculta a lei aos seus criadores optarem sobre qual será o regime de responsabilização de seus sócios-cooperados, se limitada ou ilimitada. É o que se depreende da simples leitura do que dispõe o *caput* do art. 1.095, do Código Civil/2002, abaixo transcrito.

Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§1º É *limitada* a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo

verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§2º É *ilimitada* a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Em contrapartida, sobre o mesmo tema, encontramos os artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 5.764/1971, abaixo transcritos.

Art. 11. As sociedades cooperativas serão de responsabilidade *limitada*, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito.

Art. 12. As sociedades cooperativas serão de responsabilidade *ilimitada*, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária e não tiver limite.

Art. 13. A responsabilidade do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa.

Pela simples leitura das normas transcritas, vê-se que não há divergência legal no que toca a possibilidade de se definir no estatuto da cooperativa, se limitada ou ilimitada, a responsabilidade dos sócios-cooperativados.

Todavia, devemos ficar atentos no que tange ao instituto da responsabilidade limitada. Há, ou não, diferença no que rege a Lei nº 5.764/1971 (artigo 11) e o que dispõe o Código Civil de 2002 (§1º do art. 1.095)?

Para responder esse questionamento, segue, abaixo, o quadro comparativo das normas suscitadas.

Lei nº 5.764/1971	Código Civil/2002
<i>Art. 11. As sociedades cooperativas serão de responsabilidade limitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito.</i>	<i>Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada. §1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.</i>

Como se pode observar das normas transcritas, há clara diferença textual. Dúvidas não existiriam se a norma da art. 1.095, §1º, do CC/2002 não contivesse o

texto grifado e se limitasse a dizer: §1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas.

Caso assim fosse, não haveria dúvidas de que a matéria fora igualmente regulada.

Diante disso, surge a questão: Mesmo sendo limitada a responsabilidade do sócio cooperado, ele responde com seu patrimônio pessoal pelos prejuízos sociais? Os prejuízos sociais podem superar as forças do capital subscrito e alcançar o patrimônio dos sócios cooperados, mesmo no caso de responsabilidade limitada? Pelo Código Civil/2002, seriam duas as responsabilidades dos sócios-cooperativados: *O sócio responde (1) pelo valor de suas quotas e (2) pelo prejuízo verificado nas operações sociais?*

Data máxima vênha existirem posicionamentos contrários, entendemos que a resposta a essa questão somente pode ser um categórico não!

Uma vez limitada a responsabilidade dos sócios, estes respondem, tão somente, com a força do capital subscrito, seja qual for a natureza da dívida, sendo seu patrimônio pessoal intocável.

Resta claro, no dispositivo legal, insculpido no §1º do art. 1.095 do CC/2002: “o sócio responde *somente* pelo valor de suas quotas”. A parte final da norma legal não muda tal fato.

Apesar de mal escrita, o que o legislador pretendeu fora deixar claro que, quando estivermos diante de *prejuízos, obrigatório é o rateio proporcional*, restando vedado, *a contrario sensu*, o rateio igualitário dos prejuízos.

O que efetivamente encontra-se regulado no §1º, *in fine*, do art. 1.095 do CC/2002, não é a limitação da responsabilidade, mas, sim, a forma como os prejuízos sociais podem ser, ou não, rateados entre os cooperativados.

Em verdade, em conformidade com o que já era regulado pelos artigos 80, 81 e 89 da Lei nº 5.764/1971, restou expresso que, quando estivermos diante de *prejuízos*, estes somente podem ser rateados de forma proporcional. Diferentemente do que ocorre com as *dívidas gerais* que podem vir a ser rateadas igualmente se assim dispuserem os atos de constituição da cooperativa.

O legislador não alterou as questões ligadas à limitação da responsabilidade. Se tivermos uma responsabilidade limitada, teremos, sempre, o limite do capital subscrito como ponto último de alcance ao patrimônio do sócio-cooperativado.

Assim sendo, uma vez limitada a responsabilidade, responderá o sócio no exato limite do capital subscrito. Esgotado o capital subscrito, nada mais será devido.

Que fique claro: Irrelevante o fato de estarmos diante de *dívidas gerais* ou *prejuízos*, nenhum desses débitos poderá alcançar o patrimônio pessoal do cooperativado, quando estivermos diante de responsabilidade limitada.

Diferente situação encontramos quando da responsabilidade ilimitada. Aqui não restam dúvidas, respondem os sócios subsidiária e ilimitadamente com todo o seu patrimônio pessoal pelas dívidas sociais. Ou seja, esgotadas as forças sociais poder-se-á buscar o implemento no patrimônio pessoal dos sócios.

Visto isso, restam duas perguntas a serem respondidas:

- Os sócios têm responsabilidade direta ou subsidiária?
- Os sócios de responsabilidade ilimitada são devedores solidários?

#### **Capítulo 4 – Da Responsabilidade Subsidiária**

- Os sócios têm responsabilidade direta ou subsidiária?

Neste ponto, acreditamos não haver divergência doutrinária e/ou jurisprudencial sobre o tema. A responsabilidade dos sócios-cooperativados será *sempre* subsidiária, é o que resta claro e inequívoco na norma insculpida no art. 13 da Lei nº 5.764/1971: Art. 13. A responsabilidade do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa.

Como já dito ao início deste trabalho, aplicar-se-ão às Cooperativas, primeiramente, as normas insculpidas no Código Civil/2002, em complementação, aplicar-se-á a Lei 5.764/1971 (naquilo que não confrontar as disposições insertas no Código Civil/2002) e, por fim, caso ainda reste omissão legislativa, dever-se-á aplicar as disposições inerentes às sociedades simples (TÍTULO II, SUBTÍTULO II, CAPÍTULO I – artigo 997 a 1.038 do CC/2002) por expressa previsão legal insculpida na norma do art. 1.096/2002.

Assim sendo, como não há no Código Civil/2002 norma conflitante, permanece íntegra e vigente a norma insculpida no art. 13 da Lei nº 5.764/1971, sendo indubitoso que impossível responsabilizar os sócios de forma direta.

Destaque-se que, mesmo que absurdamente considerássemos que a Lei nº 5.764/1971 fora ab-rogada pelo Código Civil/2002, ainda assim, a responsabilidade seria subsidiária por força do art. 1.096 c/c art. 1.024, ambos do Código Civil/2002.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

#### **Capítulo 5 – Da Responsabilidade Solidária**

- Os sócios-cooperativados são devedores solidários?

Somente haverá solidariedade se assim estiver estipulado nos atos constitutivos da sociedade cooperativa.

A Lei 5.764/1971 nada fala sobre o tema, logo, por força do artigo 1.096, do Código Civil/2002, aplicável às sociedades cooperativas, a regra insculpida no art.1.023 c/c art. 265, ambos, também, do Código Civil/2002, que deixa clara a possibilidade de responsabilização solidária desde que prevista contratualmente.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

## Capítulo 6 – Breve Resumo

Até o presente momento, extraímos as seguintes conclusões sobre a extensão e limites da responsabilidade do cooperativado.

Primeiramente, vimos que, em sociedades cooperativas, existem duas ordens de despesas: *despesas gerais e prejuízos*.

Vimos que os *prejuízos* não podem ser rateados igualmente entre os cooperados. Devem *sempre* ser rateados proporcionalmente.

Vimos que as *despesas gerais* podem ser rateadas igualmente, todavia, para que tal fato aconteça, depende de expressa previsão nos atos constitutivos da cooperativa.

Após isso, passamos aos limites da responsabilidade dos cooperativados diante das dívidas (*despesas gerais e prejuízos*).

Neste ponto, observamos que cabe ao ato constitutivo da cooperativa definir se estamos diante de *responsabilidade limitada* ou *responsabilidade ilimitada*.

Vimos que a *responsabilidade limitada*, em sede de sociedades cooperativas, em nada difere da responsabilidade limitada inerente a tipos societários diversos. Sendo limitada a responsabilidade, o sócio-cooperativado responderá pelas dívidas sociais, sejam elas dívidas gerais ou *prejuízos*, nos exatos limites do capital que subscreveu ou que se obrigou a subscrever.

No caso de restar prevista, nos atos constitutivos da cooperativa, a *responsabilidade ilimitada*, o sócio-cooperativado responderá com seu patrimônio pessoal sem qualquer limitação, todavia, em proporcionalidade ao percentual de quotas-partes do qual é detentor.

Vimos, também, que a responsabilidade dos sócios-cooperativados é *sempre* subsidiária. Assim, devem ser esgotadas as forças patrimoniais da sociedade antes de se perquirir se alcançável ou não o patrimônio pessoal dos sócios.

Por fim, concluímos que não há previsão legal que possa impingir aos sócios responderem solidariamente pelas dívidas sociais. Para que haja solidariedade entre os sócios-cooperativados, deverá restar expressamente acordado no âmbito dos atos constitutivos da sociedade cooperativa da qual são membros.

Visto isso, passamos a examinar o caso concreto:

## Caso Unimed-Rio

### Capítulo 7 – Caso Unimed-Rio

Como se pode depreender do que dispõe o estatuto social da sociedade cooperativa em questão (Unimed-Rio), optou-se pela responsabilidade *limitada* dos sócios-cooperativados, logo, não nos resta dúvidas de que inalcançável o patrimônio pessoal destes por dívidas que ultrapassem o capital subscrito ou o capital ao qual se obrigaram a subscrever. Não importando se estamos diante de *despesas gerais* ou *prejuízos*. Seja qual for a rubrica da dívida social, está, o sócio cooperativado, garantido pelo princípio da Autonomia Patrimonial (Princípio segundo o qual a entidade coletiva passa a constituir um centro autônomo de relações jurídicas onde o patrimônio da sociedade não se confunde com o dos seus sócios. Autonomia patrimonial justificada pelas necessidades sociais advindas do desenvolvimento das atividades comerciais).

Vale destacar também que a responsabilidade dos sócios cooperativados da Unimed-Rio, além de limitada, é subsidiária e não solidária, tudo em conformidade com que resta estabelecido no art. 9º, *caput* e parágrafo único, dos atos constitutivos da referida sociedade cooperativa. Norma abaixo transcrita:

Art. 9º - O cooperado *responde subsidiariamente* pelas obrigações contraídas pela Cooperativa perante terceiros, *até o limite do valor das quotas-partes do capital que subscreveu* e o montante das perdas que lhe caibam, na proporção do valor dos atos médicos que houver realizado com a Cooperativa, perdurando essa responsabilidade até quando forem aprovadas pela Assembleia Geral as contas do exercício em que se deu a sua retirada da Cooperativa. (Grifo Nosso).

PARÁGRAFO ÚNICO – *A responsabilidade do cooperado somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida a da Cooperativa.* (Grifo Nosso).

Vale observar que uma leitura apressada do *caput* dará a falsa impressão de alargamento da responsabilidade do cooperado (*O cooperado responde subsidiariamente pelas obrigações contraídas pela Cooperativa perante terceiros, até o limite do valor das quotas-partes do capital que subscreveu e o montante das perdas que lhe caibam...*), fazendo crer que eventuais perdas sociais possam ultrapassar o capital subscrito. Pensar assim seria desvirtuar o instituto da responsabilidade limitada e desprezar o princípio da autonomia patrimonial. Em verdade, seria o mesmo que dizer que temos uma responsabilidade limitada-ilimitada. Nada mais absurdo.



Diante disso, entendemos que o dispositivo inserto no ato de constituição deve ser interpretado em consonância com a legislação vigente, sob pena de figurar como ilegal e, por consequência, nulo.

Assim, não nos restam dúvidas de que o sócio-cooperado é efetivamente responsável pelas perdas sociais, todavia, sua responsabilidade encontra-se limitada ao capital suscrito.

Resta então saber. Está o médico cooperativado obrigado a realizar pagamentos de dívidas sociais que exorbitem a força do capital por ele suscrito?

Entendemos que não.

Entendemos que ao cooperativado cabe a opção de se retirar da sociedade, levantando o capital por ele suscrito, descontadas as dívidas sociais que lhe são inerentes (*despesas gerais e prejuízos*). Caso as dívidas sejam superiores ao capital suscrito, nada poderá levantar, pois, o saldo será negativo. Mas, devemos deixar claro que, ante a responsabilidade limitada acordada quando da constituição da sociedade cooperativa, seu patrimônio pessoal não poderá ser alcançado por este saldo negativo eventualmente existente.

A solução do problema parece simples, todavia, verificamos que as decisões jurisprudenciais são vacilantes e não enfrentam diretamente o tema da limitação da responsabilidade. Razão da necessidade do presente estudo.

Verificamos que o que hoje acontece com a Unimed-Rio já aconteceu com Unimed's de outras regiões. Em tais regiões, instauraram-se processos judiciais de duas ordens: (1) processos de cobrança da Unimed's em face dos médicos-cooperados, onde se pleiteia quantia inerente ao rateio das dívidas sociais, e (2) processos dos médicos-cooperativados querendo a saída dos quadros sociais e pleiteando o ressarcimento do capital suscrito.

Basicamente, são estes os tipos de demandas existentes no judiciário sobre o caso. Ocorre, contudo, que, em nenhum dos casos por nós vistos, a questão da responsabilidade limitada do sócio cooperativado fora realmente enfrentada. O que se figura presente nestes processos é, sempre, uma discussão sobre as contas apresentadas pela Unimed's, sendo os autos enviados aos peritos para que se manifestem sobre as contas apresentadas, se válido ou não o rateio realizado. Todavia, acreditamos que antes de se verificar qualquer conta de dívidas e prejuízos e seu respectivo rateio, o que se deve estabelecer, *prima facie*, é a limitação da responsabilidade do cooperado. Ou seja, (1) deve ser declarada a responsabilidade limitada que resguarda o sócio-cooperado, (2) verificar qual o montante atualizado do capital suscrito, (3) verificar quais as dívidas sociais que cabem ao médico cooperativado e que serão suportadas no limite do capital por ele suscrito. Nessa ordem. Somente após verificados estes pontos, é que poderá o Juízo emitir decisão de mérito sobre o processo.

Mas, independentemente da conclusão inerente ao saldo final apurado, certo é que o médico-cooperado não pode ter seu patrimônio pessoal alcançado pelas dívidas sociais da sociedade cooperativa, pois, protegido pelo princípio da autonomia patrimonial inerente à responsabilidade limitada que lhe ampara. Quando muito perderá o capital suscrito, mas, nada, além disso, pode ser alcançado.

Esperamos ter esclarecido todas as questões postas ao início desse trabalho.  
Rio de Janeiro, 29 de Setembro de 2016.

### Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. Exposição de motivos e texto sancionado por Jorge Bornhausen. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: Acesso em: 17 mar. 2009.

BULGARELLI, Valdirio. *Sociedades Comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. (A).

\_\_\_\_\_. Valdirio. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (B).

\_\_\_\_\_. Valdirio. *Elaboração do direito cooperativo*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 1967.

CAMPOS, Armando. *Plexo Normativo das Cooperativas de Crédito*. 1ª ed. Brasília: OAB, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ, Sérgio Paulo Alves da. *Cooperativismo: a filosofia cooperativista e o cooperativismo no Brasil e no mundo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: COP, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANKE, Walmor. *Direito das Sociedades Cooperativas: direito cooperativo*. 1ª ed. São Paulo: Universidade, 1973.

POLONIO, Wilson Alves. *Manual das Sociedades Cooperativas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RICCIARDI, Luiz Pedro Pedrosa; LEMOS, Roberto Jenkins de. *Administração de Cooperativas*. 1ª ed. Vitória: Ocees, 1995.

\_\_\_\_\_. *Cooperativa, a empresa do século XXI: Como os países em desenvolvimento podem chegar a desenvolvidos*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Claudemir. *Dissolução e liquidação de cooperativas: conhecendo para evitar*. 1ª ed. Goiânia: Bandeirante, 2001.

# O Poder Familiar e a Liberdade Religiosa da Criança e do Adolescente

## *Parental Power and the Right of the Child to Religious Freedom<sup>1</sup>*

Regiane Cristina Dias Pinto\*

### Resumo

As crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos e titulares do direito humano fundamental à liberdade religiosa. Cabe aos pais, no exercício do poder familiar, o direito-dever de criar e educar os filhos de acordo com as próprias convicções religiosas. Ao Estado, não embaraçar o livre exercício do poder familiar, interferindo quando verificar a ocorrência de danos que justifiquem a suspensão ou perda do poder familiar. O estudo se propõe a analisar o exercício do poder familiar, seus limites e desafios na liberdade religiosa dos filhos.

### Abstract

*Minor children are subjects of rights and holders of the fundamental human right to religious freedom. In the exercise of their parental power, parents have the right and duty to raise and educate their children according to their religious convictions. The State is not allowed to hinder the free Exercise of their parental authority, save when it is necessary to suspend of familiar power in order to avoid the occuprence of harm. This paper aims to analyse the exercise of parental power, its limits and the challenges to children's Religious freedom.*

### Résumé

*Les enfants et les adolescents sont des sujets de droit et des détenteurs du droit humain fondamental en relation de la liberté religieuse. Les parents ont, en exerçant leur pouvoir familial, le droit et le devoir d'élever et d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions religieuses. L'état ne doit pas faire pas obstacle au libre exercice du pouvoir*

<sup>1</sup> *Paper* referente ao Módulo II – Estado Constitucional e Liberdade Religiosa: Teoria Geral e Aplicações Jurisprudenciais da Pós-Graduação Internacional *Latu Sensu* Estado Constitucional e Liberdade Religiosa. Orientador: Prof. Dr. Davide Argiolas. ANAJURE (Associação Nacional de Juristas Evangélicos); UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE; REGENT'S PARK COLLEGE – University of Oxford; IUS GENTIUM CONIMBRIGAE – Universidade de Coimbra.

\* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Coordenadora do CRAAI – Macaé.

*familial, interférant lors de la vérification de dommages justifiant la suspension ou la perte du pouvoir familial. L'étude vise à analyser l'exercice du pouvoir familial, ses limites et les défis en relation de la liberté religieuse des enfants.*

**Palavras-Chave:** Poder Familiar. Criança e Adolescente. Liberdade Religiosa.

**Keywords:** Parental Power. Minors. Religious Freedom.

**Mots Clés:** Pouvoir Familial. Enfants et Adolescent. Liberté Religieuse.

## 1. Introdução

O poder familiar é um conceito que foi alvo de intensa evolução histórico-social, relacionada com as mudanças ocorridas no papel dos integrantes das famílias. Atualmente exercido em coparentalidade pelos genitores, é um encargo familiar (*munus*), correspondente a um complexo de direitos e deveres.

Ocorre que não só os deveres parentais foram alvo de transformação, mas também e principalmente o Direito da criança e do adolescente. A criança, que outrora foi objeto de direito, é, hoje, indubitavelmente, sujeito de direitos. A especialização do direito da criança e do adolescente contribuiu para conferir proteção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A liberdade religiosa é um direito humano que possui alcance homogêneo, reafirmado em relação às crianças<sup>2</sup>. O direito à liberdade da infância e da juventude é expressamente previsto no art. 226 da Constituição Federal, deixando claro o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 15 e 16 (Lei 8069/1990), que estão inseridas no conceito geral de liberdade as liberdades de opinião, expressão, crença e culto.

O exercício da liberdade religiosa da criança difere da dos adultos, pois deve se coadunar com o grau de desenvolvimento das diversas fases da menoridade. Da dependência completa à maioridade independente, a capacidade de opinião e expressão será variável, e as implicações jurídicas também. A menoridade dos filhos e o exercício do poder familiar dos pais são pontos de referência distintos no que diz respeito à perspectiva da liberdade religiosa. Em cada um dos pontos assinalados, não de ser considerados fatores psicossociais e jurídicos para que se solucionem as divergências de interesses.

O escopo do estudo é fazer convergir as normas e os princípios jurídicos que serão aplicáveis em cada perspectiva, recortando a liberdade religiosa infanto-juvenil no seio das relações familiares.

---

<sup>2</sup> MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13.

## 2. A Liberdade Religiosa da Criança e do Adolescente

A liberdade religiosa foi uma das primeiras expressões de direito humano a aparecer no cenário internacional, como resultado da grave história de violações que precederam a sua normatização e acabaram por levar o homem à necessidade de formulá-la<sup>3</sup>. Como direito humano internacional, goza de ampla proteção e se entrelaça com diversas outras liberdades: liberdade de crença, pensamento e investigação; liberdade de comunicação e expressão; liberdade de associação; liberdade de reunião pacífica; liberdade de participação política; liberdade de locomoção; liberdades econômicas; privacidade e autonomia em relação ao domicílio; família, sexualidade e reprodução e liberdade de adotar um modo de vida conforme preceitos éticos e tradicionais<sup>4</sup>.

A proteção da liberdade religiosa no direito supranacional aparece no art. 18 da *Declaração Universal de Direitos do Homem*, de 1948, no art. 18 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966, no art. 13 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, todos vigentes no ordenamento jurídico pátrio, os dois últimos admitidos pelos Decretos nº 592/92, nº 678/92 respectivamente. Além desses, quanto ao cenário internacional, convém mencionar ainda o art. 9º da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, de 1950, no art. 8º da *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, de 1981, no art. 10 da *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 2000.

Os citados documentos têm textos similares, com algumas variáveis, mantendo, todavia, a gênese da proteção. Confira-se, a seguir, a previsão do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, art. 18:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando

<sup>3</sup> JELLINEK, Georg. La Declaracion de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Trad. Adolfo Posada. México. Unam, 2003 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas Notas Sobre a Liberdade Religiosa na Constituição Federal de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 8/2015.p.829-845/Ago/2015. DTR\2015\11497.

<sup>4</sup> UZIEL, Santana; MORENO, Jonatas; TAMBELINI, Roberto (org.). *O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e religiosos em geral*. São Paulo: ANAJURE, Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2014, p. 32.

for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

No ordenamento jurídico nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil destacou alguns artigos ao serviço da proteção da liberdade religiosa, em seus mais variados aspectos, como os artigos de número 15, 19, 143, 210 § 1º e 226 § 2º, valendo destacar que contemplou diretamente as liberdades de religião e de consciência no artigo 5º, incisos VI, VII, VIII, transcritos a seguir:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

A Constituição Federal Brasileira contempla também, através da doutrina da proteção integral, prevista nos artigos 227 e 228, uma gama de direitos fundamentais, entre os quais está inserida a liberdade religiosa.

Além dos tratados e convenções já mencionados, a *Convenção Internacional sobre Direitos da Criança*, ratificada por meio do Decreto 99710, de 1990, resguarda a liberdade religiosa da criança, ao dispor no art. 14:

1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.
2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade.
3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

A Lei 8069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) assegura o direito fundamental à liberdade, enumerando a liberdade religiosa nos artigos 15 e 16, *in verbis*:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

É do escopo do presente estudo a normatização internacional, constitucional e infraconstitucional sobre liberdade religiosa, no recorte que deve ser dado à sua aplicabilidade à criança e ao adolescente. No livro “A Declaração Universal dos Direitos das Crianças e Seus Sucedâneos Internacionais”, Gustavo Ferraz de Campos Mônico<sup>5</sup>, numa tentativa de sistematização dos direitos humanos da criança, classifica as normas por categoria e por observância temporal. No sentido temporal, explica a existência de uma categoria de direitos chamados de alcance homogêneo, porque aplicáveis a todos os seres humanos, mas pelo critério temporal da menoridade, ou são reafirmados em relação às crianças e aos adolescentes como a liberdade, igualdade e dignidade, ou são normalmente exercitáveis na infância, como o direito ao nome, à nacionalidade, à saúde nos aspectos alimentação, amamentação e acompanhamento pré-natal.

Por outro lado, segundo Mônico: “O critério categorial se manifesta na exata medida em que se tenha procurado separar aqueles direitos que são efetivamente direitos da criança (no sentido de se ter direitos que só digam respeito a esse grupo de seres humanos, tomados todos como uma categoria)<sup>6</sup>”. Como exemplos, aponta o direito à convivência familiar, o direito de não trabalhar ou a primazia na prestação de socorro.

Para Tavares, a especificidade do direito pode ser assim explicada: “Direito da Infância e da Juventude é, em sentido genérico, o sistema de métodos de estudo, doutrina, princípios e normas jurídicas aplicáveis às relações ocorrentes na interação social, concernentes às pessoas, aos bens e aos interesses dos que se acham em fase de desenvolvimento biopsicossocial?”

Assim, conclui-se que, na perspectiva de Mônico, a liberdade religiosa é entendida como um direito homogêneo a todos os seres humanos, reafirmado em relação à criança e ao adolescente, a ser analisado nos aspectos específicos, para ser aplicado à peculiar condição de desenvolvimento incidente na menoridade<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> MÔNICO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 13.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>7</sup> TAVARES, José de Faria. *Direito da Infância e Da Juventude*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2001, p. 31.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 14.

Confirmando a receptividade da citada conclusão na legislação nacional, vê-se que o artigo 3º da Lei 8069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura, consoante a doutrina da proteção integral, os direitos fundamentais à infância, ao dispor que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por Lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O desenvolvimento da criança é um processo gradativo, sabe-se empiricamente, todavia, ciências como a psicologia, emprestam expertise ao direito para estabelecimento de características comuns de cada fase de desenvolvimento. Contudo, por mais avançadas que sejam as ciências do desenvolvimento humano, permanecem intactos os imensos desafios da diversidade humana e do subjetivismo característico de cada ser. Desta forma, há dificuldade para estabelecimento de critérios objetivos classificatórios das habilidades intrínsecas do humano.

Se por um lado há um extenso grau de subjetividade no desenvolvimento humano que dificulta classificações objetivas, por outro lado, há consenso que o núcleo familiar é, em regra, o *locus* central para que o desenvolvimento ocorra de forma sadia e harmônica, tendo fundamental papel na evolução do indivíduo.

Para que o exercício do direito à liberdade religiosa, notadamente quanto às liberdades de crer ou não crer, de consciência e de manifestação do pensamento, seja possibilitado à criança, é necessário que a família se encarregue de promover as informações necessárias para o conhecimento e o desenvolvimento das capacidades mentais. A relação de dependência que se estabelece em grau integral no nascimento, vai gradativamente desaparecendo até cessar com a maioridade civil, quando se estabelece juridicamente a independência completa do indivíduo para os atos da vida civil. A liberdade religiosa deverá acompanhar a jornada da menoridade, movimentando-se no percurso do desenvolvimento da criança e do adolescente de acordo com o grau de dependência.

Caberá à família a responsabilidade pela contenção da liberdade, no âmbito subjetivo da dinâmica familiar, onde o acompanhamento e a dose de rigor terão como objetivo final o alcance da plena liberdade. Sendo certo que, mesmo na constância do exercício do poder familiar, a escolha da crença ou a opção de descrença pertencerá ao indivíduo.

Tânia Silva Pereira<sup>9</sup>, sintetizando esta ideia explícita que:

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Tânia Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 311.



A entidade familiar age poderosamente no exercício da subordinação e veiculação ideológica, uma vez que está vivamente presente desde o nascimento e é marcada por fortes componentes emocionais que estruturam de forma profunda a personalidade de seus membros. É salutar e necessária a interação familiar. O que é patológico e prejudicial é neutralizar no adolescente sua capacidade de observar, avaliar, refletir e decidir livremente.

Diante dessas reflexões e das evidentes distorções que a influência indevida acarreta no plano racional, é preciso que os membros e dirigentes da família tenham a consciência de que, mesmo preservando suas funções, não devem exercer influência sufocante nos filhos... PEREIRA, Tânia Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2000, p. 311.

### 3. O Poder Familiar e a Liberdade Religiosa

Diante das relações de dependência da criança e do adolescente com a autoridade parental para seu desenvolvimento, o exercício da liberdade religiosa, neste caso, encontra extensa interseção com o poder familiar.

O poder familiar é conceituado como um encargo legalmente atribuído aos pais de cuidar dos filhos. É reconhecido como um complexo de direitos e deveres, mencionado na doutrina como *munus*, poder-função ou direito-dever.<sup>10</sup> É irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Ao examiná-lo, é preciso ter em mente um conjunto de direitos e deveres que tem como função o interesse dos filhos, garantindo a funcionalidade da instituição familiar<sup>11</sup>. Neste sentido, leciona Paulo Luiz Neto Lôbo<sup>12</sup>:

Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. Na medida em que o menor desenvolve sua capacidade de escolha, o poder familiar reduz-se proporcionalmente. Findando quando atinge seu limite temporal.

<sup>10</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 424.

<sup>11</sup> Sobre a teoria funcionalista das normas do direito de família vide OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de Família*. Porto Alegre: Editora, 1990, p. 31.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 157.

Ainda nas lições de Lôbo, o poder familiar veicula uma noção ampla de educação na qual a educação formal está contida, mas aquela é muito mais alargada do que a definição desta<sup>13</sup>. A Lei 9394, de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece em seu artigo 1º que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

O poder familiar confere aos pais o direito de escolha do tipo de educação escolar que desejam para seus filhos, assim como da orientação religiosa que entendam mais adequadas. O Código Civil Brasileiro (Lei 10406, de 2002), no art. 1634, I, diz competir aos genitores a criação e educação dos filhos menores. O cenário de direito humano internacional relativo ao tema é uníssono em apontar aos genitores o direito às aludidas escolhas, sendo possível encontrar tais disposições em quase todos os tratados e convenções disponíveis. Conforme citado alhures, no ordenamento jurídico nacional, tanto a *Convenção Internacional sobre Direitos da Criança*, quanto o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* mencionam o poder de escolha em referência.

Não se trata, a toda evidência, de um poder absoluto. Embora criar e educar os filhos seja a questão mais relevante da vida familiar, os genitores não podem causar prejuízo aos filhos, e verificada a aludida incidência, o Estado moderno se torna legitimado a entrar no recesso da família a fim de defender os interesses das crianças e dos adolescentes em face de seus pais<sup>14</sup>, reservando-se o direito de fiscalizar tal encargo. Tânia da Silva Pereira<sup>15</sup>, ao expressar este entendimento, aduz que:

Historicamente, o controle dos pais sobre as crianças tem sido uma constante em nosso Direito. Esta década, contudo, tem sido caracterizada por uma interferência cada vez menor do Estado, através da justiça ou agentes administrativos, nas relações e conflitos familiares, a não ser que se configurem efetivas violações de direitos.

Entretanto, a intervenção do Estado na vida familiar precisa ser mínima e sempre fundamentada na proteção de um bem jurídico maior. O art. 1513 do Código Civil Brasileiro (Lei 10406, de 2002) estabelece que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, ou seja, a intervenção estatal precisa ser justificada e comprovadamente para salvaguarda de bem jurídico mais elevado que a proteção da própria família.

O Estado intervirá na vida familiar somente mediante autorização legal, por esta razão, a legislação civil, balizando a citada intervenção, prevê as possibilidades de

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2005, p. 157.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de Família*. Vol. 06. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 358.

<sup>15</sup> PEREIRA, Tânia Silva Pereira. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 20.

suspensão (art. 1637, Lei 10.406, de 2002) e perda do poder familiar (art. 1638, incisos I a IV, da Lei 10406, de 2002). Para a primeira hipótese, cita a ocorrência do abuso de autoridade e, para a segunda, elenca as hipóteses de castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteração de falta aos inerentes ao poder familiar. Além do Código Civil, há outras leis que criam hipóteses de perda do poder familiar, como o art. 92 do Código Penal Brasileiro (Decreto-lei 2848, de 1940), o art. 405 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5452, de 1943) e o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069, de 1990).

É entendimento assentado na doutrina a possibilidade de o Estado-Juiz verificar alguma hipótese não expressamente elencada na legislação, contudo, grave o suficiente para afastar o poder familiar, de forma temporária ou definitiva, como resultado do devido processo legal. Todavia, não há amparo jurídico para intervenções estatais na vida familiar, principalmente, para intervir nas escolhas dos genitores das linhas pedagógicas e religiosas de educação e criação dos filhos. As intervenções devem ser mínimas e só podem ocorrer na verificação de risco aos direitos fundamentais dos filhos, jamais na divergência ideológica entre o Estado e a família. Um clássico exemplo ocorre nos casos de negativa dos genitores para administração de tratamento médico de transfusão sanguínea aos filhos, por convicções religiosas. É cediço que, verificado o risco à saúde da criança, o poder familiar decisório deverá ser afastado, para o fim de garantir a saúde e a vida como bens jurídicos de maior valor.<sup>16</sup>

Outra questão importante diz respeito à possibilidade de intervenção do Estado nas relações familiares, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança. Tânia da Silva Pereira<sup>17</sup>, para quem é possível afastar o poder familiar pela aplicação do referido princípio, elucida que o desafio estaria em discernir os novos indicadores da dimensão política e jurídica de proteção à infante-adolescência, alertando para que a utilização do princípio esteja a serviço do reconhecimento constitucional da criança e do adolescente como titulares de direitos fundamentais.

O risco, como bem salienta Mônaco<sup>18</sup>, está na confusão terminológica comumente ocorrida entre interesse e direito da criança. Nesse sentido, explica que: “no que sempre esteve inscrito um princípio reitor da atividade legislativa e das políticas públicas atinentes à criança procurou-se enxergar um verdadeiro direito subjetivo que pudesse ser, como todo direito subjetivo exigido direta e coercitivamente”. Com isso, o interesse da criança passou a ser confundido com a sua própria vontade, numa franca tendência de enxergar as crianças como pequenos adultos. Segundo o autor, essa confusão de conceitos pode acabar por atribuir ao princípio um alcance que nunca possuiu.

<sup>16</sup> Sobre o tema tratamentos médicos atentatórios às convicções religiosas, vide; NERY JR, Nelson. *Direito Fundamental À Liberdade Religiosa: Soluções Práticas De Direito*. Vol. 1/2014. São Paulo: DTR\2014\15177, p. 31-107.

<sup>17</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27-29.

<sup>18</sup> MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 15.

Excetuando-se as situações em que será necessária intervenção estatal na vida familiar para garantia de direitos fundamentais mais relevantes que a própria convivência familiar, as tensões oriundas de divergências religiosas entre pais e filhos podem ocorrer, no momento do reconhecimento, pelos pais, da maturidade e da autonomia do adolescente para decidir questões religiosas. Certo é que no exercício do poder familiar, quanto maior a dependência, maior o poder de escolha dos genitores. Os pais terão o poder de escolha maximizado enquanto os filhos estiverem em tenra idade e deverão se encaminhar ao respeito à vontade dos filhos quando estes se aproximarem da fase adulta.

Na adolescência, o indivíduo contesta e faz uma releitura do mundo que lhe cerca, passando da assimilação passiva para a autonomia crítica. No Brasil, a Lei 8069, de 1990, estabelece a idade de 12 anos como o início da adolescência. Se nos extremos do início e do fim da menoridade é fácil discernir a quem cabem as escolhas em matéria de liberdade religiosa, a partir da adolescência, a situação se torna nebulosa.

Neste caso, trata-se do direito de um indivíduo desenvolver sua própria religiosidade, que pode ser ou não diversa da dos genitores, assim como a completa ausência dela. Há países que optaram por estabelecer uma maioridade religiosa, fazendo previsão de uma idade na qual o adolescente tem autonomia garantida, em lei, para decidir sua corrente religiosa, vedando o exercício do poder familiar na matéria. Em Portugal, pelo art. 1886 do Código Civil, aos 16 (dezesseis) anos, não cabe mais aos pais o poder decisório sobre a educação religiosa dos filhos<sup>19</sup>, a Constituição da Suíça, através do art. 49º-3, estabelece a mesma idade<sup>20</sup> e na Alemanha, fixou-se os 12 (doze) anos como a idade a partir da qual o adolescente não pode ser forçado a adotar uma crença<sup>21</sup>.

Como não há determinação similar na legislação nacional, a questão permanece na subjetividade da dinâmica familiar, não havendo notícias de precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Entretanto, permanece tarefa assaz difícil sustentar o poder decisório exclusivo, no âmbito do exercício do poder familiar, notadamente depois dos 16 (dezesseis), onde se constata a maioridade política para decisões pessoais (direito ao voto) e se empresta certo consenso da doutrina alienígena.

#### 4. Conclusão

A liberdade religiosa da criança e do adolescente é direito humano internacional e direito fundamental constitucional, garantido e observável no ordenamento jurídico pátrio. Há farta previsão legal aplicável à espécie, devendo atentar-se para o princípio da proteção integral que garante à população infanto-juvenil o gozo de todos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

<sup>19</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos Da Verdade Aos Direitos dos Cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 262.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 262.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 263.

Tanto a liberdade religiosa, em sentido amplo, quanto os direitos fundamentais que são desdobramentos da liberdade religiosa têm aplicação homogênea aos adultos, por isso, para aplicação específica e heterogênea, precisam ser aquilatados de acordo com o grau de desenvolvimento dos infantes. Nos anos iniciais da infância, aos genitores caberá, no exercício do poder familiar, as escolhas de ideologias religiosas para seus filhos, sendo este um dos aspectos do poder-dever do encargo. Nos anos finais da adolescência, caberá aos genitores o respeito às autonomias individuais, notadamente depois dos 16 (dezesseis) anos, quando a legislação pátria estabelece a não interferência do poder familiar no exercício do voto, e a doutrina alienígena já prevê marcos objetivos de maioria religiosa.

O exercício do poder familiar comporta um complexo de direitos e deveres, sendo função desempenhada com o fim de propiciar o desenvolvimento sadio da criança e o do adolescente e sua preparação para a maioria. A função está diretamente vinculada ao seu objetivo finalístico e comporta fiscalização estatal. A intervenção estatal, contudo, deve ser mínima, preservando-se as relações familiares da interferência ideológica, resumindo-se à incidência de danos ocasionados pela violação de direitos fundamentais que veiculem bens jurídicos maiores que a própria preservação da convivência familiar.

O caminho percorrido da dependência completa para a integral independência faz parte de um universo subjetivo familiar, conferindo uma margem de apreciação que precisará levar em conta a sistemática de cada núcleo familiar<sup>22</sup>. À família caberá fazer a redução gradual do exercício do poder familiar, de forma a reconhecer autonomia aos filhos para organização da própria vida, até o limite temporal do poder familiar.

Por fim, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar à criança e ao adolescente o direito à liberdade religiosa.

### Referências Bibliográficas

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A Liberdade de Aprender e a Liberdade das Escolas Particulares*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Liberdade Religiosa e O Estado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. *Levar a Sério a Liberdade Religiosa: Uma Refundação Crítica dos Estudos Sobre Direito das Relações Igreja-Estado*. Coimbra. Ed. Almedina, 2012.

BUISSON, Ferdinand. La Religion, la Morale et la Science – Leur Conflit dans l'Education. P 05, *cit. In* PLANCHARD, Émilie. *Em Defesa da Liberdade de Ensino*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1978.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 424.

<sup>22</sup> Mas, o filhote do homem, apesar da extrema dependência inicial de seus primeiríssimos anos de vida, procurará a liberdade para criar, para crescer, para se desenvolver, para reconstruir a história e a cultura para outros homens refazerem de novo todo o percurso... É desta lógica do homem situado, dependente porém ansioso para a liberdade criadora de nova identidade que conterà a antiga, recebida no meio familiar que se constrói a humanidade. PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 255.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais: Comentários ao Artigo 5º da Constitucional de 1988*. 1ª ed. Bauru: Edipro, 1997.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Cord.); CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (Rev.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o neo(ateísmo)*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos Da Verdade Aos Direitos dos Cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina, 1993.

MENEZES, Joyceane Bezerra; PONTES, Luís Paulo dos Santos. A Liberdade Religiosa Da Criança E Do Adolescente E A Tensão Com A Função Educativa Do Poder Familiar. *Revista Brasileira de Direito*. 11(1): 113-123, jan-jun 2015 – ISSN 2238-0604.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e Seus Sucedâneos Internacionais*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JR, Nelson. *Direito Fundamental À Liberdade Religiosa: Soluções Práticas De Direito*. Vol. 1/2014, São Paulo: DTR\2014\15177.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de Família*. Porto Alegre: Editora, 1990.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: Um Debate Interdisciplinar*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de Família*. Vol. 06. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *Liberdade religiosa e contrato de trabalho: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. 1ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais Na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

UZIEL, Santana; MORENO, Jonatas; TAMBELINI, Roberto (Org.). *O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e religiosos em geral*. São Paulo: ANAJURE, Associação Nacional de Juristas Evangélicos, 2014.





Detalhe da imagem da capa



# Observatório Jurídico





# A Verdade Sobre as Imunidades das Filantrópicas<sup>1</sup>

Ives Gandra da Silva Martins\*

Fátima Fernandes Rodrigues de Souza\*\*

O deputado Arthur Oliveira Maia, relator da reforma da Previdência declarou que pretende incluir, em seu parecer, o fim das desonerações das contribuições sociais auferidas pelas instituições “filantrópicas”, que classifica como “um escárnio e uma aberração”, afirmando que deverão neste ano “custar R\$ 12.945 bi” aos cofres do INSS.

É importante ressaltar que tais desonerações encontram-se previstas na Constituição de 1988, nos arts. 150, VI, “c” e art. 195, § 7º e são destinadas às entidades sem fins lucrativos que se dediquem à educação, à saúde e à assistência social, a fim de estimular a iniciativa privada a colaborar com o Estado em áreas essenciais para as comunidades carentes, como forma de contraprestação por fazerem aquilo que o Estado deveria fazer e que não faz, quer pela insuficiência de recursos, quer pelo assalto aos cofres públicos, de que cotidianamente temos notícias.

Tratando-se, portanto, de desonerações constitucionais, que, nos termos da Lei Maior, representam *limitações ao poder de tributar* (o Estado não pode tributar), o não pagamento dessas contribuições por tais entidades não representa “renúncia fiscal”, *simplesmente porque não é possível ao Estado renunciar aquilo que não tem*.

Os serviços prestados por tais entidades à coletividade carente são inestimáveis, bastando levar em conta que, na área da saúde, o SUS não reajusta os preços dos procedimentos há 10 anos, obrigando as entidades beneficentes de assistência social a subsidiá-los com recursos próprios para que o atendimento à população não seja interrompido. Na área da educação, o mesmo ocorre, pois, mediante o sistema de concessão de bolsas de estudos integrais e parciais, as instituições privadas sem finalidades lucrativas superam e muito os programas oficiais que, reiteradamente, descumprem contratos e interrompem os benefícios. Tanto é assim que, um trabalho técnico desenvolvido ao longo de 13 meses pelo FONIF – Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas registra em pormenores o relevante papel das entidades do terceiro setor em suprir as conhecidas dificuldades do Estado no cumprimento de suas obrigações para com a saúde, educação e assistência social. O estudo revela,

<sup>1</sup> Artigo publicado no portal jurídico Migalhas (<http://www.migalhas.com.br>) em 10/mar./2017.

\* 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). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná. 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).

\*\* Professora do Centro de Extensão Universitária - Escola de Direito/SP. Advogada.

por exemplo, o alarmante fato de que, em quase 1.000 municípios brasileiros, o único hospital existente é o filantrópico.

Toda essa prestação de serviços “custa” para o Estado 2,7% do total da arrecadação da previdência social. Para R\$ 100,00 de desoneração (imunidade), as “filantrópicas” de saúde beneficiaram a sociedade em mais de R\$ 635,00; no setor de assistência social, a cada R\$ 100,00 que a entidade deixou de recolher, despendeu em favor da coletividade mais de R\$ 473,00 no desempenho de atividades caritativas; na educação, para cada R\$ 100,00 de isenção, as entidades desembolsaram R\$ 286,00. Vale dizer, a contrapartida de cada um dos setores desonerados em prol da coletividade corresponde a 3,65 vezes mais do que o valor que recolheriam ao Erário, se não fossem as imunidades constitucionais.

Não obstante isso, como o Poder Público está sempre mais interessado em obter receita – mesmo que indevidamente – do que em respeitar a Constituição e atender ao interesse público, vem, ao longo do tempo, editando leis ordinárias e atos administrativos “instituinto” requisitos para o gozo da imunidade, deixando de expedir os certificados previstos nessa legislação ordinária, tudo com o fito de impedir o gozo da desoneração tributária a que fazem jus. Olvidando que, nos termos da Constituição (art. 146), somente a lei complementar pode estabelecer condições para tal desoneração, e que esses requisitos já estão estabelecidos no art. 14 do Código Tributário Nacional, o Poder Público vem atuando as entidades por falta de recolhimento daquilo que, constitucionalmente, não estão obrigadas a recolher.

Para atalhar esse abusivo procedimento, manifestamente divorciado do interesse público, da lei e da moralidade, a Confederação Nacional da Saúde ajuizou 3 ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, pleiteando o reconhecimento da inconstitucionalidade dessa legislação ordinária. Até porque as imunidades, a teor do art. 146, II da CF, só podem ser reguladas por lei complementar, sendo o art. 14 do Código Tributário Nacional o dispositivo apto a definir os requisitos que devem ser seguidos pelas instituições para gozarem do benefício constitucional.

Após 18 anos de tramitação dessas ações, no último dia 23 de fevereiro, foi, afinal, concluído o julgamento, tendo o Supremo Tribunal Federal, ao apreciá-las juntamente com o RE 566.622 sob o regime de repercussão geral, reconhecido, por unanimidade, que somente a lei complementar pode regular as imunidades constitucionais, e declarando, por maioria, a inconstitucionalidade da Lei 9.732/98 na parte em que alterou a redação do art. 55, III e lhe acrescentou os parágrafos 3º, 4º, 5º; da Lei 9.732/98, arts. 4º, 5º, 7º; da Lei 8212/91, art. 55, inciso II, na redação da Lei 9.429/96; da Lei 8.742/93, art. 18, III e IV; do Decreto 2.536/98, art. 2º, IV e art. 3º, VI, §§ 1º e 4º e único e do Decreto 7.752/91, arts. 1º, IV, art. 2º, IV, §§ 3º, 4º e 7º.

Ao exarar o seu voto no RE 566.622, o Ministro Teori aventou a possibilidade de, embora reconhecendo a inconstitucionalidade da legislação ordinária, manter sua validade por 24 meses, até que o Congresso editasse nova lei complementar. Porém, Sua Excelência restou vencido, até porque a atribuição de “efeitos prospectivos” em ação em que se reconhece a inconstitucionalidade de lei não é acatada pela jurisprudência da Corte.

Finalmente, é de se lamentar que para defender o seu projeto, o deputado distorça a verdade dos fatos, como voltou a fazer, em entrevista no Jornal da Manhã da Rádio Jovem Pan, acusando instituições de educação prestigiadas em São Paulo de não pagarem as contribuições previdenciárias patronais, como se estivessem descumprindo a lei, *sem esclarecer que não pagam porque são desoneradas pela Constituição*.

Estamos, todos os brasileiros, sedentos para que este país seja passado a limpo, proscrevendo-se as mentiras e a corrupção. Porém, para tanto, não basta que a Lava Jato e o Judiciário apontem os corruptos, punindo-os exemplarmente. É indispensável que o Poder Público passe a agir com ética, com respeito à Constituição que, no seu art. 37, exige de todos os agentes públicos obediência ao princípio da moralidade.



# O Poder Geral de Cautela na Recuperação Judicial

Jorge Lobo\*

Diante da pleora de recuperações judiciais temerárias, que visam *exclusivamente* procrastinar o pagamento de dívidas vencidas, juízes do TJRJ e do TJSP vêm nomeando “peritos” para verificarem o regular funcionamento dos negócios sociais e realizarem uma “análise prévia” da documentação exigida no art. 51 da Lei nº 11.101/2005 (LRFE).

Os resultados dos julgamentos dos agravos interpostos contra tais decisões têm sido conflitantes no Rio (*cf.* AI nº 0055037-85.2015.8.19.0000, 22ª CC, pub. 26.11.2015) e em São Paulo (*cf.* AC nº 1006058-41.2013.8.26.0068, 1ª CRDE, pub. 02.02.2016), e as opiniões dos especialistas, divergentes.

Com argumentos de ordem positivista e sociológica, os que condenam essa providência preliminar alegam violação ao princípio da celeridade e que: (a) o art. 52 da LRFE não a prevê; (b) a lei só autoriza o exame, exclusivamente formal e assaz rápido, dos documentos discriminados no art. 51; (c) o despacho de processamento deve ser urgente, sob pena de prejudicar os interesses do devedor e inviabilizar a sua reorganização etc.

Os que a defendem sustentam: (a) não ser o juiz simples “carimbador” da petição inicial; (b) a experiência manda que o juiz se certifique se, de fato, a empresa está em plena atividade; (c) a LRFE não visa à proteção apenas do devedor e dos credores, mas, sobretudo, do interesse público e social etc.

Como conciliar essas duas correntes de opinião, uniformizar a jurisprudência e inibir o ajuizamento de ações de recuperação judicial fadadas ao insucesso, sem pôr em risco a reestruturação das empresas econômica e financeiramente viáveis?

A solução está no direito comparado; no novo Código de Processo Civil (NCPC); em um princípio cardeal do processo civil moderno; na clara inspiração pragmatista da LRFE; no fato de a função jurisdicional ser essencialmente valorativa e não mecânica, e, *principalmente*, porque o juiz tem o poder não apenas de “revelar” o direito, mas, também, de “criá-lo”.

O Código de Falências dos Estados Unidos (*USCode*) suspende o início e a continuação de ação ou procedimento judicial, administrativo ou outro de qualquer natureza contra o devedor (*automatic stay*) (*USCode*, Sec. 362 (a) (1)) imediatamente após a distribuição de uma “ação voluntária” (*voluntary case*) (*USCode*, Sec. 301).

A Lei de Insolvência da Alemanha (*InsO*), ao tratar dos “efeitos decorrentes da abertura do processo de insolvência”, determina a paralisação das execuções singulares em face do devedor (art. 89 da *InsO*) e faculta, aos credores, deliberarem, em assembleia geral, se a companhia deve ser liquidada ou reerguer-se através de um plano de insolvência ou operação de transformação, incorporação, fusão ou cisão.

---

\* Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ. Mestre em Direito da Empresa da UFRJ. Advogado.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE, de Portugal, ao disciplinar o “processo especial de revitalização da empresa”, estabelece que a “comunicação do devedor”, “dirigida ao juiz do tribunal”, de “dar início às negociações conducentes à sua recuperação”, “obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas...” (arts. 17 e 88 do CIRE).

Entre nós, à míngua de comando expresso na LRFE, porquanto, sem dúvida, os arts. 51 e 52 não cuidam, nem mesmo implicitamente, da mencionada “análise ou perícia prévia”, o juiz, ao receber a petição inicial, se entender que há “risco ao resultado útil do processo” (art. 300 do NCPC), pode proferir uma “tutela provisória”.

Com efeito, se o exame dos documentos elencados no art. 51 da LRFE e a verificação do funcionamento das atividades da empresa puderem representar um “perigo de dano” aos direitos e interesses do devedor, ao juiz é facultado, *ex officio*, alicerçado em convicção sumária, expressa em decisão fundamentada (art. 298 do NCPC), decretar uma “tutela de urgência cautelar”.

Na “tutela de urgência”, o juiz suspenderá as ações e execuções contra o devedor e nomeará pessoa de ilibada idoneidade moral e reconhecida capacidade técnica, ou empresa especializada em contabilidade ou auditoria, com a incumbência de proceder, de forma célere, em diligência na sede social, a uma análise circunstancial da situação contábil e operacional da empresa.

Aos que negam o poder geral de cautela do juiz, quer no processo civil comum, quer no processo de recuperação judicial, por inexistir regra expressa no NCPC e na LRFE, respondo com a jurisprudência do egrégio STJ: “(...) ‘a efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado *ex officio*, pois visa ao resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes’” (Quarta Turma, REsp. 1.241.509/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Dje de 01/02/2012).

*Ad cautelam*, o devedor deve requerer, na petição inicial, a concessão de “tutela provisória de urgência antecedente” com a finalidade de prevenir a prolação de despacho que mande proceder à “análise prévia” sem suspender as demandas contra ele, além da liberação da chamada “trava bancária” (apesar da orientação contrária do STJ), a fim de ter a disponibilidade dos recursos decorrentes dos recebíveis dados em garantia fiduciária a instituições financeiras.

Em ambas as hipóteses, estarão resguardados os direitos do devedor, o interesse público e social e, *particularmente*, a eficácia da ação de recuperação judicial.







Detalhe da imagem da capa

A painting in a warm, reddish-brown color palette. A woman in a long, flowing red dress stands on the left, her body angled towards the right. In the background, a stone wall and a wooden cabinet are visible. On the right, a stone tablet or plaque is partially shown with the letters 'LE', 'DU', and 'TA' stacked vertically. The overall style is expressive and somewhat somber.

# Peças Processuais





## Pareceres

• • •

*Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Esclarecimento a respeito da compatibilidade, com o §3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, da minuta de deliberação que regulamenta o voto eletrônico na eleição para a formação da lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

### **Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça**

Processo MPRJ nº 2016.00958893.

Requerente: Diretora de Suporte aos Órgãos Colegiados.

Assunto: esclarecimento a respeito da compatibilidade, com o §3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, da minuta de deliberação que regulamenta o voto eletrônico na eleição para a formação da lista tríplice para o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. A Ilma. Sra. Diretora de Suporte aos Órgãos Colegiados indaga a Vossa Excelência se a minuta de deliberação que regulamenta o voto eletrônico na eleição destinada à formação da lista tríplice, para a escolha do Procurador-Geral de Justiça que dirigirá a Instituição no biênio 2017/2019, encontra-se em harmonia com o disposto no §3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003.

2. Instruem o processo administrativo cópias do art. 8º da Lei Complementar nº 106/2003 (fl. 03) e da minuta de deliberação da eleição para a composição da lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, para o biênio 2017/2019 (fls. 04-08).

3. Os autos, por força do despacho de fl. 09, vieram a esta Consultoria Jurídica para análise.

II

4. A indagação formulada pela Ilma. Sra. Diretora de Suporte aos Órgãos Colegiados diz respeito à compatibilidade, ou não, entre o disposto no art. 8º, §3º, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 e nos arts. 10 e 11 da minuta de deliberação. Para o cotejo analítico desses preceitos, o primeiro passo é o conhecimento dos seus contornos linguísticos, *verbis*:

### **Lei Complementar Estadual nº 106/2003**

**Art. 8º** – O Ministério Público tem por chefe o Procurador-Geral de Justiça, nomeado pelo Governador do Estado dentre integrantes da carreira, com mais de dois anos de atividade, indicados em lista tríplice, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, observado o mesmo procedimento.

**§1º** – A lista de que trata este artigo será composta em eleição a ser realizada entre 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias antes do término de cada mandato, mediante voto obrigatório, pessoal, plurinomial e secreto dos integrantes do quadro ativo da carreira do Ministério Público, considerando-se classificados para compô-la os três concorrentes que, individualmente, obtiverem maior votação.

**§2º** – Em caso de empate, considerar-se-á classificado para integrar a lista o candidato mais antigo na carreira, ou, sendo igual a antigüidade, o mais idoso.

**§3º** – É vedado o voto por procurador ou portador, facultando-se, porém, o voto por via postal aos membros do Ministério Público lotados ou em exercício fora da Capital do Estado, desde que recebido no Protocolo da Procuradoria-Geral de Justiça até o encerramento da votação.

**§4º** – Encerrada a votação, proceder-se-á à apuração no mesmo dia da eleição.

**§5º** – Elaborada a lista, nos termos dos parágrafos anteriores, será remetida ao Governador do Estado, no 15º (décimo quinto) dia anterior ao término do mandato em curso, com indicação das respectivas votações, para escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça, que tomará posse em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

**§6º** – Caso o Chefe do Poder Executivo não proceda à nomeação do Procurador-Geral de Justiça nos 15 (quinze) dias seguintes ao recebimento da lista tríplice, o membro do Ministério Público mais votado, será investido automaticamente e empossado no cargo, pelo Colégio de Procuradores de Justiça, para cumprimento do mandato, aplicando-se o critério do § 2º deste artigo, em caso de empate.

**§7º** – O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça estabelecerá normas complementares, regulamentando o processo eleitoral para elaboração da lista tríplice a que se refere este artigo.

**§8º** – O eleitor impossibilitado de votar deverá justificar o fato ao Procurador-Geral de Justiça. (Destaque nosso.)

### Proposta de Deliberação

Art. 10 – O voto é obrigatório, pessoal e secreto, vedada a sua remessa por outra via que não a prevista nesta Deliberação, não se admitindo, igualmente, a representação do eleitor por terceiro.

Parágrafo único – É facultativo o voto do membro do Ministério Público em gozo de férias ou licenças, não havendo necessidade de suspendê-las para exercer o direito ao sufrágio.

Art. 11 – A votação será realizada, preferencialmente, por meio de computador interligado à rede lógica de dados do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, considerando-se como tal as estações de trabalho instaladas nas dependências da instituição.

§1º – Caso o eleitor queira votar por meio de computador não integrado à rede lógica de dados do Ministério Público, poderá fazê-lo através da rede mundial de computadores (*internet*), devendo, para tanto, realizar contato prévio com a Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação, entre os dias 21 de novembro e 8 de dezembro de 2016, das 9 às 18 horas, para verificar a compatibilidade do equipamento com o sistema e providenciar a instalação do *software* necessário para a votação.

§2º – Será permitido também o exercício presencial do direito de voto, perante a Mesa Receptora e Apuradora, na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados, localizada no 9º andar do edifício sede das Procuradorias de Justiça, situado na Praça Antenor Fagundes, s/nº, Centro, Rio de Janeiro (RJ), onde haverá equipamentos interligados à rede lógica de dados do Ministério Público e dotados de cabinas indevassáveis.

5. O cotejo entre os preceitos, sob o prisma exclusivamente linguístico, permite sejam alcançadas as seguintes conclusões preliminares:

a. o §3º do art. 8º da LCE nº 106/2003 faculta o voto, por via postal, “aos membros do Ministério Público lotados ou em exercício fora da Capital do Estado, desde que recebido no Protocolo da Procuradoria-Geral de Justiça até o encerramento da votação”;

b. os arts. 10 e 11 da minuta de deliberação vedam o voto por outra via que não a prevista neste ato normativo (art. 10, *caput*), prevendo o voto eletrônico, em computador interligado à rede lógica de dados da Instituição (art. 11, *caput*), sendo prevista a disponibilização de terminal junto à Mesa Receptora e Apuradora (art. 11, §2º), ou ligado à *internet* (art. 11, §1º);

c. ao não prever de forma expressa o voto postal, a minuta de deliberação termina por vedá-lo implicitamente.

6. Às conclusões preliminares soma-se a constatação de que compete ao Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 19, III, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, regulamentar a eleição para a formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça. É intuitivo que esse regulamento, ato normativo de natureza infralegal, não pode destoar do seu fundamento de validade, a lei. Caso o faça, a norma regulamentar será inexoravelmente inválida.

7. À luz do exposto, surge o questionamento fundamental, verdadeiro sopro anímico da indagação formulada pela Ilma. Sra. Diretora de Suporte aos Órgãos Colegiados: a minuta de deliberação, por não disciplinar o voto postal, vedando-o implicitamente, deve ser considerada ilegal? Com todas as vênias daqueles que prezam a literalidade em detrimento da essência, a resposta há de ser negativa. E isso por uma razão muito simples: a literalidade do texto normativo não apresenta uma relação de sobreposição com a norma jurídica a ser delineada pelo intérprete.

8. Como já tivemos oportunidade de afirmar, ao lançarmos os olhos sobre as distintas teorias da interpretação ou, de modo mais preciso, sobre aquelas teorias que conferem a devida importância aos referenciais de natureza semiótica, é possível afirmar que os enunciados linguísticos podem apresentar uma funcionalidade dúplice: ou irão figurar como objeto da interpretação, permitindo que deles seja extraído o significado da norma; ou serão vistos como fonte exclusiva do significado normativo, que neles está insito, devendo ser tão somente conhecido pelo intérprete. No primeiro caso, o intérprete desenvolve um discurso interpretativo, sendo reconhecida a dicotomia entre texto e norma; no segundo, realiza um discurso meramente descritivo, em que os referenciais de texto e norma se sobrepõem, ocupando o mesmo plano existencial. Essa última concepção, prevalecente no período oitocentista e bem sintetizada na célebre síntese de Montesquieu, no sentido de que “o juiz não é senão a boca que pronuncia as palavras da lei”, está em franco desuso. Afinal, não consegue explicar como o mesmo texto pode receber significados distintos com o evoluir do tempo, adaptando-se às mudanças da sociedade sem a necessária intermediação do Poder Legislativo.

9. Em face de à nítida concorrência de fatores extrínsecos e intrínsecos na sua formação, é possível afirmar que a norma jurídica não é propriamente interpretada, mas



obtida com a interpretação:<sup>1</sup> o objeto da interpretação (*rectius*: objeto do pensamento<sup>2</sup>) é o enunciado linguístico textual (*obiectum affectum*), a norma o seu resultado (*obiectum effectum*).<sup>3</sup> Assim, somente é possível falar em *interpretação da norma* se tomarmos *norma* como *texto normativo*, não como enunciado deôntico pronto e acabado, como significado sujeito, tão somente, à averiguação do intérprete. O legislador não é o autor da norma jurídica, mas, sim, do enunciado linguístico que a originou.<sup>4</sup> O enunciado linguístico não é a norma, mas um dos fatores que concorrem para a sua formação, fator, aliás, de indiscutível relevância, isso em razão dos limites que estabelece para a atividade do intérprete,<sup>5</sup> interpondo-se entre a fonte de direito<sup>6</sup> e a norma.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Cf. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 276; QUADRI, Rolando. Dell'Applicazione della Legge in Generale. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile*. Arts. 10 a 15. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1974, p. 215; JORI, Mario; PINTORE, Anna. *Manuale di Teoria Generale del Diritto*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 240-241; FALCON, Giandomenico. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1991, p. 19; CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Vol. II. Tomo I. 6ª ed. Verona: CEDAM, 1993, p. 46-47; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Tomo II. 12ª ed. Padova: CEDAM, 1991, p. 1426; VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 2001, p. 147; Cf. VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6ª ed. Roma: Laterza, 2009, p. 117; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. Vol. I. Il sistema delle fonti del diritto. Torino: UTET, 1987, p. 69; HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 27ª ed. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 59; OST, François. *Retour sur l'interprétation*, p. 127 (139); PERELMAN, Chain. *Les Antinomies en Droit. Essai de synthèse*. In: PERELMAN, Chain. *Les Antinomies en Droit*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant. 1965, p. 392 (402-403); ZIEMBINSKI, Z. Le contenus et la structure de normes concédant les competences. In: BERNARDO, Giuliano Di. *Normative structures of the social world*. Amsterdam: Rodopi, 1988, p. 159 (161); WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. de Arantxa Azurza. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 25-26; BUNG, Jochen. *Theorie der Interpretation*: Davidson. In: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas (orgs.). *Neue Theorien des Rechts*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, p. 271 (282-283); PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 80-81; USERA, Canosa. *Interpretación Constitucional*, p. 6 e 25; QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 85-87 e 178-179; COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição: Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 660 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16, 22, 32, 33 e 60; NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 79; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 581 e 593; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 23, 28, 31 e 80-85; FILHO, Ney de Barros Bello. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2003, p. 22-23; FILHO, Nagib Slaibi. *Diritto Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 51-52 e 182-201; BEZERRA, Paulo César Santos. *Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 147; BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259 (268-269).

<sup>2</sup> Cf. WEINBERGER, Ota. The Norm as Thought and as Reality. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota (org.). *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Netherlands: Springer, 1986 (reimp. de 1992), p. 31 (35).

<sup>3</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 47.

<sup>4</sup> A respeito da distinção entre texto e norma, a nomenclatura utilizada é bem diversificada. Ferrajoli, por exemplo, denomina o primeiro de "enunciado", enquanto a segunda, que consubstancia o significado atribuído ao texto, é a "proposição" (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. I. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 217).

<sup>5</sup> Cf. CRISAFULLI, Vezio. Atto normativo. In: *Enciclopedia dell diritto*. Vol. IV (1959). Milano: Giuffrè, 2007, p. 238, § 13.

<sup>6</sup> Como lembrado por Aarnio, a fonte de direito é uma "ferramenta técnica", não uma "fonte material" a serviço do intérprete (*The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. The Netherlands: Springer, 1987, p. 77).

<sup>7</sup> Cf. VERGOTTINI. *Diritto Costituzionale*, p. 146.

10. Norma, texto e ato de produção do texto ostentam, nessa ordem, além de funcionalidades distintas, uma relação decrescente de proximidade e relevância para com a realidade. A norma *não é*: o enunciado linguístico inserido na lei, a disposição que o absorve, o querer ou a intenção de quem os produziu e tampouco é um dado objetivo ínsito no texto, suscetível de mera apreensão pelo intérprete. A norma é significado, obtido, pelo intérprete, a partir de significantes textuais sob a influência do contexto. Dwokin<sup>8</sup> já ressaltara que “[/]aw is an interpretive concept”, sendo necessariamente influenciado pelas exigências da realidade. É importante ressaltar que a norma aqui referida ocupa uma posição intermédia entre o enunciado linguístico e a denominada “norma de decisão”, que oferecerá a solução para o caso concreto: a primeira é individualizada após a superação da interpretação jurídica; a segunda, por sua vez, pode ter sua formação condicionada à solução de antinomias, presentes sempre que duas ou mais normas antagônicas entre si possam incidir sobre a mesma situação concreta.

11. Ao interpretarmos o texto normativo, o primeiro fator a ser considerado diz respeito à sua estrutura léxica e gramatical, o que permitirá aferir a presença de ambiguidade ou vagueza, semântica ou sintática, nos significantes linguísticos interpretados. Como a linguagem, enquanto instrumento necessário à realização do processo de comunicação normativa, sempre se projetará em um dado contexto, indicando que o texto normativo, em face da sua abstração e pretensão de permanência,<sup>9</sup> precisa ser constantemente descontextualizado (em relação ao momento de seu surgimento) e recontextualizado (em relação ao momento de sua aplicação), não é possível considerar os significantes linguísticos em uma dimensão atemporal. Essa constatação bem explica o processo de surgimento e desenvolvimento do que se convencionou chamar de mutação constitucional.

12. É factível que a individualização daquilo que o povo considera um “corpo normativo ideal” tende a variar de geração para geração, consequência dos valores que se desprendem do contexto e das aspirações e necessidades que a cada dia surgem e se renovam. A conexão existente entre as distintas gerações, necessária para o delineamento do alicerce cultural de qualquer povo, exige a combinação dos referenciais de identidade e diferença:<sup>10</sup> identidade para viabilizar a continuidade e assegurar o aproveitamento do “adquirido”; diferença para buscar a constante atualização dessa identidade à luz das peculiaridades do contexto. A legislação não permanece indiferente a essa relação: sua identidade é assegurada com o respeito à indenidade dos seus significantes linguísticos, incluindo os limites interpretativos que oferecem; a diferença, por sua vez, é garantida ao torná-la permeável aos fatores extrínsecos, oferecendo novas possibilidades de significado que se mostrem mais ajustadas ao momento de sua interpretação. Assegura-se, assim, a permanência da

<sup>8</sup> *Law's Empire*. 11ª reimp. Massachusetts: Harvard University Press, 2000, p. 87.

<sup>9</sup> Cf. LEVINSON, Sanford. Designing an Amendment Process. In: FERREJOHN, John A.; RAKOYE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Org.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 271 (287).

<sup>10</sup> Cf. BARSHACK, Lior. Time and the Constitution. In: *IJCL*. Vol. 7. Nº 4. Outubro de 2009, p. 553 (566).

ordem jurídica, que, longe de ser fossilizada, tem a sua identidade constantemente construída e reconstruída, de modo a preservar a individualidade de cada geração.

13. O segundo fator a ser considerado pelo intérprete ou, melhor dizendo, conjunto de fatores, não obstante interligado ao primeiro, possui individualidade própria. Diz respeito ao contexto. A relação de estrita dependência mantida entre o texto e o contexto, com influência direta na correlação entre significantes e significados, exige do intérprete a correta apreensão dos fatores que concorrem no delineamento da variável dinâmica dessa equação. O que se verifica, em verdade, é uma íntima ligação entre fatores intrínsecos, afetos à linguagem do objeto interpretado, que devem ser contextualizados com a necessária consideração de todos os fatores extrínsecos relevantes, e a individualidade que caracteriza esses últimos, contribuindo, mesmo, para a ampliação dos significados em potencial.

14. O contexto com o qual os significantes linguísticos devem interagir pode ser visto sob uma perspectiva dúplice, podendo assumir contornos linguísticos ou não linguísticos.<sup>11</sup> O contexto linguístico, por sua vez, pode ser dividido em puramente linguístico ou sistêmico.

15. O contexto puramente linguístico é integrado pelas especificidades da linguagem utilizada, fator que exerce influência direta na individualização dos significados. A linguagem utilizada na formulação do enunciado linguístico, se ordinária ou de propósitos específicos, como a jurídica, influi no delineamento do respectivo significado, o mesmo ocorrendo em relação às subdivisões eventualmente existentes no âmbito de cada linguagem específica (v.g.: a terminologia própria do direito constitucional, do direito civil, do direito penal etc.). Ainda que a linguagem específica faça intenso uso de significantes característicos da linguagem ordinária, é necessário identificar em que situações o significado ordinário deve ser preterido em prol do técnico. É de todo relevante compreender o *acquis linguístico*, presente nas distintas convenções existentes no ambiente sociopolítico, o que permite que sejam associados significantes e significados de modo a tornar possível a compreensão pelos participantes do processo de comunicação.

16. O contexto sistêmico, como deriva de seus próprios contornos semânticos, há de ser visto a partir da interação entre grandezas inseridas num mesmo plano existencial. Nessa perspectiva, é plenamente factível que certos enunciados linguísticos possam influir sobre o sentido de outros, o mesmo ocorrendo em relação à forma em que são dispostos na frase. Estruturada a frase, o seu sentido será inevitavelmente influenciado pelas demais frases inseridas no texto ou no sistema de textos. No plano normativo não é diferente. Termos técnicos, quando analisados em sua individualidade, podem receber sentidos em tudo, destoantes daqueles que receberiam quando acompanhados de outros significantes linguísticos, colhidos na linguagem técnica ou ordinária. Os enunciados linguísticos, do mesmo modo, terão o seu significado influenciado pelos demais enunciados do texto e este, por sua vez, por outros textos do sistema.

<sup>11</sup> Cf. OST, François. Retour sur l'interprétation. In: *Journal of Legal Interpretation (Reasonableness and interpretation)*. Münster: LIT Verlag, 2003, p. 127 (139).

17. Sob a epígrafe do contexto sistêmico estão igualmente incluídas as demais normas jurídicas, extraídas das fontes formais ou não formais do direito. Conquanto não estejam inseridas no mesmo plano existencial dos enunciados linguísticos ainda carentes de interpretação, essas figuras mantêm entre si uma relação de antecedente e consequente, o que faz surgir uma situação de dependência recíproca: enquanto a *ratio essendi* do enunciado é dar origem à norma, esta é construída sobre os balizamentos por ele estabelecidos. As demais normas devem ser necessariamente consideradas pelo intérprete em momento anterior à finalização do processo de interpretação. Com isso, rende-se homenagem ao postulado de coerência, evitando, tanto quanto possível, que seja escolhido significado que comprometa a harmonia do sistema, precipitando a eclosão de conflitos normativos.

18. Por fim, o contexto não linguístico ou ambiental está associado à realidade propriamente dita, englobando todos os fatores circunstanciais existentes no momento em que deflagrado o processo de interpretação, bem como os valores que a partir deles se formam. Esses fatores apresentam feições extremamente variáveis, sendo certo que a interpretação tende a se aproximar de um referencial de completude argumentativa, na medida em que o intérprete logre êxito em identificá-los e apreendê-los com a maior amplitude e intensidade possíveis. Fatores dessa natureza refletem o modo de interação entre texto e realidade, o que exige a correta apreensão do ambiente sociopolítico em que a futura norma se projetará e os efeitos que produzirá nesse ambiente: no primeiro caso, exige-se o delineamento da base cultural que permeia toda a sociedade politicamente organizada, alcançando todos os valores que lhe dão sustentação; no segundo, o modo de interação da futura norma com essa base cultural, que alcança, igualmente, as suas expectativas políticas e econômicas.

19. Como se constata, o processo de interpretação não nasce e se desenvolve em um ambiente puramente teórico, indiferente ao seu entorno. Afinal, a ele se somam fatores de natureza nitidamente pragmática. Como ressaltado por Häberle, é necessário ter sempre presente a tríade "*Texten, Theorien und Praxis*". Essa constatação bem ilustra a sentença de Patterson, no sentido de que a "*interpretação sozinha não gera conhecimento.*" A exemplo da linguística, que somente pode se desenvolver se convenções intersubjetivas, colhidas na prática, permitirem a compreensão das palavras em um mesmo sentido, a interpretação não prescinde de fatores extrínsecos. Recorrer a uma interpretação asséptica, que surge e se desenvolve com a só consideração do individualismo do intérprete, é um "não início", já que desconectada dos demais fatores que concorrem para a formação do significado. O discurso dogmático-jurídico é, em si, um discurso sobre questões práticas. É, em consequência, também um discurso prático.

20. O terceiro fator diz respeito à necessidade de estruturação da norma em harmonia com os fins a serem alcançados. É perfeitamente factível a possibilidade de a norma jurídica ser estruturada de modo a alcançar os fins a que se destina ainda que, para tanto, precise se distanciar do significado mais óbvio sob o prisma da literalidade do texto normativo.

21. Ao analisarmos a situação concreta, podemos afirmar, sem qualquer receio, que o fim almejado pelo § 3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 era o de evitar que o membro do Ministério Público em atuação fora da capital do Estado fosse obrigado a deslocar-se até a sede para votar. O objetivo, por certo, ao fazer menção ao “voto por via postal”, não foi o de privilegiar o “serviço postal”, de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, V, da Constituição da República.

22. Pouco mais de 13 (treze) anos após a promulgação da Lei Orgânica Estadual, a Instituição detém tecnologia suficiente para implantar o sistema eletrônico de votação. Com a sua implantação, os fins almejados com o § 3º do art. 8º serão alcançados com maior economia e rapidez. Afinal, o membro do Ministério Público poderá votar no local em que se encontrar, sequer precisando deslocar-se para uma agência do correio. Não é demais lembrar que a Instituição forneceu a cada um dos seus membros um computador portátil, o que viabilizará o próprio exercício do direito de voto.

23. Portanto, é plenamente possível que à expressão linguística “voto por via postal” seja atribuído o sentido de “voto não presencial”, alcançado, dessa maneira, os fins almejados. Negar essa possibilidade seria o mesmo que impedir, por exemplo, que, caso o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instituisse um serviço de malote interligando todas as unidades administrativas com a Capital, ainda assim seria necessário o uso do serviço postal da União.

24. Por fim, ressalte-se que, caso a Instituição deseje manter-se adstrita à literalidade do comando do § 3º do art. 8º da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, não há qualquer óbice à coexistência do voto eletrônico com o voto postal. Note-se que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, mais especificamente nos arts. 13 e 14 das Deliberações nº 20 e 27 do Conselho Superior do Ministério Público, que regulamentaram, respectivamente, as eleições para a composição da lista tríplice nos anos de 1992 e 1994, a Instituição já admitiu a possibilidade de totalização dos votos por correspondência após os votos presenciais (docs. em anexo).

### III

25. É o que parece a esta Consultoria Jurídica.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2016.

**EMERSON GARCIA**

Consultor Jurídico



*Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa. 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama. Desvio de medicamentos da Secretaria Municipal de Saúde, facilidades na obtenção de remédios de controle especial, atestados médicos, exames e procedimentos médicos. Pedido de condenação por prática do ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 10 e 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, ressarcimento integral do dano, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.*

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO PEDRO DA ALDEIA/RJ

**Inquérito Civil Público nº 01-045/2013**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama, através do Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, perante esse r. Juízo, com fundamento nos artigos 129, inciso III, da Constituição da República, 34, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 e 17 da Lei nº 8.429/1992, ajuizar a presente

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA C/C RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

em face de:

**I. ANDRÉ LUIZ LEITE DOS SANTOS**, vulgo “André de Gilson”, brasileiro, natural de São Pedro da Aldeia, casado, militar da reserva, Vereador no Município de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade nº 108170119, expedida pelo IFP/RJ, inscrito no CPF sob o nº 079.569.747-39, residente e domiciliado à Rua Valter Santos, nº 238, Porto da Aldeia, São Pedro da Aldeia.

**II. CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO**, brasileiro, natural de Valença, casado, médico, Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade nº 52662518, expedida pelo CRM/RJ, inscrito no CPF sob o nº 895.050.427-87, residente e domiciliado à Rua Anduras, 20, Jardim Nautilus, Cabo Frio, também podendo ser encontrado à Rua General Alfredo Bruno Martins, 278, apto. 403, Braga, Cabo Frio.

**III. LUCIANO DE AZEVEDO LEITE**, vulgo “GUGA DE MICA”, brasileiro, natural de Cabo Frio, casado, Vereador no Município de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade nº 098856974, expedida pelo DETRAN/RJ, inscrito no CPF sob o nº 073.658.177-47, residente e domiciliado à Rua Marechal Juarez, casa 192, São João, São Pedro da Aldeia.

**IV. AGUINALDO SODRÉ**, brasileiro, natural de São Pedro da Aldeia, solteiro, Vereador no Município de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade

nº 77341600, inscrito no CPF sob o nº 96169834749, residente e domiciliado à Rua Pedro Américo, 64, Boqueirão, Mesquita, São Pedro da Aldeia, também podendo ser encontrado nos seguintes endereços: Rua Pedro Américo, 4917, Baleia, São Pedro da Aldeia e Rua Belgado, São Cristóvão, Cabo Frio.

**V. ADALBERTO JOSÉ DO AMARAL FERREIRA**, brasileiro, solteiro, natural de São Pedro da Aldeia, Vereador no Município de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade nº 59956714, inscrito no CPF sob o nº, residente e domiciliado.

**VI. JORGE ANTONIO TAVARES LESSA**, brasileiro, natural de São Pedro da Aldeia, casado, Vereador no Município de São Pedro da Aldeia, portador da carteira de identidade nº 113047971, expedida pelo DETRAN/RJ, inscrito no CPF sob o nº 7552438703, residente e domiciliado à Rua 09, casa 14, Parque D' Aldeia, São Pedro da Aldeia, também podendo ser encontrado à Avenida Teixeira e Souza, 159, Centro, Rio de Janeiro.

**VII. VICTOR HUGO FARIAS DE LIMA**, brasileiro, solteiro, natural de São Pedro da Aldeia, Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, na época dos fatos, portador da carteira de identidade nº 120883855, inscrito no CPF sob o nº, residente e domiciliado à Rua Amélio Soares dos Santos, 179, Baixo Grande, São Pedro da Aldeia.

**VIII. MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA**, pessoa jurídica de direito público interno, a ser citado na pessoa de seu representante legal, na forma do art. 12, inciso II do Código de Processo Civil, inscrita no CNPJ sob o nº 28.909.604/0001-74, com sede administrativa situada na Rua Marques Cruz nº 61 – Centro – São Pedro da Aldeia – RJ pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir delineados.

## 1. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o advento da atual Carta Política, foi conferida ao Ministério Público a função de *“... zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição...”* (art. 129, II), sendo que, para fazer cumprir este mandamento, dotou-lhe do poder de *“... promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”*. (art. 129, III).

Em compasso com as diretrizes da nossa lei maior, a Lei de Ações Cíveis Públicas (Lei Nacional nº 7.347/1985), assim como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/1993), também asseguram aos membros do *Parquet*, respectivamente em seus arts. 8º, § 1º e 25, IV, *“a”, a prerrogativa de “... promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”*. (texto extraído da Lei 8.625/1993 que, em essência, corrobora aquela existente na Lei 7.347).

*Há, por conseguinte, correlata disposição no artigo 17 da Lei 8.429/1992.*



A Constituição Federal de 1988 conferiu amplíssimos poderes ao Ministério Público, sendo que uma de suas primordiais funções é a tutela dos interesses difusos relacionados ao patrimônio público.

A Carta Magna, de maneira brilhante, ao mesmo tempo em que preconizou a ideia da necessidade de uma maior participação e controle por parte da sociedade, viu que era possível conferir poderes e prerrogativas a um órgão, que em nome da sociedade também realizasse um controle da atuação dos agentes públicos, sempre procurando prestigiar os princípios norteadores da Administração Pública: *legalidade, eficiência, publicidade, moralidade e impessoalidade*.

O Superior Tribunal de Justiça segue a toada aqui versada no enunciado nº 329 da Jurisprudência Dominante, conforme redação a seguir:

*“O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO”.*

O desvio de função que vai de encontro com algumas das bases da sociedade deve ser controlado e coibido, devendo o Ministério Público utilizar os meios possíveis e necessários para tal, razão pela qual incontroversa é a legitimidade do Ministério Público para propositura da presente demanda.

## 2. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Conforme se depreende da redação prevista nos artigos 3º e 6º da lei 8.429/1992, pretendeu o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes e/ou terceiros que tenham, de alguma forma, concorrido ou se beneficiado da improbidade leva à ocorrência de litisconsórcio necessário no polo passivo, na forma do artigo 47, CPC, com a possibilidade, inclusive, de aplicação do artigo 7º, III, da Lei 4.717/65 em razão do regime integrado de mútua complementariedade que deve vigorar no campo das ações coletivas.

Legitimados passivos da Ação Civil Pública de Improbidade são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba. Assim, estão sujeitos à incidência reparatório-sancionatória da Lei 8.429/92 todos os agentes públicos que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função (art. 2º), tenham violado o patrimônio público.

Também aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos (terceiros, na dicção do art. 5º), tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (art. 3º).

Como se vê, buscou o legislador a responsabilização de todos aqueles que tenham, de alguma forma, praticado ou concorrido à concretização da improbidade, sendo bastante amplo o campo de incidência da norma. A pluralidade de agentes e terceiros enseja a ocorrência de litisconsórcio necessário no polo ativo, na forma do artigo 47 do Código

de Processo Civil. Considerando que se trata de litisconsórcio por determinação legal, o mesmo será simples, possibilitando, por via de consequência, uma relação jurídica cindível.

Consoante explica José Armando da Costa, “essa coautoria delitual disciplinar com pessoas estranhas ao serviço público, *ad instar* do art. 3º da Lei nº 8.429/1992, abriga a participação do particular em três distintos momentos: o anterior à prática da infração (o ato de induzimento), o concomitante à sua prática (coadjuvação concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade).<sup>1</sup>

Assim, inegável concluir pela legitimação passiva dos demandados. Os réus ANDRÉ LUIZ LEITE DOS SANTOS, LUCIANO DE AZEVEDO LEITE, AGUINALDO SODRÉ, ADALBERTO JOSÉ DO AMARAL FERREIRA e JORGE ANTONIO TAVARES LESSA, na condição de Vereadores da Câmara Municipal de São Pedro da Aldeia e de então candidatos ao mesmo cargo político, diante do desolador quadro fático da saúde pública em sua cidade, aproveitaram-se da necessidade dos cidadãos que não conseguem acesso ao setor privado da saúde para facilitar a obtenção dos votos.

O réu CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO, então Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, participava de todo o esquema montado, pois fornecia não só o seu Gabinete, como também receituários, formulários de solicitação de exames, carimbos e assinaturas para que o grupo lograsse o intento.

O réu VICTOR HUGO F. DE LIMA, na condição de Chefe de Gabinete do Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, participava do mesmo esquema, mediante o armazenamento e fornecimento de toda documentação necessária.

A bem da verdade, consoante as peças de informação que resultaram na instauração do Inquérito Civil em epígrafe, houve captação ilícita de sufrágio.

Em relação à *necessidade de se incluir no polo passivo da relação processual o Município*, a Lei de Improbidade é clara neste sentido, bem como toda a doutrina sobre o tema. Dispõe o § 3º, do art. 17 da citada lei, *in verbis*:

No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial ou indicar os meios de prova que disponha.

Quanto a este dispositivo legal, lecionam os Professores Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernandes Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

sempre que a ação for proposta pelo Ministério Público, cumprirá ao Juízo ordenar a citação da pessoa jurídica lesada, para, querendo,

<sup>1</sup> *Contornos jurídicos da Improbidade Administrativa*. Brasília: Editora Brasília Jurídica Ltda, 2000, p. 21.

integrar a lide, seja contestando o pedido ou assumindo a condição de litisconsorte ativo (*Imp. Administrativa*, p. 210).

Em virtude da *impossibilidade de existir um litisconsórcio ativo necessário*, pois não se pode obrigar uma pessoa a litigar em juízo, e, também, esvaziaria por completo o fundamento da legitimidade disjuntiva, mister se faz a inclusão da pessoa jurídica de direito público no polo passivo da relação processual, conferindo-se a possibilidade para a mesma de anuir os pedidos, integrando assim o polo ativo, ou contestar a demanda, assumindo a posição de réu da presente ação.

Dessa forma, indiscutível a necessidade de litisconsórcio passivo na presente ação.

### 3. BREVE RESUMO DA DEMANDA

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Araruama, em face do Secretário Municipal de Saúde, do Chefe de Gabinete e de diversos Vereadores da cidade de São Pedro da Aldeia.

A presente demanda pretende obter a condenação de todos os envolvidos nas sanções descritas no artigo 12, incisos I ao III da Lei 8.429/92, posto verificada, no bojo do Inquérito Civil nº 01-045/2013, a ocorrência de atos de improbidade administrativa praticados com espreque eleitoral, tem como *modus operandi* o abuso do poder econômico e político, bem como captação ilícita de sufrágio.

Os réus da presente demanda, por meio de desvio de medicamentos da Secretaria Municipal de Saúde, com a devida participação do Secretário Municipal de Saúde, prometiam aos cidadãos facilidades na obtenção de remédios, inclusive de controle especial, atestados médicos, solicitação de exames e procedimentos médicos e até mesmo o licenciamento anual dos veículos sem a necessidade, imperiosa, diga-se, de submissão ao procedimento de vistoria.

Após a realização de diversas diligências, constatou-se que os Gabinetes dos Vereadores, bem como o do Secretário Municipal de Saúde, eram verdadeiros consultórios médicos, com uma central de marcação de exames e procedimentos clínicos dos mais diversos com o fito precípua de obter aproximação indevida dos eleitores.

É de curial sabença a situação precária da saúde pública no Brasil, bem como o difícil acesso das camadas mais desfavorecidas ao setor privado. Assim, valendo-se deste sombrio quadro que está longe de ser alterado, os réus da presente demanda buscavam facilitar, por meio de indevido intermédio, o acesso de parcela da população, com indicações de asseclas, aos medicamentos e procedimentos clínicos.

Ao invés de buscarem, mediante o uso devido de suas prerrogativas e poderes, a melhoria da saúde pública de sua cidade, os réus preferiram mantê-la em seu estado caótico para, com isso, facilitar a perpetuação no poder. Fato lamentável, impende registrar, deveras comum na seara política de nosso Estado.

Tais fatos restaram sobejamente demonstrados ao longo da instrução do referido Inquérito Civil.

### **3.1. Supedâneo Fático: Inquérito Civil Público nº 01-045/2013**

O *Inquérito Civil de nº 01-145/2013*, que instrui a presente demanda, foi deflagrado em 09 de maio de 2013 e decorreu do recebimento de peças de informação enviadas pelo Juízo da 59ª Zona Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

Foram enviadas as cópias dos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, por abuso do poder político, decorrente da captação ilícita de sufrágio, tombada sob o nº 332-30.2012.6.19.0059. Esta demanda ainda encontra-se em andamento perante o Tribunal Superior Eleitoral, conforme certidão de fl. 304.

Consta dos autos que o Vereador André Luiz Leite dos Santos fornecia receituários médicos e remédios, facilitava marcação de consultas médicas, exames e cirurgias para os eleitores, com o nítido propósito de captar, de forma ilícita, o sufrágio.

Diante de denúncias que chegavam ao conhecimento da Promotoria Eleitoral da cidade de São Pedro da Aldeia, foram requeridas ao Juízo Eleitoral diversas buscas e apreensões em diversos locais. O resultado destas cautelares, devidamente deferidas e executadas, foi o pleno convencimento do Ministério Público Eleitoral e do Juízo Eleitoral da nefasta prática, pois foram recolhidos diversos documentos, receituários e congêneres nos locais que receberam as diligências.

Este é o breve resumo do suporte fático da presente demanda, com o fito de servir de introdução para a narrativa abaixo.

### **3.2. Da denúncia recebida pela Polícia Federal (fls. 252/256)**

No dia 22.06.2012 foi recebida denúncia, inicialmente encaminhada à Delegacia de Polícia Federal, contendo narrativa de inúmeras fraudes supostamente praticadas no interior das Secretarias Municipais de São Pedro da Aldeia. Entre os fatos narrados na denúncia, destaca-se o seguinte trecho, posto imprescindível para o deslinde do feito:

(...) Na Secretaria de Saúde. Essa sim é a campeã em corrupção. Essa Secretaria é a responsável pelas maiores corrupções que existe no país. É comandada pelo Dr. Carlos César, segundo informações veio fugido de outros Municípios pelo que lá praticava. O Secretário aqui chegou caiu nas graças do Prefeito. Ao chegar trouxe um tal de Marcos Prôlo, um ex-servidor de serviços gerais do Município de Iguaba Grande e logo foi formando uma quadrilha (...) montou manobras com pré candidatos a Vereador, receitando remédios desordenados a laranjas para estocarem remédios das farmácias populares e as farmácias municipal (*sic*), deixando todas desguarnecidas, ficando realmente quem precisa do remédio sem

os mesmos (...) hoje qualquer pré candidato possui, no porta luvas do seu carro, blocos de receita médica e remédios. Os blocos são preenchidos por terceiros e o Dr. Carlos Cesar assina (...).

### 3.3. Das diligências realizadas

Diante da aludida denúncia, bem como de outras recebidas pela Promotoria Eleitoral, mas atreladas aos mesmos fatos, foram encetadas diversas diligências.

Os policiais militares do Grupo de Apoio aos Promotores (GAP-MPRJ) realizaram diversas diligências logrando reunir evidências da distribuição de receituários médicos em branco, com assinaturas evidentemente distintas, embora todas ostentassem o carimbo do médico Dr. Carlos Cesar C. Machado, então Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia.

Diante da convergência entre o teor das denúncias e os indícios colhidos pelo GAP, o Ministério Público Eleitoral requereu o deferimento da medida cautelar de busca e apreensão na residência e suposto comitê de campanha do Vereador indicado na denúncia, nos gabinetes e veículos dos vereadores desta comarca e no gabinete e eventual consultório do Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia e na própria Secretaria.

Com o deferimento da medida cautelar referida, os agentes do GAP/MPRJ, acompanhados pelo Oficial de Justiça, cumpriram o mandado de busca e apreensão, que resultou no Relatório de Missão 230/2012 e no auto de apreensão lavrado pelo cartório da 59ª Zona Eleitoral.

#### 3.3.1. Do Relatório de Missão 230/2012 do GAP (fls.11/103)

Consoante o requerimento de busca e apreensão formulado (fls. 104/109), bem como a decisão de deferimento (fls. 147/153), os agentes do GAP, no dia 29/08/2012, se dirigiram aos locais indicados nos mandados (fl. 38) com o objetivo de apreender receituários e atestados médicos preenchidos ou em branco; carimbos com nome do médico Carlos Cesar Carvalho Machado; estoques de remédios; estoques de materiais que possam ser utilizados para compra de votos; documentos de veículos que estejam em nome de terceiros estranhos ao destinatário.

*Conforme relatado à fl. 14, no interior do gabinete do Vereador André Luiz Leite dos Santos, ora réu, foram encontrados:*

Foi responsável por esta busca o SGT PM DE SOUZA (GAP CABO FRIO), o agente, ao chegar ao local, foi recebido pelo Vereador André, que leu e assinou o mandado de busca, tendo sido apreendidos os seguintes materiais: *uma agenda para marcar consultas médicas, pedidos em branco de marcação de consultas, receituários, solicitação de exames, cartão de gestante, tratamento fora do domicílio, laudo médico, solicitação de procedimento cirúrgico e outros (ANEXO IV).*

O anexo IV referido no relatório foi acostado aos autos às fls. 32/35.

O Ministério Público Eleitoral, no bojo da inicial de Investigação Judicial Eleitoral, aduz que o relatório do Chefe do Cartório da 59ª Zona Eleitoral, contendo os objetos apreendidos em cada local das diligências, indica que foram apreendidos (fl. 215):

a) Um caderno contendo relação com nomes e números de telefones de inúmeras pessoas, bem como o tipo de especialidade médica supostamente desejada: "Ortopedista", "Oftalmologista", "Neurologista", "Ginecologista", "Cardiologista", "Urologista", "Dermatologista" etc., constando ao lado dos nomes de algumas pessoas a sigla "OK"; b) cópias de documentos pessoais de pessoas distintas, contendo em um deles as anotaes: "Marcar cardiologista" – "Aos cuidados de André" e no outro "Consulta com médico angiologista"; c) pedidos de exames (original e cópia) em nome de pessoas diversas; d) um original de cartão de gestante; e) solicitação de procedimento cirúrgico.

*Conforme relatado às fls. 15/17, no interior do gabinete do Vereador Luciano Azevedo Leite, vulgo Guga de Mica, ora réu, foram encontrados:*

Foram os responsáveis por esta busca o SGT PM RICARDO (GAP CABO FRIO) e o SGT PM VASCONCELOS (GAP CAMPOS), os agentes chegaram ao local, foram recebidos pelo próprio GUGA DE MICA, que estava acompanhado de sua irmã Sra. LUCIANA DE AZEVEDO LEITE GONCALVES – advogada. Na oportunidade, o Vereador leu e assinou o mandado, tendo acompanhado as buscas cujo material apreendido foi: *51 (cinquenta e um) santinhos do parlamentar, 03 cópias de CRLV, 01 receituário médico, 01 ficha de marcação de consulta, 01 ficha de solicitação de exame, folhas de papel oficio preenchidas com nomes de pessoas e pedidos de cadeiras de rodas e andadores, folha de papel oficio contendo pedido de intervenção do vereador junto à secretaria municipal e um CRLV do veículo do próprio vereador (ANEXO X). (ver fls. 55/59).*

Os agentes SUBTEN PM ROCHA e SGT PM RANGEL (GAP CABO FRIO) observaram a presença próximo ao gabinete de GUGA DE MICA, do Sr. ADRIANO DE LIMA BARBOSA, RG 079866034/IFP, residente na Rua Argentina, It 09, quadra 32, Canellas City, Iguaba Grande, juntamente com a Sra. NILCENIRA DA SILVA CARVALHO, RG 12130868, *com vários documentos dos veículos placa LOI 2072 e KUG 4873. O casal alegou estar aguardando o Vereador para "resolver" os problemas de documentação junto ao DETRAN (ANEXO XI). (...) (ver fls. 60/61).*

Cabe relatar que em cumprimento à decisão do Juiz da 59ª Zona Eleitoral Dr. MARCIO DA COSTA DANTAS, servindo de mandado de busca e apreensão, o veículo marca Fiat, modelo Siena, placa LSF-215, foi abordado nas proximidades da Igreja Católica no centro de São Pedro da Aldeia, onde foi observado que vários adesivos autocolantes com propaganda eleitoral do Vereador GUGA DE MICA foram arrancados do veículo e escondidos, jogados em sua parte inferior. Todavia, após ser chamado um chaveiro para o local, o veículo foi aberto, encontrando-se em seu interior os seguintes materiais: *uma cartela de medicamento Captomed com 15 comprimidos; uma autorização de abastecimento na Prefeitura de São Pedro datada de 09/04/2011 em nome de SÉRGIO – SECRETÁRIO DE SAÚDE, para o veículo Siena placa LSF-2815, sendo descrito na guia o KM 54.662 referente ao odômetro do veículo no dia do abastecimento na Prefeitura em branco, um bloco de receituário do Dr. CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO, uma solicitação de material hospitalar e medicamentos, cópias de receituários do SUS da Prefeitura de Cabo Frio em nome da nacional UNICLEIA MATOS DA SILVA, RG 09649926-4; um lençol hospitalar branco com as iniciais PMSPA, na cor verde, tipo dos usados nas enfermarias dos postos de saúde do município e os adesivos que foram arrancados do veículo cuja denúncia inicial era estar com o próprio secretário de Saúde, agregado na prefeitura de São Pedro e fazendo campanha para o Vereador GUGA DE MICA (ANEXO XIII). (...) (ver fls. 66/73).*

A equipe comandada pelo 1º tenente, PM Menezes, era composta pelo SUB TEN PM CALUDIO, SGT PM LAGE e CB PM DENIS, tendo como missão buscar elemento na residência e suposto comitê do Vereador LUCIANO DE AZEVEDO LEITE, “Guga de MICA”, situado na Rua Marechal Juarez Távora, nº 192, bairro São João, na Comarca de São Pedro da Aldeia, foi sendo determinada a diligência nos dois andares do imóvel. Ato contínuo, os agentes foram recebidos pela nacional MARIA LUCIA DE AZEVEDO LEITE, RG 063699730, CPF 999644307-87 e pela nacional BEATRIZ SOARES GOMES LEITE, RG 24507795-3, CPF 109208847-41, respectivamente genitora e esposa do Vereador “Guga de MICA”. Todos os cômodos dos imóveis do local foram revistados, sendo encontrado no local *um grande número de atestados médicos, requisições de exames, receituários médicos, guias de referência e receituários de medicamentos controlados, além de uma grande quantidade de medicamentos como Tandrilax e Combirom e ainda material hospitalar. Relate-se que muitos dos documentos descritos, estavam em branco, assinados e carimbados com os dados do Dr. CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO – secretário de Saúde do Município de São Pedro da Aldeia (ANEXO XV). (ver fls. 76/89).*

Consoante o *Relatório de Missão nº 205/2012* (fls. 121/126), no local onde funciona o Centro Comunitário do Bairro São João, os agentes do GAP/MPRJ, no dia 20/07/2012, lograram obter a seguinte informação:

Que o suposto candidato a vereador de SPA, Luciano de Azevedo Leite, conhecido como “GUGA DE MICA”, possivelmente estaria envolvido em um esquema fraudulento no DETRAN local, funcionando da seguinte forma: o Sr. Luciano, por ter livre acesso ao posto do DETRAN da região, utilizaria sua influência para que algumas pessoas (possíveis eleitores) não apresentem seus veículos no posto do DETRAN para fazer a vistoria. Bastaria o proprietário do veículo pagar os impostos, que o Sr. Luciano em pouco tempo providenciaria o documento atualizado sem que seja efetuada a devida vistoria do veículo.

Tais informações e suspeitas foram devidamente corroboradas quando da realização da diligência decorrente do cumprimento do mandado de busca e apreensão, devidamente relatado no bojo do relatório de missão 230/2012.

Foram encontrados documentos de veículos (CRLV), bem como um casal que aguardava a presença do Vereador para resolverem questões atinentes ao DETRAN.

Impende destacar, por oportuno, que o Vereador Luciano de Azevedo Leite prestou serviços, como contratado, no posto de vistoria do DETRAN de São Pedro da Aldeia, fato que somente reforça tudo o que foi relatado pelos agentes e pelas pessoas ouvidas.

*Conforme relatado à fl. 17, no interior do gabinete do Secretário Municipal de Saúde, Carlos Cesar Carvalho Machado, ora réu, foram encontrados:*

A equipe comandada pelo CAP PM Sanches era composta pelo SUB TEN PM MOISEIS, SGT PM CESAR, SGT PM MOURA, SGT PM LIMA (GAP MACAÉ) e SGT PM GALYSON (GAP CABO FRIO), tendo como missão buscar elementos no gabinete, eventual consultório e veículo do secretário Municipal de Saúde, DR. CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO. Ocorre que ao chegarem à Secretaria Municipal de Saúde, observaram a nacional MARIANA PASSOS DOS SANTOS, RG 11940431-7 IFP, nascida em 21/12/1982, residente na Rua Comandante Ituriel, nº 1147, bairro Fluminense/SPA. Tel.: 22-2627-3772, tendo ido ao local solicitar uma nova receita para adquirir o remédio Amoxicilina. Foram apreendidos vários documentos e agenda do Chefe de Gabinete do Secretário nas instalações da secretaria, conforme ANEXO XVI.

O anexo XVI foi acostado aos autos às fls. 90/101.



Conforme *Relatório de Missão 235/2012* (fls. 114/120), foi realizada diligência com o fim de confirmar as denúncias recebidas pela Promotoria Eleitoral de São Pedro da Aldeia. Nestas denúncias constavam relatos de expedição de receituários em branco, só com carimbos dos médicos e assinatura falsificada.

No dia 23/07/2012, os agentes do GAP/MPRJ lograram encontrar “receituários assinados acima do carimbo do médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8, sendo certo que constam duas (02) assinaturas idênticas e uma (01) assinatura divergente”.

Conforme *Relatório de Missão 250/2012* (fls. 127/133), foi realizada nova diligência com o mesmo intento no dia 30/07/2012. Os agentes do GAP/MPRJ obtiveram êxito em encontrar “cópia de 01 (um) receituário assinado e carimbado, supostamente pelo médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8, em nome de Mônica dos Santos Viera, com data de 12 de julho de 2012”.

*Conforme relatado à fl. 13, no interior do gabinete do Vereador Aguinaldo Sodré, que exercia a função de Presidente da Câmara Municipal, ora réu, foram encontradas:*

Foram os responsáveis por esta busca no gabinete o SUB TEN PM ROCHA SILVA e SGT PM RANGEL (GAP CABO FRIO), os agentes ao chegarem ao local foram recebidos pelo próprio Vereador Sodré, que leu e assinou o mandado, tendo acompanhado as buscas cujo material apreendido foi: *nove solicitações de exame, sete cartões provisórios do SUS, uma solicitação de exame em nome de Ana Lúcia da Silva com cópia de documentos pessoais dela, três laudos médicos, duas cópias do cartão do SUS, cinco receituários da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro e uma declaração em nome de MARLÊNIO ALVES DE SOUZA (ANEXO I).*

O anexo I foi acostado às fls. 18/24.

*Conforme relatado às fls. 13/14, no interior do gabinete do Vereador Adalberto José do Amaral Ferreira, ora réu, foram encontrados:*

Foram os responsáveis por esta busca o SGT PM DE SOUZA e SGT PM RANGEL (GAP CABO FRIO), os agentes ao chegarem ao local foram recebidos pelo próprio Vereador Adalberto, que leu e assinou o mandado, tendo acompanhado as buscas cujo material apreendido foi: um orçamento do Hospital de Olhos Santa Beatriz em nome de GILCEMAR SANTAN GUEDES, uma solicitação de exame de RENE DE SOUZA MILH, uma requisição de exames complementares e seis carnês de IPTU da Prefeitura Municipal de São Pedro da Aldeia (ANEXO III).

O anexo III foi acostado aos autos às fls. 28/31.

### 3.3.2. Dos Termos de Lacre Lavrados pelo Tribunal Regional Eleitoral – Juízo da 59ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro

Consta dos autos farta documentação confirmando todas as narrativas contidas nas denúncias que acarretaram a realização das diversas diligências que culminaram com a propositura da presente.

Às fls. 213/223 constam diversos Termos de Lacre, contendo a relação de diversos documentos que corroboram com a pretensão ora exercida em face dos réus.

Para fins de facilitação de absorção da gravidade dos fatos, o Ministério Público indicará, de forma precisa, quais os documentos referem-se a quais réus.

#### a) LUCIANO DE AZEVEDO LEITE:

a.1) *No interior do comitê* foram encontrados os seguintes documentos: currículo de diversas pessoas; várias cópias de documentos de diversas pessoas; 01 agenda do ano de 2009; 01 livro de atas de 200 folhas, com anotações de atendimento e qual encaminhamento efetuado, com nomes de diversas pessoas, constando também seus respectivos endereços e telefones, preenchido até a página 46; guias de referências e solicitações de exames da secretaria municipal de saúde (SUS), preenchidas em nomes de diversas pessoas; bloco com algumas guias de solicitação de exames da secretaria municipal de saúde (SUS) em branco, com algumas folhas assinadas pelo médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8; bloco de receituário em branco da Secretaria Municipal de Saúde; várias cópias de certificados de registro e licenciamento de veículos de diversos proprietários e 01 radiografia. (Termos de lacre – caixas 1 e 2 – fls. 213 e 214.)

a.2) *No interior do gabinete* foram encontrados os seguintes documentos: santinhos do candidato; cópias de CRLV do DETRAN/RJ; 02 folhas de papel ofício com relação de nomes para pedidos de cadeiras de rodas e andadores; 01 guia da Secretaria Municipal de Saúde de solicitação de exame; 01 receituário médico; 01 folha de papel com pedido de remédio; 01 guia de marcação de consulta emitida por sistema da Secretaria Municipal de Saúde. (Termo de lacre – caixa 3 – fl. 216.)

a.3) *No interior do veículo Fiat, modelo Siena, cor prata, placa LSF 2815* foi encontrado o seguinte: 01 cartela de remédio Captomed de 20 comprimidos, com apenas 14; 04 guias de autorização de abastecimento, com 01 preenchida; 01 guia de exames de laboratório em branco; 07 folhas de receituário em branco com o timbre do Dr. Carlos Cesar Carvalho Machado – CRM RJ 52.66251-8; 01 cópia da carteira do SUS com pedido de marcação de consulta; 01 cópia de prontuário da Prefeitura de Cabo Frio; 01 cópia de RG, carteira do SUS e prontuário de Cabo Frio da mesma pessoa; 02 folhas com relação de remédios digitados; 01 folha com relação de material hospitalar digitado com nome da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Valença; 01 lençol hospitalar da PMSPA; adesivos para veículo com propaganda do vereador “Guga de Mica” amassados. (Termo de lacre – caixa 5 – fl. 219.)

a.4) *No interior da casa de sua genitora* foi encontrado o seguinte: material hospitalar; 60 caixas contendo diversos medicamentos; diversas guias avulsas; 09

blocos com guias de atestado de saúde em branco; 01 atestado avulso; 10 blocos de requisição de exame; 06 blocos de requisição de receita médica; 06 receitas médicas avulsas; 14 blocos de guias de referência da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, todos com rubrica, carimbo e assinatura do Dr. Carlos Cesar Carvalho Machado; diversas guias de referência avulsas da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro; 04 atestados avulsos da Secretaria Municipal de Saúde com carimbo, rubrica e assinatura do Dr. Ulisses O. Melo, CRM/RJ 52.74426-3; cópias de diversos documentos; relação de solicitações de exames com guias preenchidas; alguns envelopes vazios; 01 envelope com um currículo. (Termos de lacre – caixas 6 e 7 – fls. 220/223.)

#### **b) CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO:**

b.1) *No interior do Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia (mesa da Secretária da sala do 1º atendimento)* foram encontrados: 01 bloco de solicitação de exame em branco; 01 bloco de receituário de controle especial; guias avulsas de atestado médico em branco; 02 blocos de guias de exames de saúde em branco; 03 guias de atestado de saúde em branco; 03 guias de solicitação de exames em branco, carimbadas e rubricadas pelo médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8; 01 guia de solicitação de exames em branco, carimbada pelo mesmo médico; 04 guias de notificação de receita em branco, carimbadas e rubricadas pelo médico Ulisses de Oliveira, CRM 52.74426-3; 03 guias de notificação de receita em branco, em determinado bloco onde constavam canhotos sem preenchimento; 01 receituário preenchido, carimbado e rubricado pelo médico Ulisses de Oliveira, CRM 52.74426-3. (Termo de Lacre – caixa 4 – fl. 217.)

b.2) *No interior do Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia (mesa da Secretária Maria Alice, situada na antessala)* foram encontrados: 01 folha avulsa de atestado de saúde em branco; 11 folhas com cópias de atestados de saúde em branco; 04 notificações de receitas preenchidas, carimbadas e rubricadas pelo médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8; 02 receituários comuns; 04 receituários de controle especial preenchidos, carimbados e assinados pelo mesmo médico. (Termo de Lacre – caixa 4 – fl. 217.)

b.3) *No interior do Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia (armário da antessala do gabinete)* foram encontrados: sacola com o nome de “Carla” contendo 01 bloco fino de guias para requisição de exames; 01 bloco de receituário; guias avulsas de solicitação de exames, tudo em branco. (Termo de Lacre – caixa 4 – fl. 217.)

b.4) *No interior do Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia (sala do Secretário)* foram encontrados: carimbos do médico Carlos Cesar Carvalho Machado, CRM 52.66251-8; 03 folhas de receituário usadas para anotações, sendo uma com pedido de vaga de serviços gerais no Posto de Saúde do Balneário para o Vereador Rogerinho indicar uma pessoa e duas guias utilizadas como recibo no valor de R\$ 600,00 cada, recebidos do Diretor do CIS por Tania Moura dos Santos Silva e outra assinatura não identificável; 02 folhas de laudo médico em branco; 01 DURT – documento único de registro e transferência da FERJ com 02 vias de boleto bancário anexas e 01 bilhete pedindo assinatura do Secretário; 01 cópia da Portaria Ministerial

nº 1.53/2001 com um receituário indicando fisioterapia e dois papéis com anotações; 03 folhas de fax com relação de nomes, datas de nascimento e datas e horários de consultas ou nomes de exames; 03 folhas com cópia de relações de nomes de médicos e suas respectivas matrículas, especialidades, regimes (contrato ou estatutário) e salários; 05 guias de exames de laboratório preenchidas e sem assinatura; 01 atestado de saúde preenchido e assinado; 02 solicitações de exames preenchidas, sendo apenas uma assinada; 01 guia de referência preenchida e assinada; 01 receituário preenchido e assinado; 01 receituário de controle especial preenchido e assinado; 05 notificações de receita preenchidas, mas sem assinatura; 01 bloco de notificação de receita em branco, com 13 guias faltando e sem preenchimento dos respectivos canhotos; 01 bloco de atestado médico carimbado; 01 bloco de exames de laboratório; 01 bloco de memorando; 01 bloco de receituário; 01 bloco de requisição de exames; 01 bloco de guias de referência; 02 blocos de receituário de controle especial; 01 bloco de receituário, todos em branco. (Termo de Lacre – caixa 4 – fl. 217).

b.5) *No interior do Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia (mesa do Chefe de Gabinete, Victor Hugo F. Lima, Matrícula 17.349) foram encontrados:* 01 agenda permanente de cor preta; guias de exame e anotações e bilhetes presos por cliques; listas de nomes e exames do Projeto Saúde na Praça da unidade de saúde vinhateiro; listas de prontuário, diagnóstico e procedimento preenchidas; folhas de laudo médico para exames; folhas de atestado médico; folhas de atestado de saúde; folhas de atestado de uso de fraldas higiênicas; 01 bloco de guias de solicitação de exames; guias soltas de solicitação de exame, todas em branco; 01 requisição de exame preenchida e assinada por médico; 03 guias de requisição de material preenchidas; 04 guias de autorização de abastecimento preenchidas e assinadas; 01 folha de caderno com dados pessoais anotados; 01 CRV em nome de Jaques Cardoso Mariano; 01 bloco de notificação de receita faltando duas guias sem preenchimento; 01 laudo médico para solicitação de exames preenchido e assinado; 01 ofício assinado pelo Subsecretário Municipal de Saúde ao Centro de Imagem de Magé solicitando exame. (Termo de Lacre – caixa 4 – fl. 218).

### **c) AGUINALDO SODRÉ:**

c.1) *No interior do gabinete do Vereador foram encontrados:* solicitações de exames da Secretaria Municipal de Saúde; cartões provisórios do SUS; cópias de cartões do SUS; laudos médicos da Secretaria Municipal de Saúde para solicitação de exames e procedimentos SUS; receitas emitidas em receituários da Secretaria Municipal de Saúde e declaração em nome de Marlênio Alves de Souza. (Termo de Lacre – caixa 3 – fl. 215).

c.2) *No interior do gabinete da Presidência da Câmara Municipal foram encontrados:* 02 cartões do SUS, sendo um em nome de Maria Francisca Conceição e outro em nome de Rogério Gomes Souza; 01 CD em nome de Chumbinho; 01 receituário solicitando o exame ecocardiograma em nome de Oswaldo da Silveira Pedrosa; solicitações de exames da Secretaria Municipal de Saúde; cópias de documentos, anotações; 01 guia de referência da Secretaria Municipal de Saúde; cópia de cartão do SUS em nome de Jacy Rodrigues Costa e Rosimar Luiz Santos. (Termo de Lacre – caixa 3 – fl. 215).

**d) ANDRÉ DE GILSON:** *no interior do seu gabinete* foram encontrados: 01 caderno com anotações de consultas; pedidos de marcação de consultas; solicitações de exames; receituários; laudos médicos do SUS para emissão de AIH; solicitações de exames da Secretaria Municipal de Saúde; 01 guia de referência da Secretaria Municipal de Saúde; 01 guia de referência do SUS – Município do Rio de Janeiro; 01 cópia de guia para tratamento fora do município (Fundação Municipal de Saúde – Município de Niterói); cartão de gestante; cópias de documentos. (Termo de Lacre – caixa 3 – fl. 215).

**e) ADALBERTO JOSE DO AMARAL FERREIRA:** *no interior do seu gabinete* foram encontrados: cópia de topografia de córnea e orçamento de lentes de contato do Hospital Oftalmológico Santa Beatriz em nome do paciente Gilcemar Guedes; cópia de laudo de endoscopia digestiva da Secretaria Municipal de Saúde de Rio das Ostras e solicitação de exame da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia em nome de Rene de Souza Milhar; cópia de requisição de exame da Secretaria Municipal de Saúde; 08 carnês de IPTU da Prefeitura Municipal de São Pedro da Aldeia, sendo 03 em nome da mesma pessoa. (Termo de Lacre – caixa 3 – fl. 215).

**f) JORGE ANTONIO TAVARES LESSA:** *No interior do seu gabinete* foram encontrados: cópias de documentos de diversas pessoas (carteira de trabalho, título de eleitor, certidão de nascimento, CIC, SUS); 01 agenda 2011; laudos médicos da Secretaria Municipal de Saúde; guias da Secretaria Municipal de solicitação de exames; 01 guia de referência da Secretaria Municipal de Saúde; 01 ultrassonografia; 01 cartão do SUS em nome de Maria Lucimar Nascimento; 01 declaração de tratamento do Hospital Santa Izabel; 01 receituário; 01 folha de caderno com anotações de nomes de remédios; 01 folha de caderno com anotações de veículo (RENAVAM, chassi, entre outras); 01 pedaço de papel com anotação para ajuda de remédio; 04 folhas de atestado médico em branco; folhas com cópias de relação de nomes e telefones, sendo uma com o título “controle de votos de Giovane para as eleições 2012”, onde além dos nomes, relacionam-se grau de parentesco e local de votação. (Termo de Lacre – caixa 3 – fl. 216).

### 3.3.3. Da conclusão

Da análise da farta documentação oriunda das diligências realizadas para o cumprimento dos mandados de busca e apreensão, fácil concluir que todos os relatos insítos nas denúncias recebidas pela Delegacia da Polícia Federal e pelo Ministério Público Eleitoral são verdadeiros.

Os eleitores da cidade de São Pedro da Aldeia recebiam receituários em branco, com carimbos e rubricas do médico Carlos Cesar Carvalho Machado, Secretário Municipal de Saúde, para que o próprio paciente realizasse o preenchimento da medicação desejada, bem como foram obtidos relatos de distribuição de atestados médicos para serem entregues por empregados aos seus empregadores para fins de abonos de faltas.

Os relatos ainda informam que havia desvio de medicamentos, armazenamento e posterior distribuição para os eleitores. Da leitura dos relatórios de missão do GAP, supra referidos, verifica-se que em determinados gabinetes dos Vereadores da cidade, todos réus da presente demanda, foram encontrados medicamentos.

Por fim, o Vereador Guga de Mica, para utilizar o vulgo informado, usava de sua influência no DETRAN para obter vantagens indevidas para os seus eleitores, sem se preocupar em colocar em risco a coletividade de sua própria cidade, pois obtinha o licenciamento anual dos veículos, sem que os mesmos fossem devidamente submetidos à vistoria anual.

Assim, os elementos de convicção reunidos no Inquérito Civil que instrui a presente demanda evidenciam que os réus utilizavam o poder político concernente no exercício de mandato eletivo de Vereador, bem como no exercício da função de Secretário Municipal de Saúde, para agilizar e obter benefícios aos seus eleitores, atendimentos médicos e remédios, em detrimento de toda a coletividade, posto de sabença curial que os mesmos deveriam ser disponibilizados de forma igualitária a toda a população.

#### **4. DO SUPEDÂNEO JURÍDICO – Da Ocorrência da Prática de Ato de Improbidade Administrativa**

##### **4.1. Da Improbidade Administrativa Eleitoral – Abuso do Poder Político**

A toda evidência, os fatos ora narrados configuram abuso do poder político e ferem de morte a igualdade entre os candidatos, maculando o processo eleitoral.

O abuso do poder político e econômico está previsto como vício a ser enfrentado e coibido em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

Aliás, o enfrentamento destes tipos de abuso de poder está definido como objetivo traçado no texto constitucional, no artigo 14, § 9º da Constituição Federal:

§ 9º Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O abuso do poder político, seguindo a diretriz constitucional, foi tipificado no artigo 22 da Lei Complementar 64/90.<sup>2</sup>

A Lei Complementar nº 64/90 visa assegurar a legitimidade e a legalidade de condições aos postulantes, determinando sanção severa à violação aos dispositivos

<sup>2</sup> Artigo 22 – Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor – Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecendo ao seguinte rito (...).

e imputando a pena de cassação do registro e declaração de inelegibilidade. Pune, portanto, todos os atos que possam importar em abuso e desvios com a potencialidade de influir no resultado das eleições.

A legislação, acolhendo a tendência já esboçada pela jurisprudência e pela doutrina, dispôs no artigo 22, inciso XVI da Lei Complementar nº 64/90, que a gravidade das circunstâncias que caracterizam o abuso é suficiente para sua configuração.<sup>3</sup>

Nítido que o legislador eleitoral prestigiou a proporcionalidade em detrimento da categoria da potencialidade lesiva. Com efeito, releva mencionar que não socorre aos réus a aplicação, *in casu*, de juízo de proporcionalidade, conquanto a conduta praticada seja grave e apta a ensejar a aplicação da sanção de inelegibilidade. E, ainda que porventura se pretendesse ressuscitar o critério da potencialidade lesiva, é incontestável que a modalidade de abuso praticado pelos réus exerceu poderosa e imediata influência no pleito eleitoral.

Por derradeiro, impende salientar que o desiderato da norma em testilha é o de manter a higidez da lisura eleitoral, com o firme propósito de tutelar o interesse público subjacente, conforme demonstra o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/1990.<sup>4</sup>

Neste sentido, vale mencionar as lições de *Emerson Garcia*<sup>5</sup>:

Por certo, ninguém ignora que o resultado de um procedimento eletivo não se encontra unicamente vinculado às características intrínsecas dos candidatos vitoriosos. O êxito nas eleições, acima de tudo, é reflexo do poder econômico, permitindo o planejamento de uma estratégia adequada de campanha, com a probabilidade de que seja alcançada uma maior parcela do eleitorado. Esta receita, por sua vez, é originada de financiamentos, diretos ou indiretos, de natureza pública e privada.

## 4.2. Improbidade Administrativa Eleitoral – Captação Ilícita de Sufrágio<sup>6</sup>

O chamado macroprocesso eleitoral é o procedimento pelo qual os candidatos habilitados pela Justiça Eleitoral buscam captar os votos dos eleitores, com a finalidade de serem eleitos para os mandatos eletivos em disputa. Os candidatos, entendidos

<sup>3</sup> “XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.”

<sup>4</sup> Artigo 23 – O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

<sup>5</sup> *Improbidade Administrativa*. 4ª edição. Editora Lumen Juris, p. 10.

<sup>6</sup> Artigo 41-A da Lei 9.504/1997 – Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999.)

tais aqueles que estejam registrados perante a Justiça Eleitoral, devem buscar captar o voto dos eleitores através de propaganda eleitoral, comícios, debates nos meios de comunicação social, exposição de suas ideias e ideologias etc. O convencimento dos eleitores é, em última análise, o fim da campanha eleitoral.

Porém, o convencimento dos eleitores não pode ser feito de qualquer modo, por meio de técnicas e formas que quebrem o equilíbrio da disputa entre os candidatos e que viciem a vontade livre e soberana dos cidadãos votantes. Assim, são repelidos pelo ordenamento jurídico o uso abusivo do poder econômico ou político, o uso indevido dos meios de comunicação social, além de outras condutas que a legislação atribui a pecha de ilícitas e, para inibi-las, impõe a sanção de inelegibilidade.<sup>7</sup>

Para que o ilícito ocorra, não há a necessidade de que o eleitor obtenha, de fato, vantagem pessoal ou algum bem do candidato. À incidência da norma basta a promessa ou o oferecimento de vantagem de qualquer natureza. A entrega ou consumação do benefício prometido apenas qualifica o fato ilícito, vez que a prova da sua ocorrência fica mais facilitada. Todavia, o simples aliciamento da vontade do eleitor através da promessa de futura vantagem, em troca do seu voto, já é ato ilícito punível.

Não há a necessidade, impende salientar, do pedido expresso de votos pelo candidato ou quem quer que esteja atuando em seu nome, desde que esteja totalmente demonstrado o especial fim de agir consistente no dolo de obter o voto, mediante a promessa de obtenção de qualquer forma de vantagem.<sup>8</sup>

Na presente demanda, resta evidenciada, através das peças de informação constantes, a captação ilícita do sufrágio pelos réus candidatos a Vereadores através da intermediação para realização de exames e procedimentos clínicos, bem como fornecimento de medicamentos e até mesmo facilitação na obtenção do licenciamento anual dos veículos.

A participação dos candidatos é evidente, na medida em que todos os receiptuários, atestados, encaminhamentos, medicamentos e documentos afins foram encontrados em seus próprios gabinetes, residências de familiares e comitês eleitorais.

A visão do Tribunal Superior Eleitoral não destoia do que nestas linhas se ventila:

O TSE entende que, para caracterização da captação de sufrágio, é indispensável a prova de participação direta ou indireta dos representados, permitindo-se, no caso de participação indireta, que essa o seja na forma de explícita anuência da conduta objeto da investigação, não bastando, para a configuração, o proveito eleitoral que com os fatos tenham auferido, ou a presunção de que tivessem ciência.(MC 1330/AP, DJ de 18/03/2004, p. 139.)

<sup>7</sup> COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8ª edição. Editora Lumem Juris.

<sup>8</sup> Artigo 41-A, § 1º da lei 9504/1997 – § 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.



### 4.3. Improbidade Administrativa – da Violação aos Princípios Reitores da Administração Pública

As condutas dos demandados inegavelmente ferem os *Princípios Constitucionais da Impessoalidade e da Moralidade Administrativa*, caracterizando ato de improbidade administrativa, nos termos e para os fins do art. 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil (“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”).

Em sede infraconstitucional, como não se ignora, cuidou a Lei nº 8.429/1992 de disciplinar não só as sanções aplicáveis aos ímprobos como também e principalmente as hipóteses, *numerus apertus*, que caracterizam a denominada improbidade administrativa. Assim, no art. 9º cuida o legislador daqueles atos que importam enriquecimento ilícito do agente; no art. 10, dos que causam dano ao patrimônio público; e, finalmente, através do art. 11 descreve a lei as condutas que importam violação aos princípios da Administração Pública.

Quanto à violação dos princípios da Administração Pública, ressalta o art. 4º da mencionada lei que “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade* no trato dos assuntos que lhe são afetos”, o que significa que incorre em ato de improbidade administrativa, sujeitando-o às sanções previstas no art. 12, o agente público que transgredir os princípios explicitados no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Justifica-se a posição do legislador ao tipificar a violação aos princípios que regem a Administração Pública, erigindo-a à categoria de ato de improbidade administrativa (art. 11), na medida em que referidos princípios apresentam-se na condição de mandamentos normativos nucleares e superiores do sistema jurídico que orientam e direcionam a elaboração das regras jurídicas.

*Celso Antônio Bandeira de Mello* ressalta a sua importância basilar ao asseverar que:

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. (*Elementos de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais.)

Alinhando-se no mesmo sentido a doutrina de *Wallace Paiva Martins Júnior*, para quem:

A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples violação de um princípio, para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que a experiência mostra tantas e tantas vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção. (*Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 224.)

Em resumo, conclui-se que as condutas dos demandados, ao violarem os comandos contidos no art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil, infringiram a principiologia regente dos atos da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/1992), impondo-se as sanções previstas no art. 12, inciso III do mesmo diploma legal.

No caso em testilha, houve indiscutível violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, na medida em que os agentes públicos envolvidos no fato, ora réus, abusaram do poder econômico e político e captaram de forma ilícita o sufrágio na cidade de São Pedro da Aldeia. Tais fatos ocorreram mediante a participação essencial do Secretário Municipal de Saúde da cidade.

Necessário registrar que *a satisfação do bem comum compõe o objetivo principal do homem público*, cujo atuar deve procurar atender a finalidade perseguida pela lei, dela não podendo se afastar um milímetro sequer. Deste modo, como soa comezinho, se ao particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe – *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur* – diferentemente, *a Administração só pode fazer o que a lei determina*, observada a forma preestabelecida (princípio da conformidade com as normas legais).

Na sempre lembrada lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

*(...) o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*

#### 4.4. Improbidade Administrativa – da Lesão ao Erário

Além da flagrante violação aos Princípios norteadores da Administração Pública, os atos praticados pelos demandados, através de guias de solicitação de exames, guias de referência e fornecimento de medicamentos da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia, causaram nítida lesão ao erário.

Assim, inegável que o fato narrado importou em violação aos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, bem como *acarretou dano ao erário*, tendo em vista a destinação de recursos públicos em favor de particulares, consubstanciando, a rigor, a prática de ato de improbidade administrativa. R\$ 166.054,73 (cento e sessenta e seis mil, cinquenta e quatro reais e setenta e três centavos), conforme os valores apresentados às fls. 259/281;

O montante total da lesão deverá ser apurado ao longo da instrução processual.

Impende salientar que a lesão ao erário independe de efetivo enriquecimento ilícito do agente público.

No mesmo sentido, podemos destacar as seguintes lições doutrinárias:

*Mauro Roberto Gomes de Mattos:*

O prejuízo concreto aos cofres públicos, ensejador de perda do erário, devido à lesão patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres, causados pelos agentes públicos, é um dos requisitos básicos, como visto, ao enquadramento do dispositivo em comento, *independentemente se houve ou não recebimento ou obtenção de vantagem patrimonial do agente.*<sup>9</sup>

*Alexandre de Moraes:* “Não exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente: *a lei não exige, necessariamente, a ocorrência de qualquer vantagem por parte do agente que dolosa ou culposamente gerar prejuízo concreto ao erário público.*”<sup>10</sup>

Portanto, o atuar dos demandados também encontrada guarida na tipicidade dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, conforme redação do artigo 10 da lei 8.429/1992.

#### 4.5. DO ITER DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

##### 4.5.1. Do Primeiro Momento do *Iter* de Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa

Ao se analisar uma determinada conduta com o desiderato de fixar a espécie de ato de improbidade administrativa praticado, dentro da tipologia estatuída nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/1992, deve o intérprete, *ab initio*, verificar a subsunção do ato hostilizado à tipologia do art. 11 do diploma legislativo em questão, passando a confrontá-lo, uma vez verificado o desrespeito aos princípios constitucionais

<sup>9</sup> *O Limite da Improbidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/1992. Editora GEN, p. 265.

<sup>10</sup> *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2.623.

regentes da atividade estatal (Art. 37, *caput*, da Constituição da República), com os tipos constantes dos arts. 9º e 10, conforme o caso, tudo com o escopo colimado de se estabelecer em qual categoria se insere o ato.

Frise-se que, mesmo que o ato se amolde a uma das fórmulas dos arts. 9º e 10 – seja no *caput*, seja em um dos incisos dos referidos dispositivos – sempre estará também amoldado ao art. 11, haja vista que todo e qualquer ato de improbidade administrativa afronta à própria Lei Fundamental, a qual traça os vetores básicos e indisponíveis de todos os atos da Administração Pública, e que detém por si autonomia normativa.

Nesse mesmo diapasão, leciona *Emerson Garcia*, a saber:

O art. 11 da Lei nº 8.429/92 é normalmente intitulado de “norma de reserva”, o que é justificável, pois ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal. (...) no entanto, a improbidade é associada à violação ao princípio da juridicidade, o que faz com que a atividade do operador do direito se inicie com o exercício de subsunção do ato à tipologia do art. 11 da Lei de Improbidade, com ulterior avanço para as figuras dos arts. 9º e 10 do mesmo diploma legal em sendo dividido o enriquecimento ilícito ou o dano. (*in: Improbidade Administrativa*. Obra em coautoria com ALVES, Rogério Pacheco. p. 211.)

Feitas tais considerações, e seguindo-se o raciocínio lógico *retro*, afirma-se que as condutas imputadas ao demandado violaram o disposto no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/1992.

Dispõem os dispositivos em tela:

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

As condutas dos réus, ora em análise, configuram violação frontal a diversos princípios constitucionais regentes da atividade dos agentes públicos, mais especificamente, aos princípios da moralidade e da impessoalidade, caracterizando, ainda, nítido desvio de finalidade, uma vez que dissociadas do interesse público

primário e voltadas à consecução de interesses pessoais do demandado, bem como direcionados a beneficiar terceiros.

Com efeito, as condutas narradas se amoldam ao art. 11, *caput e inciso I* da Lei nº 8.429/92.

#### **4.5.2. Do Segundo Momento do *Iter* de Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa**

Ainda sob a ótica da tipificação dos atos de improbidade, deve ser analisado, em um segundo momento, o elemento volitivo do agente. Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância com os princípios norteadores da atividade estatal serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente com a prática do ato.

Assim, queda patente que os réus agiram de forma livre e consciente ao realizarem as condutas narradas.

#### **4.5.3. Do Terceiro Momento do *Iter* de Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa**

De outra banda, agora já em um terceiro momento do *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa ora em persecução, se constata que as condutas dos réus se encaixam à perfeição, ao tipo do art. 10, *caput* e incisos I, II e XIII da Lei de Improbidade Administrativa, valendo realçar que os incisos dos referidos dispositivos são meramente exemplificativos, não se esgotando em tal rol todas as possíveis variáveis de atos de improbidade que implicam danos ao erário.

#### **4.5.4. Do Quarto Momento do *Iter* de Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa**

Dispõe o artigo 1º da Lei 8.429/1992 que somente estarão sujeitos às sanções previstas nesta lei aqueles atos praticados por agentes públicos em detrimento das entidades ali mencionadas.

Neste passo, devem ser analisadas as características dos sujeitos passivo e ativo do ato, os quais devem encontrar plena adequação ao disposto nos artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade.

Considerando o *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa em testilha, é fácil vislumbrar que os demandados estão inseridos entre os agentes públicos aludidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.429/92, eis que à época dos fatos que ora lhe são imputados exerciam os seguintes cargos:

a) Vereador da Câmara Municipal de São Pedro da Aldeia – ANDRÉ LUIZ LEITE DOS SANTOS, LUCIANO DE AZEVEDO LEITE, AGUINALDO SODRÉ, ADALBERTO JOSÉ DO AMARAL FERREIRA E JORGE ANTONIO TAVARES LESSA;

b) Secretário Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia – CARLOS CESAR CARVALHO MACHADO;

c) Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Pedro da Aldeia – VICTOR HUGO F. DE LIMA.

#### 4.5.5. Do Quinto Momento do *Iter* de Individualização dos Atos de Improbidade Administrativa

Já em um derradeiro e quinto momento do *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa ora em persecução, resta claro não apenas a existência da “improbidade formal” demonstrada nos parágrafos anteriores, mas também se constata a presença da “improbidade material”.

Em outros termos, verifica-se que as condutas imputadas aos réus revelam grande e significativa violação não apenas aos deveres inerentes ao cargo ocupado, mas principalmente grave lesão ao interesse público primário, revelando total desrespeito aos ditames constitucionais, em especial aos princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição da República.

*Logo, devem ser exemplarmente censuradas e punidas tais condutas, pois, do contrário, acarretarão o mais tenebroso de todos os danos, qual seja, a corrosão da força normativa da Lei Fundamental brasileira, com o conseqüente fortalecimento de sentimento ordinário de impunidade, que leva à descrença no sistema jurídico e nas instituições democráticas.*

#### 4.5.6. Da Dosimetria das Sanções por Atos de Improbidade Administrativa

Antes de se passar ao pedido principal e aos demais requerimentos, imprescindível fazer singela observação acerca das sanções a serem aplicadas ao réu.

As sanções, bem como a sua dosimetria, deverão ser somente determinadas pelo Magistrado no momento de prolatar a sentença condenatória, reservando-se às partes o momento das alegações finais 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, a saber:

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, 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). (*Op. cit.* p. 602.)

*Id est*, ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa cabe apenas requerer a aplicação das sanções, as quais serão delineadas no momento de se prolatar a sentença condenatória, após a dialética processual, de forma muito similar como ocorre no processo penal.

Por derradeiro, deve-se, ainda, deixar registrado que o *ressarcimento dos danos materiais causados à fazenda municipal não se confunde com as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429/92*, como se infere a partir de leitura do *caput* do art. 12 do referido diploma legal, podendo e devendo ser tais pretensões cumuladas, seja em uma mesma demanda, seja, como no caso, por meio de demandas distintas e conexas (ação civil pública e ação popular).

Nesse diapasão, colacionamos mais uma vez a autorizada lição de *Emerson Garcia*, qual seja:

(...) é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do *status quo*. (*Op. cit.*, p. 409).

## 5. DO PEDIDO

*Ex positis*, requer o Ministério Público sejam os réus *condenados como incursos nas sanções do art. 12, incisos II e III em virtude do ato de improbidade administrativa* por eles praticados, positivados nos artigos 10, incisos I, II e XIII combinados com 11, inciso I, todos da Lei 8.429/1992, já delineados.

## 6. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público:

1. A autuação da presente e a *notificação* dos demandados, para se manifestarem, nos termos do art. 17, § 7º da Lei 8.429/1992;

2. O recebimento da petição inicial e a *citação* dos demandados para, querendo, apresentarem contestação, nos termos art. 17, § 9º da Lei 8.429/1992;

3. A *intimação* do Município de São Pedro da Aldeia, bem como da Câmara Municipal de São Pedro da Aldeia, na pessoa de seus representantes legais, para os fins do disposto no art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/1992;

4. Ao final, seja julgado procedente o pedido, acolhendo-se a pretensão ora deduzida, para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 10 e 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, aplicando-se ao demandado as sanções, *de maneira cumulativa*, que forem cabíveis, nos termos do art. 12, incisos II e III e parágrafo único do mesmo diploma legal, sempre atendendo ao princípio da proporcionalidade como vetor, conforme descrição abaixo:

a) ressarcimento integral do dano, revertendo-se aos cofres públicos, o valor que será encontrado ao longo da instrução, que deverá ser corrigido a partir da prática do fato até final sentença, pelos índices oficiais e devidamente atualizados monetariamente;

b) perda da função pública;

c) suspensão dos direitos políticos por até 08 (oito) anos;

d) pagamento de multa civil em até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente ou até 02 (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 até 05 (cinco) anos.

5. Requer ainda sejam os demandados condenados ao pagamento de honorários ao Fundo Especial do Ministério Público, à base de 20% sobre o valor da causa, nos termos da Lei Estadual nº 2.819 de 07.11.1997, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 801 de 19.03.1998.

6. Para a comprovação dos fatos aqui narrados, protesta-se, desde logo, pela produção de todas as provas que se fizerem pertinentes, notadamente a pericial, a testemunhal, a documental, além do depoimento pessoal dos demandados, desde já requerido, e bem assim a juntada de documentos novos, se for o caso.

7. O Ministério Público receberá os autos, para intimação pessoal, nos termos do art. 236, § 2º do CPC, na sede da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Núcleo Araruama, com endereço na Avenida Nilo Peçanha, 259, 2º andar, Centro, Araruama.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Araruama, 07 de agosto de 2014.

**FABRÍCIO ROCHA BASTOS**

Promotor de Justiça

Matr. 4858

**Documentos que Instruem a Presente Petição Inicial:**

1 – Os autos do Inquérito Civil nº 01-045/2013 – 1ª PJTC/NA.

2 – 01 (uma) cópia da petição inicial a servir de contrafé aos réus.



*Processo administrativo. Assessoria Criminal da Procuradoria-Geral de Justiça. Art. 28 do Código de Processo Penal. Busca e apreensão de unidades de mídias graváveis de jogos de videogame contrafeitos. Rejeição do arquivamento.*

## **ASSESSORIA CRIMINAL DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA**

Procedimento Administrativo MPRJ nº 2014.00442862

Origem: Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 158ª Delegacia de Polícia, distribuído para a Vara Única da Comarca de Bom Jardim, onde recebeu o nº 0001170-87.2014.8.19.0009

Crime sob investigação: art. 184, §2º do CP

Indiciado: Giovanni Klem

Assunto: Arquivamento recusado

### **PARECER**

*Arquivamento recusado. Art.28 do Código de Processo Penal. Busca e Apreensão de 345 unidades de mídias graváveis de jogos de videogame contrafeitos. Art. 184 §2º do Código Penal. Ação Penal Pública incondicionada. Promoção ministerial postulando o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, consistente no reconhecimento da decadência do direito de queixa, por entender que o fato se adéqua ao delito previsto no artigo 12, §2º da Lei 9609/1998, processando-se mediante ação penal privada. Discordância judicial, com base na aplicação do artigo 12, § 3º, inciso II da Lei 9.609/1998, que prevê a ação penal pública incondicionada, diante da perda de arrecadação do Estado. Acórdão proveniente da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, declarando nula a decisão recorrida, diante do error in procedendo. Remessa dos autos à Chefia do Ministério Público para fins do art. 28 do CPP. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Intuito de venda e lucro configurados. Ação Penal Pública incondicionada. Dever de deflagração da demanda em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Parecer que se orienta no sentido de sugerir a não insistência no arquivamento, designando-se Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia.*

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça:

Trata-se de Termo Circunstanciado lavrado em virtude da busca e apreensão, em 19/12/2012, de 345 unidades de DVD's de videogames contrafeitos, as quais estavam

no estabelecimento comercial denominado Relojoaria e Chaveiro Hora Certa de Bom Jardim Ltda, de propriedade de *Giovani Klem*, com o propósito de venda.

Auto de Apreensão acostado à fl. 07.

Termo de Declaração dos policiais militares que realizaram a apreensão dos materiais, às fls. 09/12.

Laudo de Exame de Material, elaborado pelo Instituto de Criminalística Carlos Éboli, à fl. 36, concluindo tratar-se de aproximadamente 345 (*trezentos e quarenta e cinco*) unidades de mídias graváveis (*discos de vídeo digital – DVDs*) de marcas diversas, acondicionados em envelopes plásticos com encartes coloridos produzidos por impressão a jato de tinta, constando como títulos de jogos, tais como: “PlayStation”; “XBOX 360”. Os encartes têm características de reprodução doméstica e as mídias não exibem faces compatíveis com as utilizadas comercialmente; apresentam-se desprovidas de qualidade técnica existente nos originais, assemelhando-se aos vulgarmente conhecidos como “piratas”.

Relatório do Inquérito pela autoridade policial, às fls. 40/41, concluindo pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º do CP, tendo em vista que o indiciado, de forma consciente e com intuito de lucro, vendia cópia de obras intelectuais sem a autorização de quem detém os direitos sobre as mesmas.

Manifestação do Ministério Público, da lavra do Exmo. Promotor de Justiça, Dr. Giuliano Seta, entendendo pela *natureza privada da ação penal* aplicável ao caso, com base no crime previsto no art. 12, § 2º da Lei 9609/98, postulando, desse modo, a extinção da punibilidade e o conseqüente arquivamento do feito, com fundamento na decadência, em caso de não oferecimento tempestivo da queixa-crime pelo ofendido (fls. 43/45).

Esse posicionamento não foi acolhido pelo Juízo, o que ensejou a propositura de Recurso em Sentido Estrito em que o *Parquet* destacou que os *jogos de computador se enquadram no conceito de programa de computador*, razão pela qual, não se aplicam o rito e as penas do delito previsto no art. 184, § 2º do CP, mas, sim, o do previsto no art. 12, § 2º da Lei 9609/98, em face do princípio da *especialidade*, procedendo-se mediante ação penal privada. Contudo, diante da ausência de notícias do ajuizamento da queixa-crime pelo titular do direito autoral do programa de computador, *ratificou o pedido de arquivamento do inquérito*. (49/62).

A Exma. Juíza da Comarca de Bom Jardim, Dra. Hevelise Scheer, modificou o entendimento anteriormente esposado, afastando-se a incidência do art. 184, § 2º do Código Penal, por entender ser aplicável à hipótese o artigo 12, § 3º, inciso II da Lei 9.609/98, o qual prevê a natureza pública incondicionada da ação penal, tendo em vista a perda de arrecadação tributária em favor do Estado (fls. 63/64).

Acórdão proveniente da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *declarando nula a decisão recorrida, diante do error in procedendo*, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem e a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, caso mantida a decisão impugnada (fls. 91/93).

Encaminhamento dos autos, pelo Juízo de origem, ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça, na forma e para os fins do art. 28 do CPP.

Por conseguinte, o feito foi encaminhado à Assessoria Criminal, com posterior remessa para análise do Procurador de Justiça subscritor da presente.

### **Em síntese, é o relatório.**

Com efeito, a promoção de arquivamento levada a efeito pelo membro do *Parquet* não merece ser mantida, pois, a hipótese dos autos se subsume, sem sombra de dúvida, ao disposto no artigo 184, § 2º, do CP, cuja ação penal é pública incondicionada, conforme doutrina e jurisprudência majoritárias.

Reza o art. 184 do Código Penal que constitui crime “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos, sendo a pena de *detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa*”.

O § 1º do referido dispositivo legal estabelece que: “Se a violação consistir em *reprodução* total ou parcial, com *intuito de lucro* direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente”, a pena será de *reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa*.

O § 2º do aludido dispositivo legal, por sua vez, visando apenar com o mesmo rigor que o § anterior, estabelece que:

*Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro* direto ou indireto, distribui, vende, *expõe à venda*, aluga, introduz no País, adquire, oculta, *tem em depósito*, original ou *cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor*, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, *sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente*. (Redação determinada pela Lei nº 10.695, de 1º/7/2003).

Como já informado, o indiciado confessou que comercializava CDs e Videogames há dez meses, tendo adquirido os produtos em local conhecido na cidade do Rio de Janeiro como “camelódromo”, reduto de revendedores de obras intelectuais falsificadas, situado na Rua Uruguaiana, Centro do Rio de Janeiro, tendo adquirido uma remessa de 300 unidades na primeira vez e mais 300 unidades em agosto de 2012, ao custo unitário de R\$ 1, cujo valor de *revenda* era de R\$ 3 (fls. 05).

Como destacado no preâmbulo desse parecer, o indiciado tinha em *depósito* (acondicionadas em um armário fechado), com *intuito de lucro*, 345 unidades (DVDs) de *jogos de videogame*, reproduzidas com violação de direito autoral, sem expressa autorização dos titulares dos direitos de quem os represente, ou seja, trata-se de contrafação ilícita, “pirataria”.

A hipótese dos autos, portanto, não se subsume ao disposto no artigo art. 12, § 2º da Lei 9609/98 – que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador –, pois, como se sabe, no campo dos direitos autorais, há os que reproduzem milhares de mídias para serem comercializadas por terceiros, sejam grandes ou pequenos comerciantes. Todos compõem um só universo de distribuição de cópias piratas de discos de música, filme, jogos de computador etc. São todos infratores, mormente os que comercializam com intuito de lucro, como no caso dos autos.

Sobre os §§ 1º e 2º do art. 184, que disciplinam as figuras *qualificadas* da violação de direitos autorais e sua natureza pública, com muita propriedade, o douto Cezar Roberto Bitencourt traça as seguintes explicações sobre o assunto:

Esses dois parágrafos *abrangem* especialmente a prática da *pirataria* de obras intelectuais, culturais e artísticas (...). A finalidade *lucrativa* da mesma conduta violadora de direitos autorais e dos que lhes são conexos *qualifica* o crime, cuja pena cominada é de dois a quatro anos de reclusão e multa. A finalidade comercial – *intuito de lucro* – *amplia* consideravelmente o *desvalor* e o resultado da conduta violadora do direito autoral. Esse caráter mercenário da pirataria autoral justifica a majoração da sanção penal. A violação em si mesma já é criminosa e a sua *finalidade mercantil* a torna abjeta e merecedora de maior reprovação social (...). Em relação às condutas tipificadas nos §§ 1º e 2º, a *ação penal será pública incondicionada*<sup>1</sup>. (grifamos).

A distinção entre o crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal e o delito do artigo 12, da Lei nº 9.609/98, foi muito bem definida em julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos Embargos Infringentes de nº 2011.035084-4/0001-00, julgado em 10/4/2012, em cujo voto o Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator) asseverou:

O objeto jurídico do delito capitulado no *Codex Penal* é a *propriedade intelectual* consubstanciada no direito autoral, o qual possui “*natureza mista, de cunho pessoal ou moral e patrimonial*”.

Verifica-se que o alcance da norma é amplo, pois, além de proteger os danos patrimoniais advindos da conduta delituosa, garante os prejuízos subjetivos do autor quanto à sua criação.

No art. 184, § 2º, do Código Penal (LGL\1940\2), pretende-se coibir a “*pirataria*”, a fraude, a falsidade, a cópia ilegal da produção.

Por sua vez, a norma prevista no art. 12, § 1º e § 2º, da Lei n.º 9.609/98, possui alcance *restritivo*, pois se destina a proteger *exclusivamente os direitos intelectuais na área de TI (Tecnologia de Informática)*, visando coibir a cópia ilegal de “*softwares*” de computador.

<sup>1</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado do Direito Penal*, 6ª edição, 2010, páginas 391/392.

Nessa esteira, tenho por incabível a discussão acerca da inconstitucionalidade, pois em verdade *nem se trata de questão decorrente de conflito de normas*.

Na lição da doutrina:

“Lei especial é a que contém todos os elementos de outra (geral) e ainda alguns elementos especializantes. (...) A escolha pela lei especial é determinada pela comparação abstrata. Lendo-se a lei especial, percebe-se também a geral (...). Além de conter todos os elementos da lei geral e acrescentar os elementos especializantes, para que uma lei seja especial em relação à outra é ainda preciso que ambas tutelem o mesmo bem jurídico e que haja entre elas relação de gênero e espécie.”

*Esse é o caso dos autos em que a Lei nº 9.609/98 contém os elementos do tipo descrito no art. 184, do Código Penal (LGL\1940\2), com a peculiaridade de dirigir-se exclusivamente ao direito do autor de programas de informática.*

Como sabido, a lei especial exclui a aplicação da lei geral.

Entretanto, tal ocorre quando estamos diante do caso concreto que se amolde à exata previsão da norma específica, *o que não se verifica no caso em análise em que os embargantes foram flagrados transportando, para posterior comercialização, cópias de CD's e DVD's musicais diversos, material que nada tem a ver com programas de computadores* strito sensu.

Ademais, o fato do dispositivo em questão possuir *pena mais gravosa que a prevista na Lei nº 9.609/98 não implica em violação ao princípio da proporcionalidade ou da isonomia*, pois, ao estabelecer a reprimenda levou-se em consideração o maior desvalor da conduta muito disseminada – e que deve ser igualmente repelida – em nossa sociedade, exigindo, portanto, maior repressão e punição. (grifos nossos).

Esse também é o entendimento da *Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, em acórdão Unânime, da Relatoria do eminente DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ, julgado em 27/01/2010, *in verbis*:

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

PROGRAMAS DE COMPUTADOR

MAIOR GRAU DE REPROVABILIDADE

CONSTITUCIONALIDADE

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Violação de direito autoral. Artigo 184, § 2º, do Código Penal.

Condenação. Pena: 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, na razão unitária de 1/30 do salário-mínimo. Regime aberto. Substituição na forma do artigo 44 do Código Penal. Apelo defensivo requerendo o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum* do artigo 184, § 2º, do Código Penal, eis que dá tratamento mais gravoso do que o dispensado aos que violam direitos autorais dos criadores de programas de computador, com a consequente remessa dos autos ao órgão de origem para que seja formulada proposta de suspensão condicional do processo. *Inexiste inconstitucionalidade por violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, eis que são tipos jurídicos diferentes, o artigo 184, § 2º, do Código Penal refere-se à violação dos direitos do autor de obra intelectual e o artigo 12 da Lei nº 9.609/98 versa sobre a violação dos direitos de autor de programa de computador, aos quais foram atribuídos pelo legislador graus de reprovabilidade diferentes que, ante a sua discricionariedade, fixou reprimenda maior ao delito de violação de direitos autorais de obra intelectual.* Apelo improvido.

Precedente Citado: TJRJ ApCrim 2008.050.04526, Rel. Des. Ângelo Moreira Gliuche, julgado em 20/08/2008 e ApCrim 2009.050.00923, Rel. Des. Denise Rolins Lourenço, julgado em 29/04/2009. (grifos nossos).

Também merece destaque o acórdão proferido pela *Primeira Câmara Criminal* do mesmo Tribunal, sendo Relator o eminente Des. *MARCUS BASILIO*, Julgado em 26/07/2016:

EMENTA: PENAL – PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL – EMBARGOS INFRINGENTES – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ARTIGO 184, §2º DO CP – CONDENAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DO ARTIGO 12, §1º DA LEI 9.609/1998 PELO VOTO VENCIDO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DO INTUITO DE MERCÂNCIA DA MERCADORIA – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR. *Inicialmente se faz necessário indicar a diferença dos tipos do artigo 12, §2º da Lei 9609/98 e artigo 184, §2º do CP. Em que pese o bem jurídico protegido ser o mesmo, a saber, propriedade intelectual, os objetos materiais dos tipos se diferem em sua natureza. O artigo 184 do CP diz respeito à violação de direitos autorais como um todo, sendo o artigo 12 da Lei 9609/98 um tipo especial dedicado exclusivamente à violação de direitos de autor de programa de computador. Diante das provas carreadas nos autos, não há como operar a desclassificação pretendida, na medida em que o laudo acostado (index 00030) não indica expressamente que o conteúdo dos bens apreendidos seja programas de computador. Ao revés, da sua leitura extrai-se que os CD's, DVD's têm conteúdo diverso de programas de computador, já que houve a diferenciação em relação*

aos DVD's comuns e aos DVD's de jogos. Feitas tais considerações, importante frisar que a prova da mercancia só se faz necessária quando analisado o tipo do artigo 12, §2º da Lei 9609/98, que expressamente o exige para sua configuração. *De outro giro, o artigo 184, §2º do CP nada fala acerca da prova da mercancia, só exigindo o intuito de lucro direto ou indireto daquele que viola direito autoral.* Por amor ao debate, insta consignar que mesmo diante da ausência de necessidade da prova da mercancia dos bens que estavam na posse do embargante, *o intuito de lucro foi cabalmente comprovado. O réu foi preso com grande quantidade de CD's e DVD's, o que, por si só, já demonstra o intuito de lucro, ainda mais somado ao fato que essa não era a primeira vez em que o mesmo foi abordado nas mesmas condições.* Ademais, os policiais militares responsáveis pela prisão relataram *que o acusado admitiu que vendia os produtos para seu sustento e de sua família.* (Grifamos).

Ademais, ressalte-se, ainda, o *Enunciado nº 502* da Súmula da Jurisprudência predominante do STJ: *“Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs ‘piratas’”.*

Diante disso, incontestemente a configuração, no caso, do delito de violação do direito autoral, sendo pública e incondicionada a natureza da ação penal, não cabendo, *in casu*, a aplicação do disposto no art. 12 da Lei 9606/98 por não se tratar de violação de direito de programas de computador.

Ante o exposto, o presente parecer é no sentido de sugerir a Vossa Excelência *que não insista no arquivamento* do inquérito policial e, em consequência, designe Promotor de Justiça desimpedido para o oferecimento de denúncia.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2016.

**LEONARDO FREIRE DE OLIVEIRA**

Assistente da Assessoria Criminal

De acordo:

**ANTONIO CARLOS BISCAIA**

Assessor-Chefe da Assessoria Criminal

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MPRJ nº 2014.00442862

Origem: Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 0158ª Delegacia de Polícia, distribuído para a Vara Única da Comarca de Bom Jardim, onde recebeu o nº 0001170-87.2014.8.19.0009

Crime sob investigação: art. 184, §2º do CP

Indiciado: Giovani Klem

Assunto: Arquivamento recusado

APROVO o parecer da douta Assessoria Criminal. Na forma do art.28 do Código de Processo Penal, deixo de confirmar a promoção de arquivamento inserta Termo Circunstanciado nº 00666/2012 da 158ª Delegacia de Polícia. Designo o Promotor de Justiça ..... para oferecer denúncia contra o indiciado Giovani Klem. Devolvam-se os autos ao Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Bom Jardim. Dê-se ciência ao Promotor de Justiça que oficiou no feito e, após, publique-se.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2016.

**ALEXANDRE ARARIPE MARINHO**

Subprocurador-Geral de Justiça de  
Assuntos Institucionais e Judiciais



*Plano de redução da superlotação carcerária. Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos. Adoção de ações, medidas e estabelecimento de metas junto à Vara de Execuções Penais, tendentes a ajustar excessos ou desvios de execução nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro.*

À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Requerente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos

Interessados: Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP-RJ

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Promotorias de Justiça de Execução Penal – PEP

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – DPGE

Núcleo do Sistema Prisional – NUSPEN

Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro – OAB-RJ

Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro

Assunto: pedido de providências; superlotação carcerária; sistema prisional fluminense; plano de redução da superlotação; porta de saída.

Fundamento: Lei nº 7.210/84; Resolução CNCPC nº 5/2016; Súmula Vinculante STF nº 56.

Objetivo: elaboração consorciada de plano de redução da superlotação carcerária para ajustar excesso ou desvio de execução, em organização da fila da porta de saída com metas, filtros de controle e critérios objetivos sistematizados.

### **Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais**

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) vem, por esta Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos (PJTCSPDH), submeter ao conhecimento desse douto Juízo breve diagnóstico das condições de superlotação dos estabelecimentos prisionais no Estado do Rio de Janeiro, requerendo providências no sentido de (i) ser formado Comitê Colegiado<sup>1</sup>, para o (ii) desenvolvimento de Plano de Redução da Superlotação do Sistema Prisional Fluminense (PRSSPF), com a (iii) adoção de ações, medidas e estabelecimento de metas junto a essa Vara de Execuções Penais, tendentes a ajustar excessos ou desvios de execução nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo por limitação de escopo a chamada porta de saída do sistema carcerário.

<sup>1</sup> Vara de Execuções Penais; Secretaria de Estado de Administração Penitenciária; Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Ordem dos Advogados do Brasil Seção Rio de Janeiro; Conselho Penitenciário Estadual; Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos.

A presente iniciativa será formulada sob a seguinte organização:

- I. Breve Introdução à Problemática da Superlotação
- II. Estado de Superlotação do Sistema Prisional Fluminense
- III. Regramento Jurídico
- IV. Resolução CNPCP nº 05, 25.11.2016
- V. Ações Cíveis Públicas sobre Superlotação
- VI. Procedimentos Especiais sobre Superlotação
- VII. Conclusão e Requerimentos

### **I. Breve Introdução à Problemática da Superlotação**

1. O Estado do Rio de Janeiro registrou nos últimos anos um incremento significativo de sua população carcerária, saindo de 33.627 em dezembro de 2013 para 50.482 internos em dezembro de 2016<sup>2</sup>, um acréscimo de 16.855 presos (50,1%).

2. Por sua vez, o número de vagas instaladas no sistema prisional subiu de 27.069 em dezembro de 2013, para 27.242 em dezembro de 2016, um incremento de apenas 173 vagas (0,6%).

3. Se ao final de 2013 a taxa global de ocupação do sistema prisional fluminense era de 124%, esta saltou para 185% da capacidade ofertada em dezembro de 2016, representando então um déficit de 23.030 vagas.

4. Se considerarmos que pelos critérios do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) uma penitenciária de segurança média, conforme sua natureza e peculiaridade, comportaria no máximo 800 presos, é de se supor que a resolução do déficit de vagas exigiria a inauguração imediata de ao menos 29 novas unidades.

5. Se levarmos em conta uma média conservadora de crescimento da população carcerária em nosso Estado de 5.000 presos ao ano, ao menos outras 6 penitenciárias deveriam ser construídas a cada ano.

6. Tomando por referência o custo aproximado de construção das 2 últimas unidades prisionais no Estado do Rio de Janeiro<sup>3</sup>, na ordem de R\$ 30.000.000,00 por unidade, podemos vislumbrar o investimento necessário para construção das cerca de 30 unidades prisionais que seriam demandadas apenas para suprir o déficit atual de vagas: R\$ 900.000.000,00.

<sup>2</sup> Dados Efetivo Carcerário SEAP de 26.12.2016.

<sup>3</sup> CALDEIRA, Cesar. Gestão de unidades prisionais com gangues: a experiência do Rio de Janeiro. *Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, 1999, p. 198.

INAUGURAÇÃO	NOME	VALOR DA OBRA	NÚMERO DE VAGAS
24.06.2013	SEAP ISAP Tiago Teles de C. Domingues	R\$ 32.566.631,68	616
24.06.2013	SEAP Juíza Patrícia Acioli	R\$ 31.295.160,81	616

7. Some-se aos recursos para construção, o custo de operação e conservação das unidades prisionais, como remuneração de pessoal, alimentação, abastecimento de água, assistência médica, assistência material e tratamento conferido aos presos. A situação se torna insustentável, máxime em um Estado em condições de calamidade financeira como o do Rio de Janeiro.

8. Registre-se aqui a gravidade da situação de endividamento do Estado com seus fornecedores, em especial para o fornecimento de refeições aos internos do sistema prisional. Em 30 de novembro de 2016, o Secretário de Estado de Administração Penitenciária informou um débito estimado de R\$ 172.773.724,00, havendo ainda restos a pagar de 2015 no valor de R\$ 46.630.320,00. O custo mensal apenas para o fornecimento de refeições no sistema prisional seria da ordem de, estimado em dezembro de 2016, R\$ 28 milhões.

9. A situação de superlotação afeta não apenas a falta de camas e colchonetes ou condições de conforto ao preso, afeta também condições mais basilares de vida do preso e provoca instabilidade intra e extramuros.

10. Muitos dados podem ser reveladores das dificuldades enfrentadas pelos internos e pela própria administração penitenciária, como exemplo, a insuficiência do abastecimento de água aos presos.

11. A capacidade de armazenamento e fornecimento de água de qualquer instalação predial é estabelecida a partir da expectativa média de consumo. No caso dos presídios, uma estimativa conservadora da SABESP indica um consumo médio de 300 litros, por dia, por preso.

12. Considerando que as unidades prisionais foram previstas para capacidade de ocupação determinada, a superlotação acarreta impacto direto na capacidade de abastecimento, armazenamento e distribuição de água aos seus ocupantes.

13. Considere-se o Instituto Penal Plácido Sá Carvalho (SEAPP):

VOLUME MÉDIO DE ÁGUA MENSAL APURADA EM UM SEMESTRE:		13.551M3 (13.551.000 LITROS / 30 DIAS)	
Capacidade:	1.699	Média diária <i>per capita</i> considerada:	265,8 litros/dia/preso
Ocupação real:	3.521	Média diária <i>per capita</i> real:	128,2 litros/dia/preso

14. Ora, a capacidade de abastecimento de uma edificação não é variável conforme o seu fluxo de ocupação, mas sim fixa conforme sua capacidade prevista ou ajustada. A superlotação acarreta, assim, uma redução significativa do volume de água fornecido ao preso, retirando-lhe condições de uma vida minimamente digna e saudável.

15. Chega-se, então, a um segundo indicador: óbitos no sistema prisional.

Em 2013 foram registrados 133 óbitos em todo o sistema prisional.

Em 2014 foram registrados 146 óbitos.

Em 2015 foram registrados 183 óbitos.

Em 2016 foram registrados 254 óbitos.

*716 óbitos em 3 anos no sistema prisional fluminense.<sup>4</sup>*

16. Verifica-se, portanto, um incremento significativo de 90,9% no número de mortes ocorridas no sistema prisional, apenas nos últimos 3 anos. A *causa mortis* principal: doenças, muitas relacionadas à tuberculose, recorrente em um espaço prisional superlotado.

17. Em resumo: *o crescimento do efetivo carcerário nos últimos 3 anos foi de 50%, enquanto o número de mortes dentro do sistema prisional aumentou em 90,9%. Por sua vez, o aumento do número de vagas foi de insignificante 0,6%.*

18. Por fim, não se pode olvidar a instabilidade institucional que assola as unidades prisionais em todo país, como são exemplos os notórios massacres recentemente ocorridos nos Estados do Amazonas e Roraima, com 99 mortos apenas na primeira semana de 2017.

19. No Estado do Rio de Janeiro as condições de superlotação representam, longe de qualquer dúvida, um ingrediente explosivo na garantia da ordem e efetivo alcance dos objetivos da sentença ou decisão penal.

20. A questão posta é: *diante de um cenário de superlotação carcerária, que medidas devem ser adotadas?*

21. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou expressamente sobre o tema, seja no julgamento do Recurso Extraordinário nº RE-641.320, seja na edição da Súmula Vinculante STF nº 56, traçando os parâmetros para o enfrentamento responsável da falta de vagas no sistema prisional.

22. Por sua vez, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução CNPCP nº 05, de 25.11.2016 e reconheceu indicador extremo da capacidade máxima de ocupação de estabelecimentos prisionais, indicando o procedimento a ser adotado quando verificada tal situação.

23. Não se pode admitir a simples aceitação do estado de superlotação, sendo previstas e conhecidas as nefastas consequências para toda a sociedade.

24. Tampouco se mostra questionável a adoção de medidas isoladas em determinadas unidades que venham a acarretar o agravamento das condições de ocupação do sistema prisional como um todo.

<sup>4</sup> Foram verificados 10 óbitos no sistema prisional entre os dias 01 e 10 de janeiro de 2017.

25. Toda e qualquer medida atinente à administração do sistema prisional merece redobrada atenção, seja em garantia dos direitos fundamentais do preso, seja para os fins de efetivo cumprimento dos objetivos da sanção penal, seja em nome dos pressupostos de segurança pública que conduzem a política criminal e penitenciária em vigor.

26. Os atores deste processo são conhecidos. Ele envolve toda a sociedade e, em especial, as instituições e organismos constituídos como a Vara de Execuções Penais, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Penitenciário Estadual e Conselhos da Comunidade.

27. O que esta PJTCSPDH vem então propor a esse douto Juízo é a deflagração de um processo colaborativo (art. 6º NCP) e estruturante para que as melhores medidas de intervenção a cargo dessa Vara de Execuções Penais sejam identificadas e adotadas.

28. Espera-se que com a adoção de métodos colaborativos de trabalho sejam construídas ações e medidas efetivas para, em tempo hábil, a se evitar a ocorrência de uma tragédia no âmbito do sistema prisional fluminense, eliminando ou ao menos reduzindo de forma significativa os excessos e desvios de execução penal evidenciados pela superlotação do cárcere.

29. Fundamental registrar que, em estrita atenção à natureza e competência jurisdicional da Vara de Execuções Penais, os objetivos deste procedimento proposto devem se limitar aos procedimentos relacionados à chamada porta de saída do sistema prisional, com escopo específico e voltado para as providências a cargo dos órgãos de execução penal e de administração penitenciária.

30. Não se pretende, assim, tratar pelo presente de providências de política criminal como a audiência de custódia, diretrizes para o uso do instrumento da prisão preventiva e de duração razoável do processo, matérias atinentes às Varas Criminais, embora se reconheça a relevância e urgência do enfrentamento do tema perante aqueles órgãos jurisdicionais.

## **II. Estado de Superlotação no Sistema Prisional Fluminense**

31. O sistema prisional fluminense apresentava em 26.12.2016 o efetivo carcerário de 50.482 internos, para 27.242 vagas, ocupação de 185% de sua capacidade instalada, o que representa evidente e inaceitável estado de superlotação carcerária.

32. A alocação desse efetivo se distribui entre estabelecimentos e unidades prisionais<sup>5</sup> dedicadas a presos provisórios e presos condenados a sanções penais, cumpridas nos regimes fechado, semiaberto e aberto<sup>6</sup>.

33. De acordo com o Efetivo Carcerário informado pela SEAP-RJ em 29.11.2016, são identificadas 47 unidades<sup>7</sup> ativas do sistema prisional fluminense, a saber:

<sup>5</sup> Estabelecimentos prisionais autônomos ou unidades distintas de um mesmo estabelecimento prisional, doravante denominadas unidades prisionais.

<sup>6</sup> Não se irá tratar aqui das condições de ocupação de unidades de saúde ou de cumprimento de medidas de segurança.

<sup>7</sup> Obs.: o estabelecimento SEAPJF – Joaquim Ferreira de Souza é dividido em 3 unidades distintas: provisório comum; provisório federal; outros.

IDENTIFICAÇÃO	LOCAL	REGIME	GÊNERO
1. Presídio Ary Franco – SEAPAF	Água Santa	Diversos	Masculino
2. Instituto Penal Oscar Stevenson - SEAPOS	Benfica	Semiaberto	Feminino
3. Instituto Penal Oscar Stevenson - SEAPOS	Benfica	Aberto	Feminino
4. Casa do Albergado Crispim Ventino - SEAPAC	Benfica	Aberto	Masculino
5. Cadeia Pública Dalton Crespo de Castro - SEAPDC	Campos	Provisório	Masculino
6. Presídio Nilza da Silva Santos – SEAPNS	Campos	Diversos	Feminino
7. Presídio Carlos Tinoco da Fonseca – SEAPCF	Campos	Diversos	Masculino
8. Instituto Penal Cândido Mendes – SEAPCM	Centro	Semiaberto	Masculino
9. Penitenciária Industrial Esmeraldino Bandeira – SEAPEB	Gericinó	Fechado	Masculino
10. Penitenciária Bandeira Stampa – SEAPBS	Gericinó	Fechado	Masculino
11. Presídio Elizabeth Sá Rego – SEAPSR	Gericinó	Fechado	Masculino
12. Cadeia Pública Paulo Roberto Rocha – SEAPPR	Gericinó	Provisório	Masculino
13. Cadeia Pública Pedrolino Werling de Oliveira – SEAPPO	Gericinó	Provisório	Masculino
14. Cadeia Pública Jorge Santana – SEAPJS	Gericinó	Provisório	Masculino
15. Cadeia Pública Pedro Melo da Silva – SEAPPM	Gericinó	Provisório	Masculino
16. Cadeia Pública José Frederico Marques – SEAPFM	Gericinó	Provisório	Masculino
17. Penitenciária Talavera Bruce – SEAPTB	Gericinó	Fechado	Feminino
18. Unidade Materno Infantil – UMI	Gericinó	Fechado	Feminino
19. Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza - SEAPJFS	Gericinó	Provis. C	Feminino
20. Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza - SEAPJFS	Gericinó	Provis. F	Feminino
21. Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza - SEAPJFS	Gericinó	Outros	Feminino
22. Presídio Nelson Hungria – SEAPNH	Gericinó	Diversos	Feminino
23. Instituto Penal Benjamin de Moraes Filho - SEAPBM	Gericinó	Semiaberto	Masculino
24. Instituto Penal Vicente Piragibe - SEAPVP	Gericinó	Semiaberto	Masculino
25. Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino - SEAPLP	Gericinó	Diversos	Masculino
26. Penitenciária Gabriel Ferreira Castilho - SEAPGC	Gericinó	Diversos	Masculino
27. Penitenciária Jonas Lopes de Carvalho - SEAPJL	Gericinó	Diversos	Masculino
28. Penitenciária Muniz Sodré – SEAPMS	Gericinó	Diversos	Masculino

29. Penitenciária Alfredo Tranjan - SEAPAT	Gericinó	Fechado	Masculino
30. Penitenciária Dr. Serrano Neves - SEAPSN	Gericinó	Fechado	Masculino
31. Penitenciária Lemos Brito - SEAPLB	Gericinó	Fechado	Masculino
32. Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – SEAPPC	Gericinó	Semiaberto	Masculino
33. Presídio Diomedes Vinhosa Muniz – SEAPVM	Itaperuna	Diversos	Masculino
34. Cadeia Pública Milton Dias Moreira –SEAPMM	Japeri	Fechado	Masculino
35. Presídio João Carlos da Silva – SEAPJCS	Japeri	Provisório	Masculino
36. Cadeia Pública Contrin Neto – SEAPCN	Japeri	Provisório	Masculino
37. Cadeia Pública Hélio Gomes – SEAPHG	Magé	Provisório	Masculino
38. Cadeia Pública Romeiro Neto – SEAPRN	Magé	Provisório	Masculino
39. Colônia Ag.Marco Aurélio V. Tavares de Mattos - SEAPAM	Magé	Semiaberto	Masculino
40. Penitenciária Cel. PM Francisco Spargoli Rocha - SEAPFS	Niterói	Fechado	Masculino
41. Cadeia Pública Constantino Cokotós – SEAPCK	Niterói	Provisório	Masculino
42. Instituto Penal Edgard Costa - SEAPEC	Niterói	Semiaberto	Masculino
43. Instituto Penal Ismael Pereira Sirieiro - SEAPIS	Niterói	Semiaberto	Masculino
44. Presídio Evaristo de Moraes – SEAPEM	São Cristóvão	Diversos	Masculino
45. Cadeia Pública Juíza de Direito Patrícia Acioli - SEAPJP	São Gonçalo	Provisório	Masculino
46. Cadeia Pública I. Tiago T. de Castro Domingues - SEAPTD	São Gonçalo	Provisório	Masculino
47. Cadeia Pública Franz de Castro Holzwarth – SEAPFC	Volta Redonda	Provisório	Masculino

34. Das 47 unidades prisionais acima identificadas:

16 são dedicadas exclusivamente ao(à) preso(a) provisório(a);

10 são dedicadas exclusivamente ao regime fechado;

8 são dedicadas exclusivamente ao regime semiaberto;

2 são dedicadas exclusivamente ao regime aberto;

11 são dedicadas a regimes diversos (misto) sem exclusividade.

35. Das 47 unidades prisionais consideradas, 36 são dedicadas aos internos do sexo masculino, sendo 9 dedicadas às internas do sexo feminino.

36. Das 9 unidades prisionais femininas, 6 apresentam ocupação acima de 100% de sua capacidade, representando um excedente de 468 internas.

UNIDADES FEMININAS				
CÓDIGO	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	% OCUPAÇÃO
SEAPJFS	276	497	221	180 %
SEAPOS	22	36	14	164 %
SEAPJFS**	18	33	11	150 %
SEAPNS	226	340	114	150 %
SEAPOS*	264	326	62	123 %
SEAPNH	468	514	46	110 %
SEAPTB	362	353	-9	97 %
SEAPJFS*	24	12	-12	50 %
UMI	20	9	-11	45 %

37. Por sua vez, das 36 unidades prisionais masculinas, 29 apresentavam em 26.12.2016 ocupação acima de 100% de sua capacidade, um excedente de 22.562 internos.

UNIDADES MASCULINAS				
CÓDIGO	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	% OCUPAÇÃO
1. SEAPMM	884	3003	2119	340%
2. SEAPAT	960	2867	1907	299%
3. SEAPJP	616	1628	1012	264%
4. SEAPJS	750	1758	1008	234%
5. SEAPTD	630	1449	819	230%
6. SEAPAF	968	2129	1161	220%
7. SEAPCN	750	1650	900	220%
8. SEAPSR	750	1643	893	219%
9. SEAPPR	750	1625	875	217%
10. SEAPJCS	884	1906	1022	216%
11. SEAPMS	1320	2817	1497	213%
12. SEAPRN	564	1184	620	210%
13. SEAPPC	1699	3525	1826	207%
14. SEAPCF	842	1610	768	191%
15. SEAPJL	1344	2509	1165	187%
16. SEAPEB	992	1826	834	184%
17. SEAPPM	750	1376	626	183%
18. SEAPSN	668	1204	536	180%



19. SEAPDC	500	889	389	178%
20. SEAPIS	352	625	273	178%
21. SEAPEC	383	630	247	164%
22. SEAPVM	466	752	286	161%
23. SEAPAC	302	486	184	161%
24. SEAPEM	1497	2116	619	141%
25. SEAPLB	512	709	197	138%
26. SEAPVP	1444	1907	463	132%
27. SEAPBS	547	657	110	120%
28. SEAPGC	672	796	124	118%
29. SEAPBM	912	994	82	109%
30. SEAPHG	504	486	-18	96%
31. SEAPFC	302	288	-14	95%
32. SEAPFM	532	454	-78	85%
33. SEAPCK	50	41	-9	82%
34. SEAPLP	48	30	-18	62%
35. SEAPPO	154	92	-62	59%
36. SEAPCM	246	146	-100	59%
37. SEAPFS	180	105	-75	58%
38. SEAPAM	140	78	-62	55%

38. Entre as 8 unidades masculinas dedicadas exclusivamente ao regime fechado, 1 apresenta ocupação acima de 300%, 2 apresentam ocupação acima de 200%, 3 entre 100% e 200% e apenas 1 com ocupação dentro de sua capacidade.

<b>MASCULINO – REGIME EXCLUSIVAMENTE FECHADO</b>				
<b>CÓDIGO</b>	<b>CAPACIDADE</b>	<b>EFETIVO</b>	<b>EXCESSO</b>	<b>% OCUPAÇÃO</b>
SEAPMM	884	3003	2119	340%
SEAPAT	960	2867	1907	299%
SEAPSR	750	1643	893	219%
SEAPEB	992	1826	834	184%
SEAPSN	668	1204	536	180%
SEAPLB	512	709	197	138%
SEAPBS	547	657	110	120%
SEAPFS	180	105	75	58%

39. Entre as 7 unidades masculinas dedicadas exclusivamente ao regime semiaberto, 1 apresenta ocupação acima de 200%, 4 entre 100% e 200% e apenas 2 com ocupação dentro de sua capacidade.

MASCULINO – REGIME EXCLUSIVAMENTE SEMIABERTO				
CÓDIGO	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	% OCUPAÇÃO
SEAPPC	1699	3525	1826	207%
SEAPIS	352	625	273	178%
SEAPEC	383	630	247	164%
SEAPVP	1444	1907	463	132%
SEAPBM	912	994	82	109%
SEAPCM	246	146	100	59%
SEAPAM	140	78	62	55%

40. Entre as 14 unidades masculinas dedicadas exclusivamente a presos provisórios, 7 apresentam ocupação acima de 200%, 2 entre 100% e 200% e apenas 5 com ocupação dentro de sua capacidade.

MASCULINO – EXCLUSIVAMENTE PROVISÓRIO				
CÓDIGO	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	% OCUPAÇÃO
SEAPJP	616	1628	1012	264%
SEAPJS	750	1758	1008	234%
SEAPTD	630	1449	819	230%
SEAPCN	750	1650	900	220%
SEAPPR	750	1625	875	217%
SEAPJCS	884	1906	1022	216%
SEAPRN	564	1184	620	210%
SEAPPM	750	1376	626	183%
SEAPDC	500	889	389	178%
SEAPHG	504	486	18	96%
SEAPFC	302	288	14	95%
SEAPFM	532	454	78	85%
SEAPCK	50	41	9	82%
SEAPPO	154	92	62	59%

41. Entre as 8 unidades masculinas dedicadas a regimes diversos, 2 apresentam ocupação acima de 200%, 5 entre 100% e 200% e apenas 1 com ocupação dentro de sua capacidade.

MASCULINO – REGIMES DIVERSOS				
CÓDIGO	CAPACIDADE	EFETIVO	EXCESSO	% OCUPAÇÃO
SEAPAF	968	2129	1161	220%
SEAPMS	1320	2817	1497	213%
SEAPCF	842	1610	768	191%
SEAPJL	1344	2509	1165	187%
SEAPVM	466	752	286	161%
SEAPEM	1497	2116	619	141%
SEAPGC	672	796	124	118%
SEAPLP	48	30	18	62%

42. A única unidade masculina dedicada exclusivamente ao regime aberto (SEAPAC) apresenta efetivo de 486 internos para uma capacidade de 302 vagas, resultando em um excesso de 184 presos, com 161% de ocupação.

43. Em resumo, das 47 unidades prisionais consideradas:

*1 apresenta acima de 300% de ocupação;*

*12 apresentam acima de 200% de ocupação;*

*22 apresentam entre 100% e 200% de ocupação;*

*12 se encontram abaixo de 100% de ocupação.*

44. Forçoso reconhecer, assim, o estado de superlotação do sistema prisional fluminense.

### III. Regramento Jurídico

45. São reconhecidos na Constituição da República: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea e); a garantia dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à previdência e à assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

46. São plenamente eficazes no ordenamento jurídico interno os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte (art. 5º, § 3º, da CF/88),

dos quais guardam pertinência o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

47. São objetivos da execução penal: efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal; e, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado. (art. 1º, Lei 7.210/84.)

48. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. (art. 85, Lei 7.210/84.)

49. A superlotação não é compatível com o processo de ressocialização e implica no aumento da criminalidade, inclusive, com a elevação das taxas de reincidência. (Resolução CNPCP nº 5, de 26.11.2016.)

50. Compete ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados, nos termos do inciso VI, do artigo 64, da Lei de Execução Penal, sendo que o fez nos termos da Resolução CNPCP nº 09, 18.11.2011, instrumento este que estabelece as diretrizes básicas para a arquitetura penal e fixa os padrões de lotação.

51. A Suprema Corte Americana de 2011 analisou recursos do colegiado da Califórnia em ações coletivas contra o então governador, diante de reiteradas violações ao direito à assistência médica dos presos, em virtude da superlotação carcerária, e, em consequência, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superlotação, de forma a reduzir a ocupação para um máximo de 137,5% do número de vagas, selecionando os encarcerados para serem liberados, o que representou uma libertação de cerca de 40.000 internos, cuja medida foi fiscalizada por um colegiado de juízes da Califórnia. Tal precedente foi expressamente referido pelo STF no RE 641.320 que tratou da falta de vagas com repercussão geral.

52. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) editou a recente Resolução CNPCP nº 05, de 25.11.2016<sup>8</sup>, que dispõe sobre os indicadores para fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais.

#### IV. Resolução CNPCP nº 05, 25.11.2016

53. Assim dispõe a Resolução CNPCP nº 05, 25.11.2016, em resumo:

*Capacidade total de vagas no sistema prisional*, por unidade federativa, deve observar critério universal de proporcionalidade do número de presos por 100.000 habitantes.

Deve ser determinado o *limite máximo da capacidade de cada estabelecimento penal*.

- O limite máximo não pode exceder o número de camas individuais disponíveis.
- É vedado no cômputo o número de colchões improvisados no chão.

<sup>8</sup> Documento 2. Resolução CNPCP nº 05, de 25 de novembro de 2016.

- Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos.
- O limite máximo pode ser revisado a qualquer tempo.
- A determinação deve se dar por Resolução Conjunta do dirigente máximo do órgão responsável pelo sistema prisional e do presidente do Conselho Penitenciário do Estado.

*Fixa indicador extremo da capacidade de ocupação.*

Linha de corte para controle da superlotação.

- *Unidade penal dentro de sua capacidade.* Vedada a entrada de presos que exceda sua capacidade.
- *Unidade penal – preso provisório.* Sempre que a lotação estiver 10% acima da capacidade, compete ao Diretor da Unidade Penal comunicar expressamente ao Juiz Supervisor do DMF, o nome dos presos provisórios recolhidos há mais de 90 ou há mais de 180 dias, indicando Juízo competente que ordenou a prisão.
- *Unidade penal feminina.* Expressamente proibida a permanência em estabelecimentos penais cuja lotação esteja acima de sua capacidade.
- *Unidade penal masculina. Indicador extremo de ocupação: 137,5%.*
- Comunicado ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF)<sup>9</sup>.
- Proposição de providências para ajustar excesso ou desvio da execução.

*1º Formação de um Comitê Colegiado em cada unidade federativa, integrado por Juízes, membros do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, Conselho Penitenciário e da Comunidade.*

*2º Discussão e implementação de plano de redução da superlotação, com fixação de metas a serem atingidas pelas autoridades competentes.*

*i) Imposição de filtro de controle da porta de entrada (audiência de custódia e controle da duração razoável do processo até a sentença);*

*ii) Organização da fila da porta de saída com critérios objetivos sistematizados (saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto).*

<sup>9</sup> Grupo de Monitoramento e Fiscalização. (Resolução CNJ nº 96, 27.10.1999 e 214, 15.12.2015)

Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser autorizada a *prisão domiciliar do sentenciado*, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 641.320 e Súmula Vinculante 56.

54. Tomando-se por base o *indicador extremo de capacidade* de ocupação de estabelecimentos prisionais masculinos, verifica-se que 25 estabelecimentos masculinos apresentam ocupação acima de 137,5%, a saber:

ESTABELECIMENTO PRISIONAL	LOCAL	REGIME	OCUPAÇÃO
1) Cadeia Pública Milton Dias Moreira – SEAPMM	Japeri	Fechado	340%
2) Penitenciária Alfredo Tranjan – SEAPAT	Gericinó	Fechado	299%
3) Cadeia Pública Juíza de Direito Patrícia Acioli – SEAPJP	São Gonçalo	Provisório	264%
4) Cadeia Pública Jorge Santana – SEAPJS	Gericinó	Provisório	234%
5) Cadeia Pública ISAP Tiago Teles de C. Domingues – SEAPTD	São Gonçalo	Provisório	230%
6) Presídio Ary Franco – SEAPAF	Água Santa	Diversos	220%
7) Cadeia Pública Contrin Neto – SEAPCN	Japeri	Provisório	220%
8) Presídio Elizabeth Sá Rego – SEAPSR	Gericinó	Fechado	219%
9) Cadeia Pública Paulo Roberto Rocha – SEAPPR	Gericinó	Provisório	217%
10) Presídio João Carlos da Silva – SEAPJCS	Japeri	Provisório	216%
11) Penitenciária Muniz Sodré – SEAPMS	Gericinó	Diversos	213%
12) Cadeia Pública Romeiro Neto – SEAPRN	Magé	Provisório	210%
13) Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – SEAPPC	Gericinó	Semiaberto	207%
14) Presídio Carlos Tinoco da Fonseca – SEAPCF	Campos	Diversos	191%
15) Penitenciária Jonas Lopes de Carvalho – SEAPJL	Gericinó	Diversos	187%
16) Penitenciária Industrial Esmeraldino Bandeira – SEAPEB	Gericinó	Fechado	184%
17) Cadeia Pública Pedro Melo da Silva – SEAPPM	Gericinó	Provisório	183%
18) Penitenciária Dr. Serrano Neves – SEAPSN	Gericinó	Fechado	180%
19) Cadeia Pública Dalton Crespo de Castro – SEAPDC	Campos	Provisório	178%

20) Instituto Penal Ismael Pereira Sirieiro – SEAPIS	Niterói	Semiaberto	178%
21) Instituto Penal Edgard Costa – SEAPEC	Niterói	Semiaberto	164%
22) Presídio Diomedes Vinhosa Muniz – SEAPVM	Itaperuna	Diversos	161%
23) Casa do Albergado Crispim Ventino – SEAPAC	Benfica	Aberto	161%
24) Presídio Evaristo de Moraes – SEAPEM	S. Cristóvão	Diversos	141%
25) Penitenciária Lemos Brito – SEAPLB	Gericinó	Fechado	138%

### V. Ações Cíveis Públicas sobre Superlotação

55. A problemática da superlotação das unidades prisionais vem sendo alvo de atenção de diversos órgãos do MPRJ e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGE), sendo identificadas ações cíveis públicas que apresentam por objeto, entre outros pedidos, o enfrentamento da superlotação com formulação de pedidos de interdição<sup>10</sup> de estabelecimentos prisionais específicos, a saber:

ESTABELECIMENTO PRISIONAL	LOCAL	AÇÃO CIVIL PÚBLICA
Cadeia Pública Hélio Gomes – SEAPHG	Magé	0000600-10.2013.8.19.0083
Cadeia Pública Contrin Neto – SEAPCN	Japeri	0001005-46.2013.8.19.0083
Cadeia Pública Milton Dias Moreira – SEAPMM	Japeri	0001642-89.2016.8.19.0083
Cadeia Pública Pedro Melo da Silva – SEAPPM	Gericinó	0003012-63.2013.8.19.0001
Cadeia Pública Romeiro Neto – SEAPRN	Magé	0010818-65.2013.8.19.0029
Penitenciária Industrial Esmeraldino Bandeira – SEAPEB	Gericinó	0017123-96.2006.8.19.0001
Instituto Penal Vicente Piragibe – SEAPVP	Gericinó	0017123-96.2006.8.19.0001
Cadeia Pública Dalton Crespo de Castro – SEAPDC	Campos	0059535-27.2011.8.19.0014
Presídio Carlos Tinoco da Fonseca – SEAPCF	Campos	0064002-49.2011.8.19.0014
Cadeia Pública Jorge Santana – SEAPJS	Gericinó	0070401-07.2009.8.19.0001
Penitenciária Dr. Serrano Neves – SEAPSN	Gericinó	0073274-77.2009.8.19.0001
Instituto Penal Ismael Pereira Sirieiro – SEAPIS	Niterói	0096521-79.2012.8.19.0001
Presídio Ary Franco – SEAPAF	Água Santa	0144729-05.2009.8.19.0001
Penitenciária Jonas Lopes de Carvalho – SEAPJL	Gericinó	0154701-52.2016.8.19.0001
Instituto Penal Plácido Sá Carvalho – SEAPPC	Gericinó	0252862-39.2012.8.19.0001

<sup>10</sup> Proibição de entrada de novos presos e transferência de presos.

Penitenciária Alfredo Tranjan – SEAPAT	Gericinó	0297188-50.2013.8.19.0001
Casa do Albergado Crispim Ventino	Benfica	0473858-69.2015.8.19.0001
Penitenciária Muniz Sodré – SEAPMS	Gericinó	0495601-43.2012.8.19.0001

## VI. Procedimentos Especiais sobre Superlotação

56. Por sua vez, procedimentos especiais foram instaurados junto a essa Vara de Execuções Penais a requerimento do MPRJ ou da DPGE, com vistas à apreciação de pedidos de providências tendentes ao enfrentamento de situação de superlotação de estabelecimentos prisionais específicos, a saber:

ESTABELECIAMENTO PRISIONAL	LOCAL	PROCEDIMENTO ESPECIAL
Presídio Evaristo de Moraes – SEAPEM	São Cristóvão	2012/0162032-3
Cadeia Pública Paulo Roberto Rocha – SEAPPR	Gericinó	2013/0190327-2
Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza – SEAPJFS	Gericinó	2015/0083680-2
Penitenciária Alfredo Tranjan – SEAPAT	Gericinó	2015/0190653-9
Penitenciária Jonas Lopes de Carvalho – SEAPJL	Gericinó	2016/0042197-6
Instituto Penal Vicente Piragibe – SEAPVP	Gericinó	2016/0042198-4
Cadeia Pública Milton Dias Moreira – SEAPMM	Japeri	2016/0046290-5
Casa do Albergado Crispim Ventino	Benfica	2016/0047056-9
Presídio João Carlos da Silva – SEAPJCS	Japeri	2016/0047735-8
Penitenciária Industrial Esmeraldino Bandeira – SEAPEB	Gericinó	2016/0050749-3
Penitenciária Muniz Sodré – SEAPMS	Gericinó	2016/0053155-0
Penitenciária Talavera Bruce – SEAPT B	Gericinó	2016/00020437
Presídio Evaristo de Moraes – SEAPEM	São Cristóvão	2012/0162032-3
Cadeia Pública Paulo Roberto Rocha – SEAPPR	Gericinó	2013/0190327-2
Penitenciária Joaquim Ferreira de Souza – SEAPJFS	Gericinó	2015/0083680-2

## VII. Conclusão e Requerimentos

57. Lamentavelmente, o ano de 2017 se iniciou com notícias de massacres na região Norte, instabilidade na segurança dos presídios em todo o país, carência quase absoluta de recursos financeiros para custeio do sistema prisional fluminense, deficiências nos serviços essenciais de abastecimento de água, alimentação e assistência à saúde nas unidades prisionais, fatores que se relacionam direta e inexoravelmente com o estado de superlotação do sistema prisional no Estado do Rio de Janeiro.

58. A atenção conferida pela mídia nacional ou internacional traz à luz dados e informações de conhecimento dos órgãos de Justiça e dos órgãos de administração



penitenciária, mas que se encontram carentes de um sério, competente e responsável planejamento de ações e medidas que conduzam à redução e futura eliminação do estado de superlotação dos estabelecimentos prisionais fluminenses.

59. *Quais então seriam tais ações e medidas tendentes à redução do estado de superlotação?*

60. Assim como a causa do atual estado de superlotação se deve a um processo e conjunto de fatores relacionados à política criminal e penitenciária adotada no país e no Estado do Rio de Janeiro, a sua resolução igualmente demanda um processo e conjunto de ações e medidas que conduzam à redução da desproporção constatada entre o número de vagas e de pessoas submetidas ao decreto prisional.

61. A identificação das medidas que com maior eficácia possam contribuir para a redução da superlotação depende de um planejamento e empenho conjunto dos distintos atores do sistema de justiça e de administração penitenciária.

62. Os atores indispensáveis deste processo são:

*Vara de Execuções Penais;*

*Secretaria de Estado de Administração Penitenciária;*

*Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro;*

*Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro;*

*Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro;*

*Conselho Penitenciário Estadual;*

*Conselhos das Comunidades\**<sup>11</sup>.

63. Ainda que não se mostre possível ou prudente precisar, nesta oportunidade, quais as ações e medidas a serem adotadas, é adequado indicar que sob a regência do ordenamento jurídico vigente e à luz das orientações do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, as seguintes providências merecem ser submetidas à apreciação das instituições competentes no curso deste processo que se inicia:

*i. conferir transparência aos dados de capacidade e ocupação do sistema prisional;*

*ii. estabelecer mecanismo de monitoramento do quantitativo do efetivo carcerário;*

*iii. promover remanejamento de efetivo e ocupação de vagas ociosas;*

*iv. promover recuperação de vagas indisponíveis por força de interdição;*

*v. promover a ampliação do número de vagas no sistema prisional, conforme especificações para cada regime;*

<sup>11</sup> Os Conselhos das Comunidades se encontram em situação de inatividade ou de irregularidade em todo o Estado do Rio de Janeiro, estando em curso procedimento de regularização de sua organização e funcionamento.

*vi. comunicar aos Juízos criminais competentes a situação de presos provisórios com mais de 90 e 180 dias de encarceramento;*

*vii. conferir celeridade aos procedimentos de análise de benefícios legais (extinção de pena; indulto; livramento condicional; progressão de regime; detração e remição; suspensão condicional; saídas temporárias);*

*viii. conferir regime de apreciação prioritária conforme condições subjetivas do apenado (idoso, com deficiência, enfermidade);*

*ix. criar condições para realização de mutirões de análise de benefícios legais em unidades prisionais com maior percentual de superlotação;*

*x. criar condições para realização de mutirões de exames criminológicos para instrução dos processos de cumprimento de pena;*

*xi. promover a conversão de penas privativas de liberdade em penas restritivas de direitos;*

*xii. desenvolver critérios objetivos para concessão excepcional de prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico, por falta de vagas no regime prisional próprio;*

*xiii. desenvolver critérios objetivos para concessão excepcional de saída antecipada, por falta de vagas no regime prisional.*

64. Por certo, providências de outras naturezas não de ser identificadas, debatidas e apreciadas e com tal propósito é que se apresenta o caráter duradouro do processo em tela.

65. Dúvidas não há quanto à complexidade do tema, porém a Vara de Execuções Penais se constitui no órgão competente para capitanear esta iniciativa e liderar um processo de regularização do estado de ocupação do sistema prisional fluminense.

66. A urgência que se apresenta justifica a adoção de métodos de trabalho próprios em um processo estruturante, como a tomada de decisões colegiadas e consorciadas, adoção de negócios jurídicos processuais (art. 190, NCPC), realização de audiências concentradas, estabelecimento de regimes de mutirão e tomada de compromissos sob responsabilidade das autoridades envolvidas.

*67. Confiante da necessidade, adequação e utilidade da medida que se apresenta, vem o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro respeitosamente requerer ao Juízo da Vara de Execuções do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com fundamento nos art. 66, III, IV, V(c), VI, VII e VIII da Lei 7.210/84 e Resolução CNPCP nº 05/2016 a instauração de procedimento especial para os fins de desenvolvimento e execução de Plano de Redução da Superlotação no Sistema Prisional Fluminense (doravante PRSSPF), com escopo direcionado à porta de saída do sistema carcerário, adotando, para tanto, as seguintes providências iniciais:*

*I. sejam intimadas para, no prazo de 5 dias corridos, manifestarem interesse acerca do desenvolvimento do PRSSPF a (i) Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, (ii) Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, da (iii) Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro e (iv) Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, devendo estas, em caso positivo, designar um representante e suplente*

*com amplos poderes de representação, para composição do Comitê Colegiado de desenvolvimento do PRSSPF e, querendo, ofertar considerações iniciais por escrito;*

*II. Seja convocada, em prazo de até 10 dias corridos, a primeira audiência de constituição e planejamento do PRSSPF, intimados os representantes das instituições acima nominadas, tendo como pauta (i) a identificação do estado atual de superlotação do sistema prisional fluminense, (ii) identificação de potenciais instituições interessadas e (iii) mapeamento de ações e medidas de intervenção no âmbito do PRSSPF;*

*III. Seja intimada a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária a apresentar, na véspera da audiência de constituição e planejamento do PRSSPF dados atualizados de capacidade e ocupação do sistema prisional fluminense, por unidade, contendo, no mínimo: identificação da unidade; local; regime prisional; perfil de presos (gênero e facção); capacidade de ocupação prevista; capacidade real de ocupação; número de internos; número de internos baixados; percentual e ocupação;*

*IV. Seja definido, liminarmente, o objetivo final de redução do estado de superlotação de unidades prisionais, ao limite extremo de ocupação em 137,5% em cada unidade prisional masculina e 110% em cada unidade prisional feminina, devendo ser estabelecidos prazos para consecução de metas parciais de redução do estado de superlotação em cada unidade do sistema prisional fluminense;*

*V. Seja comunicado às presidências do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (GMF-TJ/RJ), do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias (CNPCP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca da instauração do procedimento especial em tela, que tem por objetivo o desenvolvimento e execução de Plano de Redução da Superlotação do Sistema Prisional Fluminense (PRSSPF), com escopo direcionado à porta de saída do sistema carcerário, encaminhando-se cópia da presente;*

*VI. Seja publicado edital dando-se publicidade à instauração do procedimento especial em tela, que tem por objetivo o desenvolvimento e execução de Plano de Redução da Superlotação do Sistema Prisional Fluminense (PRSSPF) – com escopo direcionado à porta de saída do sistema carcerário, para ciência a terceiros interessados, concedendo-se o prazo de 30 dias para manifestação por escrito de instituições interessadas em colaborar com a consecução dos objetivos do presente procedimento;*

*VII. Seja dada publicidade em Diário Oficial acerca da instauração do procedimento especial em tela, facultando-se a sua publicação pelos veículos oficiais das instituições interessadas.*

Nestes termos, espera deferimento.

Rio de Janeiro, 12 de janeiro de 2017.

**MURILO NUNES DE BUSTAMANTE**

Promotor de Justiça | Mat. 2502



*Recurso Especial. 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão proferido pela 8ª Câmara Criminal que deu provimento ao recurso estrito manejado pela defesa, despronunciando o acusado e desclassificando a imputação para crimes diversos dos dolosos contra a vida. Ação Penal Pública incondicionada. Crime doloso contra a vida.*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Procurador de Justiça titular da 5ª Procuradoria de Justiça junto à 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0069290-83.2012.8.19.0000, em que é **recorrente ALEXANDRE FELIPE VIEIRA MENDES, e recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO**, irresignado com o V. Acórdão da 8ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça, julgado em 17/04//2013 (fls. 717/736 – doc. 00717), do processo eletrônico, vem interpor, tempestivamente,

## **RECURSO ESPECIAL**

com fundamento no *art. 105, inciso III, alínea a*, da Constituição da República, pelas razões deduzidas em anexo, requerendo seja o mesmo recebido e admitido, e posteriormente enviado ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Rio de Janeiro, 06 de maio de 2013.

**NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA**

Procurador de Justiça

**RECORRENTE:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**RECORRIDO:** ALEXANDRE FELIPE VIEIRA MENDES

### **RAZÕES DO RECORRENTE**

#### **I. DO HISTÓRICO DA CAUSA**

Trata o presente feito de ação penal pública incondicionada na qual o ora recorrido foi denunciado por homicídio doloso (dolo eventual), lesões corporais graves, lesões leves (duas vezes) e crimes do Código de Trânsito Brasileiro, incurso nas sanções do artigo 121, *caput*; artigo 129, §1º, inciso I; e artigo 129, *caput*, duas vezes, todos do código penal e artigos 304 (quatro vezes) e 305 (duas vezes) da Lei nº 9.503/97, em concurso material.

O juízo criminal da 3ª Vara Criminal de Niterói, com *competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida*, após regular instrução criminal, entendeu por pronunciar o ora recorrido, consoante decisão interlocutória de fls. 692/700, com base no *artigo 413 do Código de Processo Penal* (g.n.), a fim de submeter o acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença, consoante determinação constitucional (*artigo 5º, XXXVIII, letra d, da Constituição da República*), acolhendo a tese ministerial.

A douta defesa técnica manejou recurso em sentido estrito em favor do ora recorrido, atacando a decisão de pronúncia prolatada pelo MM. Juízo da 3ª Vara Criminal do Tribunal de Júri da Comarca de Niterói, que, com fundamento no *art. 413 do Código de Processo Penal*, pronunciou o acusado Alexandre Felipe Vieira Mendes, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do *artigo 121, caput*; *artigo 129, § 1º, inciso I*; e *artigo 129, caput*, duas vezes, todos do código penal e *artigos 304 (quatro vezes) e 305 (duas vezes) da Lei nº 9.503/97*, em concurso material.

Insurge-se a defesa técnica do acusado às fls. 565/608, postulando, preliminarmente, a nulidade da decisão de pronúncia por excesso de linguagem, por ter havido prejulgamento do caso penal, e em virtude de violação ao devido processo legal. No mérito, alega a inexistência de suporte probatório suficiente para a decisão de pronúncia.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 636/662, pugnano pelo conhecimento e, no mérito, desprovimento do recurso defensivo, mantendo-se a r. decisão proferida.

Em sede de juízo de retratação à fl. 667, manteve-se a decisão de pronúncia por seus próprios fundamentos.

Subiram os autos ao órgão *ad quem*, tendo a Procuradoria de Justiça ofertado Parecer no sentido da rejeição às preliminares suscitadas pela defesa e pela manutenção da decisão de pronúncia, diante da presença de elementos probatórios suficientes a justificar o julgamento de júri popular, juízo natural da causa, consoante determinação constitucional, já que inexistente dúvida quanto à autoria e à materialidade de crime doloso contra a vida, ainda que a título e dolo eventual, atraídos os demais delitos conexos ao júri.

Todavia, a Colenda 8ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, *por unanimidade*, após rejeitar as preliminares suscitadas pela defesa técnica, veio a prover o recurso estrito, despronunciando o acusado e desclassificando a imputação formulada na denúncia para crimes diversos dos dolosos contra a vida, determinando a remessa dos autos para o juízo criminal singular da Comarca de Niterói.

Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora, consoante ementa do Acórdão:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. LESÕES CORPORAIS SIMPLES E QUALIFICADA. DELITOS DE TRÂNSITO. CRIMES CONEXOS.

DECISÃO DE PRONÚNCIA. PRELIMINARES DE NULIDADE. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA, NA HIPÓTESE, DE EXCESSO DE LINGUAGEM, PREJULGAMENTO OU VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, NO ÂMBITO DA PRONÚNCIA QUESTIONADA. MÉRITO. AFASTAMENTO DO DOLO EVENTUAL. DESPRONÚNCIA DO ACUSADO. DESCLASSIFICAÇÃO DOS FATOS PARA OUTROS DELITOS DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Hipótese em que o recorrente, segundo a denúncia, de forma livre e consciente, dolosamente, atropelou vítima com 58 (cinquenta e oito) anos de idade, o que ocasionou a sua morte, assumindo o risco de causar o resultado fatal, pois conduzia seu veículo automotor com teor alcoólico acima do normal e em alta velocidade. Após o atropelamento, se evadiu do local, imprimindo maior velocidade ao veículo, vindo a perder a direção e que, desgovernado, colidiu com um poste. Momento antes, atropelou uma senhora e seus dois filhos, um com 5 (cinco) e outro com 2 (dois) anos de idade, causando-lhes lesões graves e leves, deixando de lhes prestar socorro, posto que se evadiu, afastando-se do local do acidente.

*2. Preliminar de nulidade. Excesso de linguagem.*

Rejeição. A decisão de pronúncia encontra-se devidamente fundamentada, em conformidade com o artigo 93, IX, da CF. Não se evidencia, na hipótese, posicionamento pessoal ou antecipação da sentença condenatória, a influir de maneira negativa nos jurados, haja vista que as considerações feitas pelo juiz sentenciante se baseiam no material probatório constante dos autos, mormente os depoimentos de testemunhas e do próprio acusado, tanto em sede policial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório. Por essa razão, não ocorre a indigitada invasão do juízo monocrático na competência constitucional do Júri e muito menos formulação de frases que possam eventualmente induzir o raciocínio dos Senhores Jurados.

*3. Preliminar de nulidade. Prejulgamento.* Afastamento da prefacial. O magistrado *a quo* adotou efetiva técnica em sua forma de exposição argumentativa, explicitando quais as razões em que se baseou para receber a denúncia, limitando-se a realizar um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

*4. Preliminar de nulidade. Violação ao devido processo legal.* Rejeição. Com a reforma da Lei nº 11.689/2008, o interrogatório passou a ser o último ato de instrução no *judicium accusationis*. Contudo, da análise dos autos, depreende-se que por ocasião da AIJ realizada, as partes desistiram das testemunhas faltantes, com a ressalva daquelas a

serem ouvidas por cartas precatórias no Juízo deprecado, na forma do art. 222, §1º, do CPP. Em seguida, naquele ato, foi realizado o interrogatório do acusado. Não há nulidade, salientando-se que a expedição das aludidas precatórias não possui o condão de suspender o processo, sendo perfeitamente possível sua juntada após o interrogatório do ora recorrente. Não houve, naquela oportunidade, alegação ou demonstração de efetivo prejuízo para o réu, nos termos do art. 563 do CPP. Trata-se do princípio *de pas de nullité sans grief*.

5. *Mérito*. Absolvição. Impossibilidade. Inexistência das hipóteses elencadas no art. 415 do CPP. Afastamento do dolo eventual que se impõe. Em se tratando de delitos de trânsito, a regra geral é a imputação de crime culposo. O dolo eventual, de outra parte, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que não se verifica no caso vertente, tornando-se obrigatório, portanto, a despronúncia do réu e a desclassificação da infração penal, remetendo o julgamento da causa para o juiz singular competente.

PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

Decidindo desta forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência aos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal, dando-lhes interpretação totalmente divergente da consolidada Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça.

Estes os motivos da interposição do presente Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, para que seja reformado o v. Acórdão, restabelecendo-se a decisão de pronúncia do juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Niterói – júri popular – a fim de que seja submetido o acusado a julgamento pelo Conselho de Sentença, a quem caberá decidir quanto à imputação formulada pelo Ministério Público.

## II. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL

O Ministério Público ainda não foi cientificado pessoalmente do v. Acórdão, que fora publicado no dia 19/04/2013, no D.O. do Estado, parte III, – p.737 do – *e-jud*, conforme Certidão de fl. 737 da Secretaria do E. Órgão fracionário da Corte local. *Todavia, como já tem conhecimento do inteiro teor do aresto, que se encontra disponibilizado no processo eletrônico do Tribunal de Justiça, tendo este órgão pleno acesso a todos os documentos que integram os autos, abre mão do prazo que lhe favorece, nos exatos termos do artigo 186 do Código de Processo Civil, e dá-se por intimado do inteiro teor do acórdão, para fins de interposição nesta data do apelo extremo, protestando desde logo por intimação pessoal do Ministério Público, após o esgotamento do prazo processual da Defesa técnica, para eventual*



*ratificação do recurso especial, caso ocorra a interposição de embargos aclaratórios, nos exatos termos da Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Portanto, a interposição do apelo extremo é tempestiva, já que a Procuradoria de Justiça, embora ainda não intimada, nos termos do art. 5º e seus parágrafos da Lei Federal nº 11.419/2006, maneja desde já o recurso especial com a finalidade de dar maior efetividade e celeridade ao trâmite do processamento do recurso, protestando por eventual ratificação ulterior se for o caso.*

### **III. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA A DO ARTIGO 105, III da CF**

#### **III.a. Do Cabimento do Recurso**

O julgamento colegiado, como se verá, contrariou e negou vigência aos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal, diante dos fatos incontroversos a respeito da demonstração da materialidade e dos indícios suficientes da autoria imputada ao ora recorrido, quanto ao crime doloso contra a vida, na modalidade de dolo eventual, o que determina a competência do Tribunal do Júri para o julgamento da causa.

Dessa forma, a decisão da Corte local, ao operar a desclassificação da imputação formulada na denúncia e antes acolhida pela decisão de pronúncia, violou frontalmente os dispositivos infraconstitucionais acima destacados, todos prequestionados, demonstrado, portanto, o cabimento do apelo extremo.

O recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade, a seguir tratados individualmente.

#### **Inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ**

O presente recurso especial não trata de matéria de fato. Ao contrário, a discussão cinge-se à interpretação e alcance das normas previstas nos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal, pois conforme asseverado na decisão de pronúncia do juízo da Vara Criminal do Júri de Niterói, há indícios suficientes da autoria da prática do crime de homicídio doloso (dolo eventual) e de sua materialidade, bem como quanto aos crimes conexos, o que justifica o exame da causa pelo juízo natural, que é o Tribunal do Júri.

Trata-se de questão eminentemente de direito, consubstanciada na delimitação do alcance dos dispositivos supramencionados, pois a desclassificação operada no âmbito do segundo grau de jurisdição subtraiu do Tribunal do Júri a sua competência, violando a lei federal.

Não se trata de mero revolvimento do material fático probatório, pois o que se pretende no recurso especial é simplesmente restabelecer a decisão de pronúncia ao fundamento de que, havendo indícios suficientes de que o acusado, ora recorrido, dirigia em excesso de velocidade e em estado de embriaguez, no momento dos eventos criminosos imputados na denúncia, encontra-se presente o dolo eventual quanto ao crime de homicídio, razão pela qual se impõe o julgamento da causa pelo Tribunal popular. (g.n.)

Ressalte-se que é perfeitamente cabível em sede de apelo extremo o reexame dos fundamentos jurídicos do acórdão, pois não se fará reexame de provas, mas, sim, reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação dos fatos pelas instâncias ordinárias.

Nessa linha, vale acentuar, a posição do Professor José Carlos Barbosa Moreira:

*Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão in iuri, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez. Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica dos fatos, de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes (grifos nossos).*

Ainda sobre o tema, ensina Barbosa Moreira:

É também *quaestio iuris* a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e, portanto, com violação do art. 5º, nº LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário.

O tema foi igualmente abordado pelo magistério de Athos Gusmão Carneiro, com conclusão semelhante:

Cumprе anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, *v.g.*, a aferição da data em que ocorreu determinado evento (Boletim do STJ, nº 02/98, p. 47).

Nesse jaez, “a questão da valorização da prova, no entanto, surge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo”.

A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em voto proferido no RE 84.699, consoante excerto ora se transcreve:

O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui basto certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende a lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do *jus constitutionis*.

Ainda nesse desiderato, decidiu o STJ, no Resp. 142.616, Rel. Min. Barros Monteiro, “a chamada ‘valoração da prova’, a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório...” (4ª Turma, ac. De 13.02.2001, DJU de 09.04.2001, p. 365).

A orientação do E. Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada sobre o tema examinado, conforme se vê dos arestos a seguir ementados:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67.

2. Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada.

3. Tipicidade da conduta reconhecida.

4. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 679499 / AM; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2004/0102813-9. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. 5ª Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 9/06/2008

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUILA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas, sim, de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O aresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: “Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima.” Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a reavaliação de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório.*

2. *Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo – núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de “subtrair”, podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apreensão ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranquila. Dessa forma, a posse tranquila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranquila da res.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 859952 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122703-0. Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). 6ª Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/ Fonte: DJe 09/06/2008. e-jud*

Portanto, *não se trata de questão de mera reavaliação de matéria fático-probatória, e, sim, de atribuição de nova qualificação jurídica dada aos fatos estabelecidos na instância ordinária.*

Tratando-se de premissas consubstanciadas em fatos certos e determinados, o reexame dos critérios adotados nos fundamentos do acórdão recorrido é matéria estritamente jurídica, legitimando o exame em sede de recurso especial, não havendo que se falar em óbice à admissibilidade do apelo extremo, pois não é caso de aplicação do verbete de 7 da Súmula do STJ.

Há vários precedentes da Corte Superior sobre o tema, valendo reprimir, conforme se vê a seguir, de forma exemplificativa, no voto do Ministro JORGE MUSSI, relator do REsp nº 1.279.458-MG, DJe 17/09/2012, que tratou de matéria idêntica ao mérito deste apelo extremo. Transcreve-se excerto da preliminar no recurso especial referido:

(...).Primeiramente, *rechaço a preliminar suscitada pela Defesa de que a análise do presente apelo nobre demandaria o revolvimento do material fático probatório, uma vez que o presente recurso cinge-se à matéria exclusivamente jurídica consistente no restabelecimento da sentença de pronúncia ao fundamento de que, havendo indícios de que o acusado estava em estado de embriaguez, excesso de velocidade e na contramão de direção no momento do evento criminoso, estaria, em tese, presente o dolo eventual, razão pela qual seria de rigor sua submissão ao Tribunal Popular.*

*Ressalta-se que o fato de se reportar aos elementos apontados pelo Juízo de primeiro grau, bem como pela Corte Estadual (premissas estabelecidas) não importa em reexame de provas, mas, sim, reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação dos fatos pelas instâncias ordinárias, o que é perfeitamente admitido na via do especial.*

*Neste sentido:*

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRONÚNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LIMITES.

*I - Se a pronúncia se limita ao juízo de admissibilidade de acusação, não há que se falar em excesso prejudicial aos réus.*

*II - A reavaliação do material cognitivo delineado em acórdão recorrido é permitido em sede de recurso especial, ao contrário do reexame da prova (Súmula nº 7 – STJ).*

III - Tópicos que não guardam relação com omissão, ambiguidade, obscuridade ou contradição desmerecem esclarecimento. Embargos de declaração (2) rejeitados. (EDcl no Resp. 192049/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 19/3/1999 e DJ 29/3/1999 p. 215, LEXSTJ, vol. 120, p. 356).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. IRRELEVÂNCIA DA EFICIÊNCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. REEXAME DE PROVA. DESNECESSIDADE. PROVIMENTO AGRAVADO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (...)

*2. Não se trata de reexame do conjunto fático-probatório dos autos, que encontra óbice no enunciado nº 7 da Súmula desta Corte, mas, sim, de reavaliação dos critérios jurídicos utilizados na apreciação dos fatos considerados incontroversos.*

*3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Resp. 1008903/RS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, Sexta Turma, julgado em 4/11/2008 e DJe 24/11/2008).*

## Do prequestionamento

Desde já se ressalte que a matéria de direito aqui reexaminada foi devidamente debatida nas instâncias ordinárias, portanto devidamente prequestionados os dispositivos da lei federal, tanto na decisão de pronúncia como no acórdão da Corte local, conforme se vê da sua fundamentação.

O dispositivo supramencionado teve sua vigência expressamente negada pelo V. Acórdão recorrido, que deu provimento ao recurso em sentido estrito para afastar do julgamento do Conselho de Sentença o exame de mérito, desclassificando a imputação formulada na denúncia, por entender haver excesso na acusação e valoração dos fatos como dolo eventual relativamente ao homicídio, embora reconhecidos os indícios suficientes da autoria e da materialidade do crime doloso contra a vida consoante a pronúncia.

Vale a transcrição de excerto da fundamentação do acórdão:

(...)

A decisão que admite a existência de justa causa deve apontar os elementos que levaram o magistrado a tal entendimento, tendo em vista que a pronúncia não foge à regra do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas.

Dispõe o art. 413, do CPP, *in verbis*:

Art. 413: O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

São, então, pressupostos para a pronúncia, a existência do delito e o convencimento de que o réu seja o seu autor. Deverá, nesse momento, o julgador, ao pronunciar, motivar o seu entendimento acerca da admissibilidade, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz, podendo este buscar nos autos ou através de diligências, as provas necessárias para a formação dos pressupostos para a sua decisão de pronunciar ou não o acusado. (...)

Não se evidenciam, na hipótese, prejulgamento, posicionamento pessoal ou antecipação da sentença condenatória, a influir de maneira negativa nos jurados, haja vista que as considerações feitas pelo juiz sentenciante (*e-docs* 544 e 691) se baseiam no material

probatório constante dos autos, mormente os depoimentos de testemunhas e do próprio acusado, tanto em sede policial quanto em juízo, sob o crivo do contraditório. Por essa razão, não ocorre a indigitada invasão do juízo monocrático na competência constitucional do Júri.

Como é cediço, o que se proíbe na pronúncia é a elaboração de um juízo conclusivo acerca da prática delitiva, capaz de influenciar o julgamento perante o Tribunal do Júri.

No caso dos autos, o Magistrado apenas apontou as peças processuais e depoimentos nos quais constatou a existência de crime e os indícios de autoria, não restando configurado, pois, o excesso de linguagem aduzido.

Destaque-se, da decisão hostilizada:

(...) De início, cumpre registrar que, em respeito ao Princípio da Identidade Física do Juiz, este magistrado colheu a prova oral, conduzindo a audiência de instrução e julgamento. Trata-se da imputação de homicídio consumado com dolo eventual praticado na direção de veículo automotor, bem como dos crimes conexos de lesões corporais, omissão de socorro e evasão para se furtar da responsabilidade penal ou civil.

*Embora seja vedado ao juiz, nesta fase processual, fazer profundo exame da prova, sob pena de invadir a competência do Tribunal do Júri, juiz natural da causa, necessária a demonstração efetiva da existência de indícios que tornam admissível a acusação a ser julgada.*

*Assim, após a análise e valoração do conjunto probatório produzido nos autos, tem-se demonstrada a existência da materialidade do crime de homicídio através dos laudos de exame cadavérico (fls. 92/93) e de local de ocorrência de tráfico (fls. 33/37), assim como indiciada a autoria da conduta, em virtude dos depoimentos colhidos na fase policial e, posteriormente, em Juízo, por ocasião da instrução probatória, sobressaindo das palavras da testemunha presencial e do próprio acusado, conforme trechos dos depoimentos abaixo transcritos:*

“[q]ue viu o Alexandre (ora acusado) atropelar o Erminio e em seguida acelerou o veículo para fugir do local; que logo o acusado perdeu o controle do veículo e bateu em um poste.” (fls. 384/385 – testemunha Daniel dos Santos Teixeira Verli); “que confirma a autoria do fato envolvendo a vítima fatal Erminio (...)” (fls. 418/420 – interrogatório do acusado Alexandre Felipe Vieira Mendes).

Há nos autos, portanto, elementos que comprovam a materialidade e demonstram haver indícios de autoria do crime de homicídio doloso. No mesmo sentido, surgem indícios de que na espécie configura-se

o elemento subjetivo na modalidade de dolo eventual, ou seja, com sua conduta o acusado teria assumido o risco de causar o resultado morte. O laudo de exame de local de ocorrência de tráfego (fls. 33-37) concluiu que o acusado, no momento dos fatos, conduzia seu veículo automotor em velocidade incompatível com o local, além de haver relato de que se encontrava embriagado, sugerindo, a princípio, com tais comportamentos, não se importar com a vida alheia.

“[q]ue Alexandre já chegou com seu carro em alta velocidade; que do seu primeiro contato com Alexandre percebeu que ele não conseguia ficar de pé estando zozinho e com forte cheiro de bebida alcoólica.” (fls.384/385 – testemunha Daniel dos Santos Teixeira Verli). A declaração acima descreve o cenário e a dinâmica dos fatos, indicando aparentemente uma conduta praticada com dolo eventual, pois o acusado, ao portar-se da maneira como relatado, não poderia esperar tranquilidade no trânsito. A consequência do seu comportamento – ingestão de bebida alcoólica combinada com velocidade incompatível – além de previsível, teria sido admitida e assumida. Hipótese que, em tese, se enquadra no conceito de dolo eventual expressado pela doutrina:

“No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco etc.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 60.

Em relação aos crimes conexos de lesão corporal – art. 129, par. 1º, I e art. 129, *caput*, c/c art. 61, II, alínea *h* (duas vezes) do Código Penal – cometidos contra as vítimas Silvana, Felipe e Gabriel, bem como os de omissão de socorro e evasão para se furtar da responsabilidade penal ou civil – art. 304 (quatro vezes) e art. 305 (duas vezes) da Lei 9.503/97, estes têm materialidade e autoria evidenciadas pelos laudos de fls. 97/102 e 33/37, bem como pela prova testemunhal trazida aos autos, e deverão ser julgados em conjunto com o crime doloso contra a vida, nos moldes do art. 77, I, do Código de Processo Penal. É o que se extrai da leitura dos depoimentos colhidos em juízo, especialmente:

“que populares contaram que momentos antes de provocar o atropelamento presenciado por Daniel (contra um senhor de bicicleta), o mesmo motorista com o mesmo veículo teria atropelado uma senhora com duas crianças mais atrás.” (fls. 380/381 – Policial Aginaldo, que compareceu ao local do atropelamento). “que estava na Estrada do Vai-e-vem com seus dois filhos, de seis e de dois anos de idade, quando foi atropelada em 25/08/2011, próximo de sua



casa; que estava saindo da casa de sua cunhada e indo para casa por volta das 22 horas.” (fls. 388/389 – vítima Silvana Braga de Souza). “que Alexandre já chegou em alta velocidade; que depois de atropelar Erminio, que estava sobre uma bicicleta, Alexandre aumentou mais ainda a velocidade como quem quisesse fugir do local; que do seu primeiro contato com Alexandre percebeu que ele não conseguia ficar de pé, estando zozinho e com forte cheiro de bebida alcoólica.” (fls. 384/385 – testemunha Daniel dos Santos Teixeira Verli). “que logo o seu esposo a levou para o hospital.” (fls. 388/389 – vítima Silvana Braga de Souza). “que viu o Alexandre (ora acusado) atropelar o Erminio e em seguida acelerou o veículo para fugir do local.” (fls. 384/385 – testemunha Daniel dos Santos Teixeira Verli).

Por outro lado, o acusado, ao ser interrogado em Juízo (fls. 418/421), negou ter agido com dolo eventual na conduta de homicídio consumado narrada na denúncia, colidindo com os indícios já existentes.

Necessário salientar, entretanto, que, em delitos de trânsito com vítima fatal, a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente é sutil, sendo que o veredicto deve ficar a cargo do juiz natural quando há indícios suficientes nos autos de crime doloso contra a vida.

Neste momento processual, não se vislumbra de pronto a hipótese de conduta culposa, considerando os riscos atinentes à conduta de quem se propõe a dirigir depois de ter ingerido bebida alcoólica e em velocidade incompatível. Ao que parece, o acusado teria previsto, admitido e assumido os riscos provenientes de sua atitude, ou seja, foi além de uma simples culpa caracterizada pela imprudência. Tampouco é possível acolher a tese de absolvição sumária, por inexistência de conduta típica ou negativa de autoria, diante do suporte probatório existente já mencionado, considerando os depoimentos colhidos.

Além disso, noticiam os autos que o acusado só se apresentou à autoridade policial para realizar exame após 12 horas dos fatos, quando não havia mais possibilidade de identificar qualquer substância alcoólica em seu organismo.

*Sendo assim, por ora, em favor da sociedade, considera-se evidenciada a intenção na modalidade de dolo eventual do crime de homicídio e, por isso, a desclassificação ou absolvição não devem ocorrer nesta fase. Da mesma forma não seria cabível a impronúncia, pois presentes os referidos indícios.*

A tese defensiva de negativa de autoria em relação aos crimes conexos também não encontra respaldo nos autos capaz de conduzir à absolvição, considerando a leitura de diversos depoimentos. Somente a certeza de inocência pode justificar a absolvição sumária,

decidindo-se nesta fase em favor da sociedade. Nem mesmo a eventual diferença no horário da lavratura das ocorrências teria força bastante para justificar o pleito defensivo. A polêmica sobre a hora em que ocorreram os atropelamentos, por ser matéria de mérito, deve ser remetida ao Plenário. De igual forma, as afirmações trazidas pela defesa de que não havia possibilidade de prestar socorro às vítimas e de ter deixado o local após os acontecimentos por iminente agressão de populares.

*Ao que se vê, há duas versões sobre os fatos narrados na denúncia. E não cabendo a análise aprofundada da prova, deixa-se a cargo do Tribunal Popular o exame das teses defensivas.*

*Ingressar na prova além do que ora se faz seria ultrapassar os limites de competência, pois nesta oportunidade não se busca a plena convicção, mas apenas indícios de autoria e materialidade.*

*Decido, portanto, remeter o enfrentamento do tema ao Conselho de Sentença, onde as teses da defesa poderão ser exaustivamente debatidas em Plenário.*

Por fim, considerando o princípio da correlação entre o pedido e a sentença e que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação inicialmente imputada pelo Ministério Público, acolho o pedido ministerial para retificação da capitulação contida na denúncia, conforme apontado nas alegações finais, após manifestação da defesa (fls. 463/466) e JULGO ADMISSÍVEL A PRETENSÃO DEDUZIDA NA DENÚNCIA PARA PRONUNCIAR ALEXANDRE FELIPE VIEIRA MENDES, na forma do art. 413 do Código de Processo Penal, como incurso nas condutas previstas nos seguintes tipos penais:

– Art. 121, *caput* do Código Penal (homicídio simples consumado com dolo eventual) contra a vítima fatal Ermínio Costa Pereira; – Art. 129, par. 1º, inciso I, do Código Penal (lesão corporal grave) contra a vítima sobrevivente Silvana Braga de Souza; – Art. 129, *caput*, do Código Penal (lesões corporais leves – duas vezes), contra as vítimas sobreviventes Felipe Braga de Souza Moraes e Gabriel Gracye Braga de Souza Moraes; – Art. 304 da Lei 9.503/1997 (omissão de socorro – quatro vezes); e – Art. 305 da Lei 9.503/1997 (evasão para se furtar da responsabilidade – duas vezes).

*(...) omissis*

*“Preclusa esta decisão, cumpra-se o art. 420 do Código de Processo Penal, encaminhando-se os autos ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri.” – grifei!*

Como bem ressaltou o Douto Procurador de Justiça, em seu parecer:

*“Destarte, não há que se falar em nulidade da pronúncia, a uma, porque não contém a decisão interlocutória (pronúncia) excesso de fundamentação, tendo o magistrado atuado com imparcialidade, examinando perfunctoriamente o conjunto da prova e, para isso, apontando com precisão os elementos indicativos dos indícios suficientes da autoria e a comprovação da materialidade”.*

Atendidos, assim, os requisitos das súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal, estando a matéria devidamente discutida desde a sentença, tendo sido exaustivamente reforçada no aresto recorrido, em evidente prequestionamento explícito das normas infraconstitucionais.

Desta forma, resulta a inexistência de qualquer óbice à admissão do presente recurso e ao seu conhecimento pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

### **III.b. Das Razões para o Provimento do Recurso pela Alínea A, do Artigo 105, III, da Constituição da República**

*Negativa de vigência aos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal, diante dos fatos incontroversos a respeito da demonstração da materialidade e dos indícios suficientes da autoria imputada ao ora recorrido, quanto ao crime doloso contra a vida, na modalidade de dolo eventual, o que determina a competência do Tribunal do Júri para o julgamento da causa.*

*Dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal:*

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (...)

*Dispõe o artigo 419 do Código de Processo Penal:*

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

O Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente os dispositivos infraconstitucionais prequestionados, isto porque é inafastável a conclusão de que, havendo indícios suficientes da autoria e do dolo eventual, consoante imputação da denúncia, e a prova produzida, conforme examinado na decisão de pronúncia, a única solução jurídica cabível é submeter o acusado ao julgamento pelo Conselho de Sentença.

Portanto, o v. Acórdão recorrido, ao entender que a hipótese não permite o julgamento pelo júri popular, já que discorda da imputação formulada na denúncia como homicídio praticado com dolo eventual, que, segundo a decisão recorrida, obrou em excesso acusatório. Transcreve-se excerto do acórdão recorrido:

*Por outro lado, a análise superficial da prova leva a deduzir que o acusado transitava em velocidade acima do permitido para o local, conforme assinalado por testemunhas, mas a conduta, em que pese o funesto resultado, não difere de tantos outros acidentes decorrentes da mesma causa e que são imputadas aos respectivos agentes a título de imprudência.*

*Após uma análise detida e minuciosa dos autos, estou convencido de que a peça acusatória é exagerada ao tratar o presente caso como homicídio doloso. A meu sentir, há excesso de rigorismo na narrativa ministerial, a qual não corresponde nem à realidade dos fatos nem à eventual responsabilidade do acusado frente ao trágico acidente. No caso em comento, após o atento exame do processo, a desclassificação do delito de homicídio doloso é medida impositiva, uma vez que não se vislumbra na espécie a presença de dolo eventual.*

*Cezar Roberto Bitencourt, ao distinguir dolo eventual e culpa consciente, preconiza:*

*“Na hipótese de dolo eventual, a importância negativa da previsão do resultado é, para o agente, menos importante do que o valor positivo que atribui à prática da ação. Por isso, entre desistir da ação ou praticá-la, mesmo correndo o risco da produção do resultado, opta pela segunda alternativa valorando sobretudo sua conduta. Já na culpa consciente, o valor negativo do resultado possível é, para o agente, mais forte do que o valor positivo que atribui à prática da ação. Por isso, se estivesse convencido de que o resultado poderia ocorrer, sem dúvida, desistiria da ação. Não estando convencido dessa possibilidade, calcula mal e age. Como afirmava Paul Logoz, no dolo eventual, o agente decide agir por egoísmo, a qualquer custo, enquanto na culpa consciente o faz por levandade, por não ter refletido suficientemente. O fundamental é que o dolo eventual apresente estes dois componentes: representação da possibilidade do resultado e anuência à sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo. Enfim, como sustenta Wessels, haverá dolo eventual quando o autor não se deixar dissuadir da realização do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a assertiva de que, em razão do fim pretendido, ele se tenha conformado com o risco da produção do resultado ou até concordado com a sua ocorrência, ao invés de renunciar à prática da ação.”*

*Como preleciona Rogério Greco, em tema de delitos de trânsito, retratando julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:*

*“não se coaduna com o entendimento de que possa estar o agente imbuído do elemento subjetivo relativo ao dolo eventual, se esse não assumiu o risco da produção do resultado, por mais reprovável e imprudente tenha sido a conduta por si desenvolvida, conforme se verifica nas situações de embriaguez ao volante, excesso de velocidade e condução na contramão direcional, admitindo-se, neste caso, a hipótese de culpa consciente (TGMG, AC 1.0024.02.836699-5/001, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, DJ 6/6/2006).”*

*Na verdade, apesar do infeliz resultado do evento danoso descrito na exordial acusatória, tenho que este processo versa, apenas, sobre mais um censurável acidente de trânsito, supostamente causado de forma culposa, como tantos outros que lamentavelmente ocorrem em nossas estradas, ruas e avenidas.*

*Isso porque, a meu sentir, nada se excepciona no presente feito, a ponto de autorizar a aceitação de possível hipótese de dolo eventual, com a consequente pronúncia do acusado.*

*Note-se que o recorrente não participava de “racha”, competição ou de qualquer outra modalidade de estúpida brincadeira no trânsito, assim como também não dirigia seu automóvel com alguma excepcional manifestação de desprezo pela vida humana. (...)*

*(...)*

*E mais, apesar de, num primeiro momento, indicar que o réu ingeriu bebida alcoólica na noite dos fatos, a hipótese de eventual embriaguez, segundo se extrai do próprio exame clínico de constatação, conforme laudo pericial (fls. 92/93, e-doc 011), merece cautela para aferir o efetivo estado etílico do recorrente.*

*A meu sentir, não se pode cogitar, no caso concreto, de dolo eventual. Aliás, sequer há vestígios de prova a esse respeito, ou seja, de que o acusado, com sua conduta, tenha assumido o risco de causar a morte de uma das vítimas.*

*Nesse passo, não é facultado, nesse momento, tecer comentários excessivos acerca das condutas atribuídas ao réu na denúncia, sob pena de acarretar indevido prejulgamento da causa.*

*Em resumo, não pode este Colegiado afastar o dolo eventual e preestabelecer, na fundamentação, que o réu agiu com culpa, isto é, não se pode realizar aqui antecipado enquadramento culposo da conduta do acusado. Caberá somente ao juízo de 1º grau, competente para o julgamento da causa, decidir se o increpado praticou, igualmente, as*

*lesões corporais culposas na direção de veículo automotor, omissão de socorro e fuga de responsabilidade penal ou civil.*

*A toda evidência, este voto limita-se a apontar os motivos pelos quais a presente causa não comporta a incidência do dolo eventual, sem adentrar no exame aprofundado do thema probandum, tarefa que ficará a cargo do juiz singular da comarca de Niterói.*

*Vale dizer, ainda, que o ponto controvertido assenta-se na culpabilidade, matéria que, se submetida aos jurados, refoge a discussão ao que pode ser proposto a tais juízes leigos, eis que se trata de questão essencialmente de direito, qual seja, a difícil distinção entre culpa consciente e dolo eventual e que deve ser solvido na fase da pronúncia.*

*Certo é que a conduta imputada ao réu se enquadra no conceito de culpa – e sob esse prisma o mesmo deverá ser julgado –, e não no âmbito do dolo eventual, que, em ocorrências de trânsito, só se caracteriza quando o agente demonstra objetivamente a assunção do risco de produzir o resultado lesivo, o que incorreu no caso vertente, impondo-se, portanto, a despronúncia do réu e a conseqüente desclassificação da infração penal.*

*Em face do exposto, rejeitadas as preliminares, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para despronunciar o réu e desclassificar os fatos narrados na denúncia, com base no art. 419 do CPP, remetendo o julgamento da causa para o juiz singular competente.*

Portanto, *permissa venia* do entendimento adotado pelo eminente e culto Desembargador Relator, a matéria prequestionada, repita-se, estritamente jurídica, consiste em saber se será possível subtrair-se do tribunal popular, cuja competência constitucional é julgar os crimes dolosos contra a vida, o exame quanto ao mérito do crime principal.

No entendimento do Ministério Público, com base nos exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, estando incontrovertidos os fatos – de que o acusado dirigia em velocidade excessiva e embriagado, nas circunstâncias descritas na denúncia – quando atropelou em momentos distintos várias pessoas, matando uma delas e após, fugido do local, pois há ao menos indícios suficientes quanto a essas premissas fáticas – deve o acusado ser julgado pelo tribunal do júri.

Portanto, na hipótese, somente ao Conselho de Sentença será possível o exame aprofundado do material probatório, e examinar a tese defensiva de mérito, relativa à eventual desclassificação própria, não cabendo ao Tribunal de Justiça, nessa hipótese, desconstituir a decisão de pronúncia, esta assentada nas premissas fáticas incontroversas da causa – suficientes a ensejar o julgamento pelo Tribunal do Júri de Niterói.

A prevalecer o entendimento da Colenda Corte *a quo*, estar-se-ia fazendo de “letra morta” o disposto no artigo 413 do Código de Processo Penal, desprestigiando o princípio do *in dubio pro societate* e excluindo o exame de mérito da causa pelo juízo natural da causa, que é o Tribunal do Júri.

Ademais, hodiernamente, como cediço em doutrina, o elemento subjetivo do tipo integra a conduta do agente – teoria finalista da conduta – e, portanto, cabe ao júri examinar se tal conduta descrita na denúncia, e de acordo com a prova dos autos, se amolda ao conceito de homicídio praticado com dolo eventual, não se permitindo o julgamento antecipado sobre o mérito, como ocorreu na decisão recorrida, que equivocadamente desclassificou a imputação do crime principal, sustentando que não vislumbrava o dolo eventual na conduta descrita na denúncia.

Apenas para ilustrar, veja-se o posicionamento do penalista JUAREZ TAVARES, *in: Teoria do Injusto Penal, e. Del Rey, P. 288, verbis:*

*Ao determinar-se do que se possa considerar como séria possibilidade e assumir-se o risco do resultado, é indispensável fazer-se uma análise das circunstâncias do caso concreto, tendo por orientação o critério da real possibilidade de evitar esse resultado. Se o agente desenvolve uma atividade, que pelas circunstâncias em que é praticada só assimila fatores favoráveis à ocorrência do resultado, pode-se dizer que há, então, séria possibilidade dessa ocorrência. Ademais, se da análise concreta se depreende que ao agente não lhe restava qualquer chance de evitar o resultado, mediante sua própria atividade, deve-se reconhecer que ele, então, assumiu o risco desse resultado, de nada valendo as indagações de que esperava que nada acontecesse.*

Ora, no caso concreto, em tese, o agente, diante dos veementes indícios de que se encontrava embriagado (prova testemunhal e confissão parcial do acusado), aliado ao fato de que fugiu do local após os crimes descritos na denúncia, só se apresentando na delegacia policial depois de 12 (doze) horas do evento, o que determinou a incerteza no exame de alcoolemia, e dirigindo o automóvel com velocidade excessiva na via pública, daí ter atingido a vítima fatal e as outras vítimas de lesões corporais, *assumiu o risco da produção do resultado morte*, devendo ser julgado pelo crime doloso – dolo eventual – pelo Tribunal do Júri, que examinará a tese defensiva de desclassificação imprópria, se sustentada pela defesa técnica.

Nesse *jaez*, não há dúvida do desacerto da decisão meritória do órgão fracionário do Tribunal *a quo*, ao afastar a competência do júri para o exame aprofundado da matéria de mérito, pois somente o Conselho de Sentença pode fazer a distinção entre a culpa consciente e o dolo eventual com relação ao crime principal (homicídio), apreciando a quesitação formulada pelo Juiz Presidente do Júri.

Em verdade, a sutil distinção entre a culpa consciente e o dolo eventual, como já deixamos estampado no Parecer lançado no recurso estrito, deve ser feita em plenário, diante da presença dos indícios suficientes da autoria do crime de homicídio na modalidade do dolo eventual.

A decisão recorrida, *permissa venia* de entendimentos diversos, encontra-se equivocada, pois ao afastar o dolo eventual na conduta principal imputada ao acusado, divergindo do entendimento adotado na pronúncia do Magistrado de primeiro grau, mesmo havendo fundados elementos a apontar que o agente dirigia em estado de embriaguez e excesso de velocidade, se distancia do entendimento adotado por essa Corte Superior, conforme se verifica em caso concreto análogo, no julgamento do *REsp. nº 1.279.458-MG*, relator o Ministro *JORGE MUSSI, J. em 4/09/2012, 5ª T., DJe 17/09/2012*, que assim se posicionou consoante excerto ora transcrito para a compreensão do tema:

*Depreende-se da leitura da sentença de pronúncia que, embora sem poder adentrar no exame do mérito da ação penal – competência exclusiva do Tribunal do Júri –, o Juiz optou pela existência, em tese, do dolo eventual, prestigiando o princípio in dubio pro societate.*

*No entanto, a Corte local, ao desclassificar o delito para a modalidade culposa (culpa consciente), mesmo asseverando que o acusado dirigia em estado de embriaguez, excesso de velocidade e na contramão de direção, adotou solução diversa daquela do Magistrado de 1º grau. E assim decidindo, divergiu do entendimento proferido por esta Corte Superior de Justiça no sentido de que a presença de referidas circunstâncias caracterizariam, em tese, o elemento subjetivo do tipo inerente aos crimes de competência do Júri Popular..*

A propósito:

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E AS QUALIFICADORAS DO HOMICÍDIO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO HOMICÍDIO CULPOSO.**

**CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.**

1. *Consta que o Paciente foi denunciado pela prática, em tese, de homicídio triplamente qualificado (motivo fútil, emprego de meio cruel e recurso que impossibilitou a defesa da vítima), por duas vezes, em concurso formal, uma vez que "a denúncia sustenta que o paciente praticou homicídio doloso, na modalidade de dolo eventual, ao assumir o risco de produzir o resultado, ao conduzir veículo automotor, qual seja, camionete Toyota Hilux, em alta velocidade, aproximadamente 134 km/h, em local cuja velocidade regulamentar é de 40 km/h", além do que "o paciente se encontrava em estado de embriaguez".*

2. [...]

3. *Quanto ao pedido de exclusão das qualificadoras descritas na denúncia, sustenta a impetração, a incompatibilidade entre o dolo eventual e as qualificadoras do homicídio. Todavia, o fato de o Paciente ter assumido o risco de produzir o resultado morte, aspecto*



*caracterizador do dolo eventual, não exclui a possibilidade de o crime ter sido praticado por motivo fútil, uma vez que o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta, não se afigurando, em princípio, a apontada incompatibilidade. Precedente.*

4. [...]

5. *Ordem denegada. (HC nº 118071/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 7/12/2010 e DJe em 1/2/2011). "PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ART. 408 DO CPP. CRIME DE HOMICÍDIO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DOLO EVENTUAL. ART. 18, I DO CPB. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE PERIGO COMUM (ART. 121, § 2º, III DO CPB) PELO JUIZ PRONUNCIANTE. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SE MANIFESTA OU INDISCUTÍVEL A SUA INADMISSIBILIDADE. LIÇÕES DA DOUTRINA JURÍDICA E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO PAÍS.*

1. [...]

2. *Caracteriza-se o dolo do agente, na sua modalidade eventual, quando este pratica ato do qual pode evidentemente resultar o efeito lesivo (neste caso, morte), ainda que não estivesse nos seus desígnios produzir aquele resultado, mas tendo assumindo claramente, com a realização da conduta, o risco de provocá-lo (art. 18, I do CPB).*

3. *O agente de homicídio com dolo eventual produz, inequivocamente, perigo comum (art. 121, § 2º, III do CPB), quando, imprimindo velocidade excessiva a veículo automotor (165 km/h), trafega em via pública urbana movimentada (Ponte JK) e provoca desastre que ocasiona a morte do condutor de automóvel que se deslocava em velocidade normal, à sua frente, abalroando-o pela sua parte traseira.*

4. *Recurso do Ministério Público a que se dá provimento. (Resp. 912060/DF, Rel. Min. ALNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 14/11/2007 e DJe em 10/3/2008)."*

*Neste sentido, veja-se o ensinamento de Júlio Fabrini Mirabete, em Manual de Direito Penal, volume 1, parte geral, Ed. Atlas, 27ª ed., p. 127, in verbis: "[...]*

*Na segunda parte do inciso em estudo, a lei trata do dolo eventual. Nesta hipótese, a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém e ele pratica a conduta, consentindo no resultado. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso. Exemplos de dolo eventual [...], dirigir caminhão, em alta velocidade, na contramão, embriagado, batendo em automóvel que trafegava regularmente e matando três pessoas; [...]"*

*Neste mesmo diapasão, é a lição de César Dário Mariano da Silva, em Manual de Direito Penal, vol. 1, parte geral, Ed. Forense, 4ª ed., 2006, p. 96, litteris: “b.2) dolo eventual: o sujeito não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo e o aceita. O resultado é indiferente ao agente. Exemplo: motorista que dirige embriagado e em alta velocidade, não se preocupando sobre a possibilidade de ir a atropelar e matar alguém, o que de fato ocorre.”.*

*Ora, para o momento, tenho que a presença da embriaguez ao volante, excesso de velocidade e direção na contramão, em tese, podem configurar dolo eventual, pois, nesta fase processual, de acordo com o princípio do juiz natural, o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, que é constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, conforme já decidido por esta Corte:*

*“HABEAS CORPUS. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA O DELITO DO ART. 129, §3º, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS.*

*Uma vez que a sentença de pronúncia foi confirmada pelo Tribunal Estadual, eventual desclassificação deve resultar de decisão proferida pelo Juízo natural da causa, o Tribunal do Júri.*

*Ademais, inviável apreciar, nos estreitos limites do habeas corpus, pretensões de desclassificação do delito, por demandar exame aprofundado de provas. Ordem denegada.” (HC nº 44.499/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23-8-2005, DJ 26-9-2005 p. 430 “HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PACIENTE PRONUNCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ACEITAÇÃO DO RESULTADO. REEXAME EM SEDE DE HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA. 1. A alegação de que o ora Paciente teria perdido o controle de seu veículo no momento do impacto com as vítimas, não tem o condão de, por si só, sem uma análise aprofundada e minuciosa dos fatos, imprópria na via estreita do writ, ensejar a desclassificação do crime de homicídio com dolo eventual para o culposo, uma vez que as circunstâncias do ocorrido demonstram a aparência do dolo eventual.*

*2. Ademais, a desclassificação, no Júri, só pode ser procedida se a acusação por crime doloso for manifestamente inadmissível, tendo em vista a máxima in dubio pro societate.*

*3. Precedentes desta Corte.*

*4. Ordem denegada”.*

*(HC nº 91.397/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18-11-2008, DJe 15-12-2008).*

*Deste Relator, colhe-se o seguinte julgado:*

*PROCESSUAL PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. TESE RECENTEMENTE ENFRENTADA POR ESTE TRIBUNAL.*

*1. É possível decidir o recurso especial monocraticamente quando o tema objeto da irrisignação foi recentemente enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça. TRIBUNAL DO JÚRI. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO SIMPLES A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO. AUSÊNCIA. DÚVIDAS QUANTO À MATERIALIDADE DELITIVA E AOS INDÍCIOS DE AUTORIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA.*

*1. O restabelecimento do decismum, que remeteu o agravante a Júri Popular, não demanda reexame do material fático/probatório dos autos, mas mera reavaliação dos elementos utilizados na apreciação dos fatos pelo Tribunal local e pelo Juízo de primeiro grau.*

*2. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo do ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal.*

*3. Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático/probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício.*

*4. Na hipótese, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e indícios da autoria assestada ao agente e tendo a provisional trazido a descrição da conduta com a indicação da existência de crime doloso contra a vida, sem proceder a qualquer juízo de valor acerca da sua motivação, não se evidencia ilegalidade na manutenção da pronúncia pelo dolo eventual, que, para sua averiguação, depende de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente sopesadas pelo Juízo competente, ou seja, o Conselho de Sentença. (...) (AgRg no Resp-1.192.061/MG, DJe de 29/7/11).*

*Neste sentido, aliás, é o posicionamento do Autor Christiano Jorge Santos, em Direito Penal 2, Parte Geral, Elsevier Ltda., 2007, p. 64, litteris:*

*“[...]”*

*Com isso, vê-se a distinção teórica entre as duas hipóteses, o que não resolve, necessariamente, o problema prático. Como saber, na análise*

*de casos concretos (exceto se o agente confessar e esta confissão for respaldada pelo restante do conjunto probatório), se o agente aceitou o resultado danoso ou se não o queria, sincera e verdadeiramente. Assim, na casuística forense, estabeleceu-se que tal aferição dar-se-á a partir da análise das provas carreadas durante a instrução penal.*

*Persistindo a dúvida (no momento do julgamento final), em face do princípio do in dubio pro reo, deve-se ficar com a culpa consciente. [...] Saliente-se, todavia, que, no momento de oferecimento da denúncia, vigora o princípio do in dubio pro societate, assim como ocorre na sentença de pronúncia (no rito processual do júri). Logo, muitas vezes o órgão acusador age corretamente ao denunciar um agente por crime doloso (com dolo eventual), no limiar da dúvida entre a culpa consciente, no caso real.”*

*Cumpra consignar, ainda, que a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo do ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, é o mandamento do art. 408 (antiga redação) e atual art. 413 do Código Processual Penal.*

*Evidenciada, portanto, ofensa ao art. 413, do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial a fim de restabelecer a sentença de pronúncia. (...)*

Portanto, tratando-se a decisão de pronúncia de mero juízo de admissibilidade da acusação, encerrando a primeira fase do procedimento bifásico do processo do júri – o *judicium accusationes* – e estando assentadas as premissas fáticas examinadas pelo juízo de primeiro grau, caberá ao júri popular examinar as teses defensivas, inclusive a distinção entre o homicídio na modalidade do dolo eventual e a culpa consciente, vedado ao Tribunal de Justiça o exame aprofundado da prova para afastar, como inquestionavelmente ocorreu, a imputação de dolo eventual em favor da desclassificação para crime diverso do doloso contra a vida, com a fixação da competência do juízo criminal singular.

A hipótese sustentada no apelo extremo diz respeito à expressa violação dos contornos dos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal pelo acórdão recorrido, que em última análise acabou por afastar do exame do Conselho de Sentença crime doloso contra a vida, o que não pode ser admitido no ordenamento jurídico pátrio, consoante iterativa jurisprudência dessa Corte Superior, sob pena de violação da competência do Tribunal do Júri.

#### IV. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, demonstrada a contrariedade à lei federal, espera o Recorrente seja admitido o presente Recurso Especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, para que o mesmo seja conhecido e provido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reformando-se o v. Acórdão recorrido, para que seja restabelecida a decisão de pronúncia do juízo de primeiro grau, a fim de submeter-se o recorrido ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Rio de Janeiro, 06 de maio de 2013.

**NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA**

Procurador 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 Cível

• • •

### **AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº 555 / DISTRITO FEDERAL**

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

AUTOR (A/S) (ES): DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

RÉU (É) (S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

#### **EMENTA**

**Ação civil originária. Distrito Federal. Servidora cedida para a União, com ônus para o órgão cessionário. Ausência de repasse dos valores referentes às remunerações e demais encargos sociais. Procedência da ação.**

1. Previsão expressa no ato da Presidência da Câmara Legislativa do Distrito Federal de que a cessão da servidora distrital à União se deu com ônus para o órgão cessionário. Atuação do ente federativo pautada no art. 93, inciso I e parágrafo único, da Lei federal nº 8.112/90, cujas disposições se aplicam aos servidores do Distrito Federal, por força do art. 5º da Lei distrital nº 197/91.

2. Não é condizente com a Constituição da República a interpretação restritiva dada pela Administração Federal quanto à impossibilidade de custeio dos ônus remuneratórios da servidora cedida em face da ausência de norma federal que prevesse tal responsabilidade até o advento da Medida Provisória nº 1.573-9/97.

3. Sendo a cessão de servidores parte do arco maior da cooperação federativa, caberia à União, como regra de isonomia, ressarcir os valores desembolsados pelo Distrito Federal com a servidora cedida.

4. Ação julgada procedente.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen

Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação.

Brasília, 23 de abril de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

**RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI**

**AUTOR(A/S)(ES):** DISTRITO FEDERAL

**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

**RÉU(É)(S):** UNIÃO

**ADV.(A/S):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ação cível originária promovida pelo Distrito Federal em face da União, em que ele pleiteia a condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pela Câmara Legislativa do Distrito Federal no pagamento da remuneração e demais encargos sociais decorrentes da cessão da servidora Ângela Maria Simão Aun ao Ministério dos Transportes, no período de janeiro de 1995 a julho de 1996, período em que o Ministério dos Transportes teria suspenso o repasse das parcelas mensais devidas.

Afirma o autor, na petição inicial que:

[a] servidora da Câmara Legislativa do Distrito Federal Ângela Maria Simão Aun foi cedida ao Ministério dos Transportes para exercer o cargo em comissão de Diretor- Adjunto, código DAS 101.5. O ato (nº 0658/94) estabelecia que a cessão seria realizada **com ônus para o órgão cessionário**.

Em 14 de julho de 1994, a servidora foi apresentada ao Ministério dos Transportes, mediante ofício nº 795/94 do Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal Deputado Benício Tavares, informando-se, equivocadamente, que todos os ônus seriam do órgão de origem.

Constatado o erro, novo ofício foi encaminhado ao Ministério dos Transportes, retificando os termos do anterior e informando que os ônus seriam do órgão cessionário, nos termos do artigo 93 da Lei nº 8.112/90.

O Ministério dos Transportes, todavia, com base no Parecer nº 279/91-SAF, o qual concluiu pela inviabilidade do ressarcimento por parte da Administração Federal, deixou de proceder aos repasses devidos e pediu a devolução dos valores pagos no ano de 1994.

Diversas foram as tentativas por parte da Câmara Legislativa do Distrito Federal de receber administrativamente os valores (...) devidos pelo Ministério dos Transportes (fls. 2/3).

Alega o autor que, em virtude do contido no art. 93, inciso I e § 1º, da Lei nº 8.112/90, incorporado normativamente ao âmbito distrital por meio da Lei nº 197/91, o ônus remuneratório derivado de cessão de servidores públicos deve ser suportado pelo órgão cessionário, uma vez que será esse o beneficiário do trabalho desempenhado pelo agente.

Ademais, afirma que a própria União reconheceu ser dela o ônus financeiro pelos servidores por ela requisitados quando da edição da Medida Provisória nº 1.573-9/97, que acrescentou o § 5º ao art. 93 da Lei nº 8.112/90.

Devidamente citada, a União apresentou contestação às fls. 128/133, aduzindo que:

[a] Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 8.270/91, não disciplinou, no artigo 93, o reembolso pela União ao Distrito Federal da remuneração dos servidores deste ente federativo por ela requisitados. Contemplou, tão somente, a responsabilidade pelo ônus da hipótese de servidores públicos federais cedidos aos Estados, Municípios ou ao Distrito Federal. A responsabilidade da União pelo ressarcimento das despesas decorrentes dos servidores por ela requisitados somente veio a ser regulamentada com a edição da **Medida Provisória nº 1.573-9, de 3.7.97**, convertida na **Lei nº 9.527, de 10.12.97**, que introduziu o § 5º no antedito **artigo 93 da Lei nº 8.112/90**. Por isso, e em cumprimento ao princípio da legalidade administrativa, que estabelece que o Administrador Público somente pode agir quando houver norma autorizadora da prática do ato administrativo, não poderia a União ressarcir o Distrito Federal, agindo à margem da lei (fl. 131).

O parecer inicial da Procuradoria-Geral da República (fls. 189/193) foi no sentido do não seguimento da ação, em razão da incompetência do Supremo Tribunal Federal para a apreciação da causa.

A Corte, apreciando questão de ordem formulada pelo antigo Relator, Ministro **Sepúlveda Pertence**, reconheceu sua competência para o caso, em acórdão assim ementado:

**EMENTA:** Supremo Tribunal Federal: competência originária (CF, art. 102, I, f): ação proposta por uma unidade federada, o Distrito Federal, contra a União, caso em que, à fixação da competência originária do Tribunal, sempre bastou a qualidade das pessoas estatais envolvidas, entidades políticas componentes da Federação, não obstante a estatura menor da questão: precedentes (fl. 211).

Retornando os autos ao órgão ministerial, pronunciou-se a Procuradoria-Geral da República (fls. 219/222) pela parcial procedência do pedido, diante da necessidade de revisão dos valores exigidos, em vista do cargo efetivamente ocupado pela servidora.

Determinei fossem intimadas as partes sobre a possibilidade de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), manifestando-se o Distrito Federal em sentido negativo (fl. 230).

É o relatório.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

De início, destaco que não obstante este Tribunal tenha firmado entendimento quanto à inexistência de conflito federativo em lides que versam sobre pretensões meramente patrimoniais, a competência desta Corte para a apreciação desse caso concreto já restou, como salientei no relatório, definida em questão de ordem, pelo que aprecio o mérito da celeuma.

No caso, a servidora Ângela Maria Simão Aun foi cedida pela Câmara Legislativa do Distrito Federal ao Ministério dos Transportes em 3/7/94 para exercer cargo em comissão, com ônus para o cessionário (fl. 15).

Como o Ministério dos Transportes não ressarciu a Câmara Legislativa pelas despesas pagas com a servidora durante o período de janeiro de 1995 a julho de 1996, e ainda cobrou o que repassou à Casa Legislativa durante o ano de 1994, o Distrito Federal ajuizou a presente ação, requerendo o ressarcimento do valor de R\$ 92.266,14 (noventa e dois mil duzentos e sessenta e seis reais e quatorze centavos), referente aos valores pagos a título de remuneração e encargos sociais da servidora no referido período.

De fato, como afirmado pela União e demonstrado nos documentos de fls. 136/137, a servidora Ângela Maria Simão Aun, em verdade, ocupou no Ministério dos Transportes DAS 101.4 e não DAS 101.5 (como consta no ato de cessão – fl. 15).

Contudo, o fato de a servidora ter ocupado cargo diverso do citado pelo autor não tem o efeito de alterar os valores descritos, já que o Distrito Federal pleiteia o ressarcimento dos valores pagos por ele a título de remuneração e encargos sociais da servidora.

Ademais, a União não contesta o valor pleiteado nem a memória de cálculo apresentada, de forma que tais valores, por ora, se apresentam incontroversos.

No mais, verifica-se que constava expressamente no ato da Presidência da Câmara Legislativa do Distrito Federal (publicado no Diário da Câmara Legislativa) que a cessão da servidora distrital à União se deu **com ônus para o órgão cessionário**, no caso o Ministério dos Transportes (fl. 15).

Além disso, o erro constante do ofício de apresentação da servidora ao órgão de destino foi devidamente retificado a tempo, sem que isso implicasse prejuízo à definição administrativa da responsabilidade, uma vez que já definida no ato administrativo de cessão.

Não bastasse, o autor pautou sua atuação no art. 93, inciso I e parágrafo único, da Lei federal nº 8.112/90, cujas disposições se aplicam aos servidores do Distrito Federal, por força do art. 5º da Lei distrital nº 197/91. Era a redação do texto, à época:

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II - em casos previstos em leis específicas.

**§1º Na hipótese do inciso I deste artigo, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária.**

Diante disso, tendo em vista que o § 1º do art. 93 da Lei 8.112/90 já se aplicava ao Distrito Federal, a cessão de servidores distritais para exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outras esferas federativas pressupunha, sim, ônus ao órgão cessionário.

Tenho que não é condizente com a Constituição da República a interpretação restritiva dada pela Administração Federal quanto à impossibilidade de custeio dos ônus remuneratórios da servidora cedida em face da ausência de norma federal que previsse tal responsabilidade até o advento da Medida Provisória nº 1.573-9/97.

Primeiramente, porque a cláusula de responsabilização financeira do órgão cessionário foi expressa no ato de cessão da servidora para exercer cargo em comissão no Ministério dos Transportes, a qual restou devidamente publicada em Diário Oficial, e não contou à época com nenhuma contestação por parte do órgão cessionário.

Ademais, sendo a cessão de servidores parte do arco maior da cooperação federativa, caberia à União, como regra de isonomia, ressarcir os valores desembolsados pelo Distrito Federal com a servidora cedida. Como sustenta a douta Procuradoria-Geral da União:

Em que pese a argumentação desenvolvida pela União, é impossível deixar de pensar que o não acolhimento da pretensão do autor

importaria violação direta à isonomia entre os entes litigantes que necessariamente decorre do princípio federativo.

Não há razão para se admitir que tenha a União privilégio de tal espécie em detrimento dos demais entes da Federação. **Se quando a cessão se dá no âmbito federal para o estadual, distrital ou municipal o ônus recai sobre a entidade cessionária, a mesma regra deve seguir a situação inversa.**

Nesse contexto, o §5º inserido pela lei federal nº 9.527/97 no art. 93 em questão deve ser considerado mera explicitação do que objetivou o §1º resguardar como regra geral, ou seja, que o ônus da remuneração deve recair sobre o órgão ou entidade requisitante, de qualquer que seja a esfera da Federação, já que esta é a única beneficiária do trabalho do servidor cedido.

Não se trata de aplicação retroativa da lei de 1997, e sim de interpretação que harmonize o preceito original com o texto maior, consideradas as modificações legislativas posteriores como simples confirmação da necessidade de tal compatibilização (fl. 221).

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, condenando a União a ressarcir o Distrito Federal dos valores pagos a título de remuneração e encargos sociais da servidora Ângela Maria Simão Aun no período compreendido entre janeiro de 1995 e julho de 1996, mais juros e correção monetária e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

É como voto.

## EXTRATO DE ATA

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº 555

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

AUTOR(A/S)(ES) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

RÉU(É)(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na *Brazil Conference*, na Universidade de Harvard, e na *Brazilian Undergraduate Student Conference*, na Universidade de Columbia, Estados Unidos, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 23.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

P/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Assessora-Chefe do Plenário





# RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

## Nº 652.777 / SÃO PAULO

**RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI**

RECTE. (S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RECDO. (A/S): ANA MARIA ANDREU LACAMBRA

ADV.(A/S): NORMA SUELI LAPORTA GONÇALVES

AM. CURIAE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS – CNSP

ADV.(A/S): JÚLIO BONAFONTE

AM. CURIAE: UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO – AGEPOLJUS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL

AM. CURIAE: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SINASEMPU

ADV.(A/S): IBANEIS ROCHA BARROS JÚNIOR

AM. CURIAE: SINDICATO DOS PROFESSORES E FUNCIONÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO – APROFEM

ADV.(A/S): ANA CRISTINA DE MOURA

AM. CURIAE: SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS TRIBUTÁRIOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – SINDIRECEITA

ADV.(A/S): ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

AM. CURIAE: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – FENAJUFE

ADV.(A/S): CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.

2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CÁRMEN LÚCIA (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, apreciando o tema 483 da repercussão geral, por unanimidade, em dar provimento ao recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico, mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na “Brazil Conference”, na Universidade de Harvard, e na “Brazilian Undergraduate Student Conference”, na Universidade de Columbia, Estados Unidos, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo recorrente Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município de São Paulo, OAB/SP 117181.

Brasília, 23 de abril de 2015.

**MINISTRO TEORI ZAVASCKI**

Relator

### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 652.777 SÃO PAULO**

**RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI**

RECTE.(S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S): ANA MARIA ANDREU LACAMBRA

ADV.(A/S): NORMA SUELI LAPORTA GONÇALVES

AM. CURIAE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS – CNSP

ADV.(A/S): JÚLIO BONAFONTE

AM. CURIAE :UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO – AGEPOLJUS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL

AM. CURIAE: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SINASEMPU

ADV.(A/S): IBANEIS ROCHA BARROS JÚNIOR

AM. CURIAE: SINDICATO DOS PROFESSORES E FUNCIONÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO – APROFEM

ADV.(A/S): ANA CRISTINA DE MOURA

AM. *CURIAE*: SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS TRIBUTÁRIOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – SINDIRECEITA

ADV.(A/S): ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

AM. *CURIAE*: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – FENAJUFE

ADV.(A/S): CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Colégio Recursal de São Paulo, proferido em demanda proposta por servidora pública municipal, objetivando, além da reparação por danos morais, a retirada de seu nome de sítio eletrônico do Município de São Paulo em que são divulgadas informações sobre a remuneração paga aos servidores públicos.

A sentença de improcedência do pedido foi reformada, em parte, para os fins exclusivos de determinar a exclusão do nome da requerente e da respectiva vinculação aos vencimentos, de sítio da internet, denominado De olho nas Contas (fls. 64/69). Entendeu o acórdão, no que importa ao exame do presente recurso, que (a) a publicação na rede mundial de computadores do nome do funcionário com seu respectivo salário não encontra apoio infraconstitucional e tampouco na Constituição; (b) a publicidade deve ser limitada à divulgação dos salários correspondentes aos cargos, sem vinculação direta com o nome do servidor, sob pena de ofensa ao direito à intimidade; (c) a divulgação de informações pessoais dos servidores mostra-se infrutífera e desarrazoada e submete a risco a segurança do servidor, que vê sua privacidade exposta publicamente; e (d) critérios da razoabilidade e da proporcionalidade balizam a preponderância do interesse público sobre o particular.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Publicação de informações sobre funcionários, empregados e servidores, vinculados ao Poder Público Municipal. Site eletrônico “De olho nas Contas”. Lei nº 14.720/2008, regulamentada pelo Decreto nº 50.070/2008. Previsão legal que não determina a vinculação dos vencimentos ao nome do servidor, de forma individualizada. Resguardo aos direitos à intimidade e à segurança. Ponderação de valores razoabilidade e proporcionalidade. Dano moral. Inocorrência. Inexistência de dano. Recurso parcialmente provido para a exclusão dos valores de vencimentos do sítio eletrônico. Ausente a condenação em custas e honorários, na dicção do Art. 55 da Lei 9.099/95.

No recurso extraordinário, o Município de São Paulo alega que foram violados os arts. 5º, XIV e XXXIII; 37, *caput* e § 3º, II; 39, § 6º; 31, § 3º; e 163, V, da Constituição Federal. Sustenta que não houve ofensa ao princípio da legalidade na medida em que (a) a divulgação da remuneração dos servidores públicos teve como fundamento o *caput* do art. 37 da CF e os princípios constitucionais da publicidade e da transparência (incisos XIV e XXXIII do art. 5º, respectivamente); (b) parte dos dispositivos constitucionais que impõe à administração o dever de publicidade e informação depende de regulamentação por lei local; (c) o § 6º do art. 39 é autoexecutável, dispensando a mediação do legislador ordinário; (d) os cargos de provimento efetivo e em comissão, bem como as funções, possuem vínculo inseparável com seus titulares individualizados. Sustenta, outrossim, que a divulgação dos valores não viola a intimidade, a vida privada, uma vez que já são públicos (art. 37, X), sendo que a publicidade dos atos relacionados ao servidor público é pressuposto de sua validade e eficácia. Acrescenta que as informações relativas aos gastos da Prefeitura estão reunidas em linguagem clara e de fácil acesso no Portal da Transparência, permitindo melhor controle social, sendo que a restrição ao acesso à informação somente poderia ser admitida nos casos em que envolvam dados pessoais ou imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, o que não é o caso da remuneração paga ao servidor público. Assim, entre os direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o acesso às informações públicas, a própria Constituição Federal fez opção expressa pela segunda alternativa ao estabelecer a regra do art. 39, §6º.

Em contrarrazões, a recorrida sustenta, preliminarmente, que não houve prequestionamento da matéria debatida no recurso extraordinário; e, no mérito, alega que (a) o ato da administração viola o art. 5º, X, da Constituição Federal; e (b) a conduta administrativa não tem amparo legal, motivo pelo qual deve ser mantido o acórdão recorrido.

O recurso extraordinário não foi admitido pelo Juiz Presidente do Colégio Recursal Central dos Juizados Especiais, uma vez que (a) não foi demonstrado o seu cabimento, nos termos do art. 541, II, do CPC; (b) não foram impugnados os reais fundamentos do acórdão recorrido (Súmula 283/STF); (c) a violação a preceito constitucional, se ocorrente, seria apenas reflexa; (d) as teses de direito arguidas pelo recorrente não foram prequestionadas (Súmula 282/STF); e, por fim, (e) o recorrente não demonstrou de forma fundamentada a existência de repercussão geral (fls. 122/130).

Os autos foram submetidos à apreciação do Plenário Virtual desta Corte, que proferiu crivo positivo quanto à existência de repercussão geral da matéria, versada no recurso, tombada como Tema 483 – Responsabilidade civil do Estado por dano moral decorrente de publicação da remuneração de servidor público em site na internet, em decisão publicada no DJe de 12/04/2012.

Ingressaram no processo como *amici curiae* a Confederação Nacional dos Servidores Públicos, a Associação Nacional dos Agentes de Segurança do Poder Judiciário da União (em conjunto com outros sindicatos e associações), o Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do

Ministério Público, o Sindicato dos Professores e Funcionários Municipais de São Paulo, o Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil e a Federação Nacional dos Trabalhadores no Poder Judiciário Federal e Ministério Público da União, todos postulando, essencialmente, a manutenção do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos.

A União também requereu sua participação como *amicus curiae*, defendendo o conhecimento e provimento do recurso extraordinário, alinhando-se aos argumentos apresentados pelo recorrente.

Consta decisão provendo o agravo para convertê-lo em recurso extraordinário às fls. 867, DJe de 18/12/2013.

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República opina pelo provimento do recurso extraordinário por entender que (a) a divulgação nominal, via internet, dos servidores não viola o direito à intimidade e à vida privada dos agentes estatais nem gera direito à indenização; e (b) o dever de publicidade somente pode ser excepcionado nas hipóteses em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não ocorre no presente caso.

Em Petição 2014/60818, o Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União (SINASEMPU), postula a retificação da autuação para constar o nome do advogado substabelecido, bem como a publicação exclusiva em nome do novo profissional constituído.

É o relatório.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):** 1. A controvérsia constitucional objeto do recurso não é nova para o Tribunal. No julgamento de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.902 (Min. Ayres Britto, DJe de 3/10/2011), que tratava de idêntica matéria, envolvendo justamente a publicação dos nomes e respectivos vencimentos dos servidores municipais no portal “De Olho nas Contas” do Município de São Paulo, com base na Lei Municipal 14.720/2008, o Plenário do STF, por unanimidade de votos, tomou deliberação enunciada na seguinte ementa:

**Ementa:** SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À

PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados, objeto da divulgação em causa, dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra –alaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

No seu voto, o Ministro Ayres Britto, relator, enfrentou e rebateu, um a um, os mesmos argumentos aqui adotados pelo acórdão recorrido. Eis o voto:

12. Início pelo juízo de que estamos a lidar com situação demandante de conciliação de princípios constitucionais em aparente estado de colisão. Aparente conflito e não mais que isso. De um lado, faz-se

presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (*caput* do art. 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da “coisa pública” (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro, as exceções também constitucionalmente abertas, que são “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (inciso XXXIII do art. 5º). Logo, respeitadas que sejam as exceções constitucionalmente estampadas, o certo é que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade (...)”, conforme a 1ª parte redacional do mesmo art. 5º. Com o que os indivíduos melhor se defendem das arremetidas eventualmente ilícitas do Estado, enquanto os cidadãos podem fazer o concreto uso do direito que a nossa Constituição lhes assegura pelo §2º do seu art. 72, *verbis*:

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

13. De outra banda, fala-se, basicamente, do direito que assistiria aos servidores municipais de não ver divulgada a sua remuneração bruta. Isso por implicar violação à sua intimidade e vida privada, de parilha com o perigo que representaria para a sua segurança pessoal e familiar o conhecimento geral de tal remuneração por modo nominalmente identificado. Conhecimento geral tanto mais temerário quanto disponibilizado em rede mundial de computadores (internet), porquanto viabilizador de formatação de um tipo de banco de dados que terminaria por habilitar terceiros a planejar golpes financeiros contra os servidores municipais e assediá-los pessoalmente para fins inconfessáveis.

14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

15. No tema, sintá-se que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objetos da divulgação em causa dizem

respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Estado que somente por explícita enunciação legal rimada com a Constituição é que deixa de atuar no espaço da transparência ou visibilidade dos seus atos, mormente os respeitantes àquelas rubricas necessariamente enfeixadas na lei orçamentária anual, como é o caso das receitas e despesas públicas. Não sendo por outra razão que os atentados a tal lei orçamentária são tipificados pela Constituição como “crimes de responsabilidade” (inciso VI do art. 85).

16. Em suma, esta encarecida prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

17. Por tudo quanto posto, a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

18. Mantenho a decisão recorrida, desprovido os agravos regimentais. É como voto.

2. À luz dessa orientação, fica evidente que não é inconstitucional e não padece de qualquer ilegitimidade a publicação, em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, do nome dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos brutos e de outras vantagens pecuniárias. Sendo legítima a publicação, dela não decorre dano moral indenizável.

3. Cumpre referir que, mais recentemente, foi editada a Lei Federal de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), com aplicação também aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal (art. 1º), com a finalidade de disciplinar o acesso a informações mantidas pelos órgãos públicos. Mesmo sem dispor expressamente sobre a obrigatoriedade



da divulgação da remuneração pessoal dos servidores, a lei impõe à Administração o dever de promover a divulgação, independente de requerimento, “no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados” (art. 8º). É certo que a definição de *interesse coletivo ou geral*, como todo conceito aberto, comporta preenchimento valorativo nem sempre insuscetível de questionamentos. Todavia, no caso, a cláusula legal deve ser interpretada, segundo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no precedente antes citado, como o fez, aliás, o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que, ao regulamentar a lei no âmbito do Poder Executivo, dispôs o seguinte:

Art. 7º. É dever dos órgãos e entidades promover, independente de requerimento, a divulgação em seus sítios na Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas, observado o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei 12.527, de 2011.

(...)

§3º. *Deverão ser divulgadas, na seção específica de que trata o § 1º, informações sobre:*

(...)

VI - remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, *jetons* e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;

4. É improcedente, portanto, o pedido formulado na presente demanda. Impõe-se, conseqüentemente, o provimento do recurso extraordinário, afirmando-se como tese de repercussão geral que *é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico, mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.*

5. Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário.

É o voto.

## VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** – Senhora Presidente, eu acompanho integralmente o voto do eminente Relator. Tenho decisões publicadas nessa mesma linha, sempre enfatizando que aquilo que se chama âmbito de proteção da privacidade do cidadão fica extremamente mitigado, a meu juízo, quando se trata de agente público, com destaque ao que também foi muito bem colocado da tribuna.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o servidor público não pode pretender ter a mesma privacidade que tem o cidadão comum. É princípio básico da Administração Pública, no que visa à eficiência – outro princípio –, o da publicidade. O servidor público, o agente público, o agente político estão na vitrina. São, de início, um livro aberto. Entre o interesse individual e o coletivo, o público, prevalece o coletivo.

Acompanho o Relator.

## VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Também acompanho o Relator e, como colocado, talvez um pouco diferente da advogada apenas, porque eu considero, como bem dito pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que esta Lei de acesso à informação é uma lei que muda a Administração Pública. Ela ajuda, se ela não é perfeita, como nenhuma lei é, depende exatamente da interpretação e da aplicação. E é por isso que, neste caso, o provimento deste recurso se faz exatamente no sentido de garantir a efetividade e a mudança de uma tônica e de um modelo de Administração Pública, no que me parece tornar cada vez mais republicano. Falo isso de maneira insuspeita, porque, antes de a Lei sair, eu liberei o meu contracheque, que foi publicado, inclusive com número de conta e tudo mais. Portanto, não vejo realmente como se adotar a mesma visão para quem não opta, não escolhe um cargo público, numa República, e para aquele que não faz essa escolha.

Por isso eu acompanho inteiramente o voto do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma única observação, Presidente.

Há diplomas intocáveis. Essa Lei, considero, na parte salutar, não na parte que não é salutar – já que se preocupou muito o legislador com o sigilo –, acredito intocável, como o Código Nacional de Trânsito, o Código do Consumidor, a Lei de Responsabilidade Civil. E, pelo visto, ante tantas ressalvas, talvez tenha o nosso legislador ficado encabulado.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – É, mas – como o Ministro Dias Toffoli, agora presidindo o Eleitoral, talvez tenha uma opinião um pouco parecida, não sei muito bem, porque nunca trocamos ideia sobre isso – o sigilo é para preservar o próprio serviço público e não os servidores. As ressalvas feitas são essas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E há aqueles que acham que não devem contas aos contribuintes. Devemos, passo a passo, contas aos contribuintes.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** – Exatamente nesse sentido, pelo menos, foi nesse sentido que o Eleitoral interpretou e divulgou que era considerado para não comprometer, por exemplo, no caso do Ministério Público, uma investigação. Preserva-se a investigação. Daí essas normas sobre sigilo.

Mas, enfim, lei nenhuma é perfeita. Como dizia Maquiavel em O Príncipe, a tarefa mais grave que um homem pode ter é de elaborar leis, porque se torna palavra

a vida e ela nunca será perfeita. O papel do Executivo, do Legislativo e principalmente do Judiciário é melhorar exatamente pela sua interpretação e aplicação.

### EXTRATO DE ATA

#### RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 652.777

PROCED: SÃO PAULO

**RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI**

RECTE. (S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RECDO. (A/S): ANA MARIA ANDREU LACAMBRA

ADV.(A/S): NORMA SUELI LAPORTA GONÇALVES

AM. CURIAE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS – CNSP

ADV.(A/S): JÚLIO BONAFONTE

AM. CURIAE: UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AGENTES DE SEGURANÇA DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO - AGEPOLJUS E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): RUDI MEIRA CASSEL

AM. CURIAE: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – SINASEMPU

ADV.(A/S): IBANEIS ROCHA BARROS JÚNIOR

AM. CURIAE: SINDICATO DOS PROFESSORES E FUNCIONÁRIOS MUNICIPAIS DE SÃO PAULO – APROFEM

ADV.(A/S): ANA CRISTINA DE MOURA

AM. CURIAE: SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS-TRIBUTÁRIOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - SINDIRECEITA

ADV.(A/S): ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

AM. CURIAE: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – FENAJUFE

ADV.(A/S): CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

**Decisão:** O Tribunal, apreciando o tema 483 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando-se a tese de que é legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico, mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Roberto Barroso, que representa o Tribunal na “Brazil Conference”, na Universidade de Harvard, e na “Brazilian Undergraduate Student

*Conference*", na Universidade de Columbia, Estados Unidos, e, neste julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo recorrente Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município de São Paulo, OAB/SP 117181. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 23.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte

Assessora-Chefe do Plenário

## Jurisprudência Criminal

• • •

### ***HABEAS CORPUS Nº 120.678 / PARANÁ***

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO**

**PACTE.(S): VILSON DOS SANTOS DE SOUZA**

**IMPTE.(S): THIAGO RUIZ**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

CRIME – HOMICÍDIO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – EXCLUDENTE DE ILICITUDE – LEGÍTIMA DEFESA – EXTENSÃO – IMPROPRIEDADE. Não se comunica a excludente de ilicitude que é a legítima defesa, relativa ao homicídio, ao crime autônomo de porte ilegal de arma.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015.

**MINISTRO MARCO AURÉLIO – REDATOR DO ACÓRDÃO**

#### ***HABEAS CORPUS Nº 120.678 PARANÁ***

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO**

**PACTE.(S): VILSON DOS SANTOS DE SOUZA**

**IMPTE.(S): THIAGO RUIZ**

**COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de VILSON DOS SANTOS DE SOUZA, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça no ARESP 119.468/PR que, negando provimento ao recurso interposto pela defesa, considerou incabível o pedido de aplicação do *princípio da consunção* ao caso em análise, por implicar reapreciação de fatos e provas.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de *homicídio e porte e posse ilegal de arma de fogo* de uso proibido.

Concluída a instrução criminal, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR reconheceu ter o paciente agido em *legítima defesa* e **o absolveu da imputação de homicídio**.

Em relação ao crime de *porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido*, determinou a redistribuição dos autos ao juízo competente, a fim de dar prosseguimento à ação penal.

Contra esta decisão, a defesa interpôs recurso de apelação, requerendo a absolvição do paciente também da imputação do crime de porte e posse ilegal de arma de fogo, sustentando se aplicável, ao caso, o princípio da consunção.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

Dessa forma, como ponto de toque, o princípio da consunção deve ser analisado sob o prisma do nexo de interdependência, existente entre as várias condutas criminosas.

Ou seja, se crimes da Lei 10.826/03 decorrem de desígnios autônomos, deve ser afastada a aplicabilidade da consunção e, em consequência, a distribuição para o juízo competente, como fez a d. Juíza, na r. Sentença, passa a ser a melhor medida, como linha de ação a ser adotada.

*In casu*, restou transparente que o apelante vinha sofrendo ameaças de VALDEIR, decorrentes de conflitos envolvendo questões familiares, encontrando-se o último, na época, envolvido com o tráfico de drogas e utilizando-se, com frequência, de arma de fogo. Nesse cenário, VILSON adquiriu um revólver com numeração suprimida e munições, sem qualquer autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, numa postura de autodefesa, pois sofria ameaças por parte de VALDEIR, e temia qualquer intento apartamento a trazer-lhe prejuízos à integridade física e à própria vida (fl. 136).

Entretanto, não se vislumbrou qualquer iniciativa por parte do recorrente, ante a problemática instaurada, pois preferiu não registrar,

perante a autoridade policial, os eventos ocorridos, abstendo-se de solicitar o apoio estatal, posicionando-se à margem da ilegalidade.

Em que pesem, hodiernamente, as limitações gritantes que sofrem os órgãos de segurança pública, não cabe ao indivíduo lograr substituir o Estado, nas suas funções precípuas, o que retomaria, possivelmente, às civilizações mais primitivas e, em consequência, à instalação do caos.

Ainda que o apelante não tenha delimitado, com exatidão, o momento em que se deu a compra d'arma, asseverou que teria sido após o primeiro intento realizado por VALDEIR, todavia, sem qualquer êxito.

MÁRCIA DOS SANTOS VIEIRA, no mesmo sentido, asseverou que há aproximadamente 3 (três) meses, ocorreu esse episódio, o que culminou na aquisição do revólver pelo recorrente (fl.133).

Dessa forma, conclui-se que, entre a aquisição do revólver e munições, utilizados na morte de VALDEIR, decorreu um lapso temporal bastante razoável – aproximadamente 3 (três) meses – ,circunstância que se impõe na convicção de que as condutas decorreram de desígnios autônomos.

A interdependência fática, entre os ilícitos, mostrou-se mais fortalecida, na medida em que a testemunha GISLAINE DA SILVA declarou, extra e *in iudicio*, que o de cujus havia afirmado que o apelante passava na frente da sua casa e mostrava o revólver (fl. 37 e 133).

Em suma, os elementos levantados delineiam situações bem definidas, não havendo que se falar em absorção dos delitos da Lei de Armas pelo homicídio qualificado.

Ainda, ao estabelecer a linha do tempo, em relação aos tipos penais exigidos, neste caso concreto, verifica-se que possuem momentos consumativos distintos e que de modo algum podem ser sobrepostos.

A defesa interpôs recurso especial contra referido acórdão, inadmitido na origem.

Na sequência, interposto agravo de instrumento, o recurso foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do acórdão impugnado, cuja ementa tem o seguinte teor:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DELITOS AUTÔNOMOS. ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO REUNIDO NOS AUTOS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE.

**VERBETE Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AGRAVO DESPROVIDO.**

– Para se aferir se o crime de homicídio absorve ou não o delito de porte ilegal de arma de fogo, *in casu*, é necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial. Incidência do verbete nº 7 da Súmula do STJ.

– A simples transcrição de ementas não é suficiente para demonstração do dissídio, na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no AREsp 119.468/PR, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 05/12/2013).

No presente *writ*, a defesa reitera a tese da aplicabilidade do princípio da consunção ao crime de posse e de porte de arma de fogo de uso restrito, sustentando que se constituiu exclusivamente em meio para a legítima defesa.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus*, e caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO CRIME DE HOMICÍDIO, DIANTE DO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DE RESP. DECISÃO MANTIDA PELO STJ. *HC* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APRECIÇÃO DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS QUE NÃO RECONHECERAM A ABSORÇÃO DO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PELO HOMICÍDIO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO AO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. MATÉRIA QUE DEMANDA O REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONFRONTO ANALÍTICO PARA DEMONSTRAÇÃO DO DISSENSO PRETORIANO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRITE*, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



## HABEAS CORPUS Nº 120.678 PARANÁ

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Senhores Ministros, conforme Relatado, o paciente foi absolvido sumariamente de acusação de crime de homicídio, por ter ficado evidente, de plano, que sua conduta caracterizou exercício de legítima defesa.

O paciente foi ameaçado de morte várias vezes pela vítima e chegou a sofrer um atentado.

Depois deste atentado, o paciente adquiriu uma arma de fogo, com o fim de se proteger contra novas e imprevisíveis investidas da vítima.

O juízo de primeiro grau, ao proferir a sentença absolutória, afirmou que “O meio utilizado pelo réu, o revólver, era o meio eficaz e suficiente à repulsa da agressão que estava sendo praticada. *O réu sabia que a vítima andava armada e proferia contra o mesmo e sua família ameaças de morte.* Portanto, era proporcional entre o bem que o réu queria proteger, a vida, contra o agressor”.

Acrescentou, ainda, que “o réu agiu com moderação, sendo que efetuou *um disparo* contra a vítima, que, embora tenha sido fatal, foi necessário para fazer cessar a agressão que estava sendo praticada. Salienta-se que *o réu primeiro havia recebido um disparo no pescoço* que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, [...] não ocorreu o evento morte”.

Neste quadro, evidencia-se que o crime de posse e porte de arma de fogo configurou *exclusivamente um meio para o exercício da legítima defesa pelo paciente*, no momento em que se mostrou necessário.

Eis os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt sobre a matéria, com referências a Jescheck, Aníbal Bruno e outros eminentes penalistas:

Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, *o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano*. A norma consuntiva constitui *fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico*, aplicando-se o princípio *major absorbet minorem*. [...] A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por

esta. Há consunção, quando o *crime-meio* é realizado como uma fase ou etapa do *crime-fim*, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.  
[...]

Não é, por conseguinte, a diferença dos bens jurídicos tutelados, e tampouco a disparidade das sanções cominadas, mas a *razoável inserção na linha causal do crime final*, com o *esgotamento do dano social no último e desejado crime*, que faz as condutas serem tidas como únicas (consunção) e *punindo-se somente o crime último da cadeia causal, que efetivamente orientou o agente*.

Para Jescheck, há consunção quando o conteúdo do injusto e da própria culpabilidade de uma ação típica inclui também outro fato ou outro tipo penal, *expressando o desvalor do ocorrido em seu conjunto*. Nesse sentido, professava Aníbal Bruno afirmando: “O fato definido em uma lei ou disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vem aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção [...]” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1 – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 211/213).

É justamente esta a situação dos autos ora em análise.

*In casu*, ao contrário do que sustenta o douto parecer ministerial, não há qualquer necessidade de revolvimento de fatos e provas para afirmar que a própria aquisição do revólver somente ocorreu depois de o paciente *ter sido vítima de tentativa de homicídio* por parte de Valdir da Silva.

Tanto a sentença absolutória quanto o acórdão do Tribunal de Justiça assentaram este fato, sobre o qual não paira qualquer dúvida.

Portanto, cuida-se de um ato preparatório para futuro exercício de *legítima defesa*, que já se afigurava previsível, em razão das ameaças e do atentado sofrido pelo paciente. E mais: no caso em análise, o crime de *perigo* (posse/porte de arma de fogo) fica *absorvido pelo crime de dano* (homicídio).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou, para negar provimento ao recurso de Apelação, que o paciente poderia ter procurado os agentes de segurança pública para se proteger.

Ocorre que este dever cívico não afasta, de maneira alguma, o fato de que o Paciente vivia sob permanente ameaça e medo de ser alvejado, dentro de sua própria residência, pelo Sr. Valdir da Silva.

Ademais, ainda que procurasse e efetivamente informasse à polícia sobre as ameaças, o paciente certamente não poderia contar com uma proteção contínua dos agentes.

Por fim, se levada às últimas consequências esta tese, jamais haverá absorção do crime de posse ou porte de arma de fogo pelo crime de homicídio – seja ele em legítima defesa ou não.

Assim, considerando-se que o fato ocorreu na porta da residência do paciente, que empregou a arma de fogo unicamente em resposta aos disparos contra ele efetuados pelo Sr. Valdir da Silva, fica mais do que evidenciado que a aquisição da arma de fogo teve por única e exclusiva finalidade o exercício da auto-defesa.

*Ex positis, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal de origem também quanto ao crime de posse e porte de arma de fogo, tendo em vista a consunção.*

É como voto.

### **HABEAS CORPUS Nº 120.678 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, os tipos são diversos, o homicídio e a posse ilegal de arma. O que ocorreu na espécie? Reconheceu-se, quanto ao homicídio, a excludente legítima defesa. Indago: o fato de se ter assentado a legítima defesa, no tocante ao homicídio, afasta a posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada? A meu ver, não. Dos crimes perpetrados apenas um – o homicídio – foi alcançado, não se estendendo a figura da ampla defesa ao crime de porte de arma, pouco importando que esta tenha sido instrumento daquele. A incidência do artigo 23, inciso II, do Código Penal – não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa, ficando limitada à morte da vítima e consequências legais.

Por isso, peço vênia ao Relator para indeferir a ordem.

### **HABEAS CORPUS Nº 120.678 PARANÁ**

#### **VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** – O princípio da consunção não é de fácil solução, ou não é de fácil aplicação. Tenho lido bastante a respeito e há uma monografia interessantíssima sobre a qual, em função de um de nossos *habeas*, eu terminei me debruçando, e lembro de ter ficado, inclusive, vencida na Turma, porque entendia que não se tratava da hipótese da consunção.

Mas, de qualquer sorte, aqui, Ministro Fux, eu vou pedir vênia a Vossa Excelência e acompanhar o Ministro Marco Aurélio.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência não extingue sem resolução do mérito?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, voto no sentido da extinção. Extingo e entendo que não é caso de concessão da ordem de ofício.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** – Então, eu vou acompanhar na íntegra o voto de Vossa Excelência, pedindo todas as vênias ao Ministro Fux.

### **HABEAS CORPUS Nº 120.678 PARANÁ**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A rigor, Presidente, já que ficarei como redator do acórdão, lanço que não houve crime quanto ao homicídio, porque se reconheceu a excludente, que é a legítima defesa, sem extensão ao porte de arma.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** – É. Eu só não concordo com isso porque a legítima aduz a meios necessários.

Quais seriam os meios necessários de uma pessoa que se vê alvejada por um traficante revidar com uma arma de fogo? Como é que ela conseguiria?

Essa foi a minha perplexidade. Daí eu ter optado pela consunção, porque foi legítima defesa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estaria ameaçado. Faça a pergunta: ameaçado, ficou autorizado a portar arma? Não.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** – Não, eu já entendi o ponto de vista. Foi uma troca de tiros.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** – Mas, de qualquer sorte então, nós ficamos na extinção sem resolução do mérito.

### **EXTRATO DE ATA**

#### **HABEAS CORPUS Nº 120.678**

PROCED: PARANÁ

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): VILSON DOS SANTOS DE SOUZA

IMPTE.(S): THIAGO RUIZ

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Luiz Fux, Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 24.2.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Ausentes, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o Senhor Ministro Dias Toffoli, em razão de visita institucional à Suécia e, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

# Superior Tribunal de Justiça

• • •

## Jurisprudência Cível

• • •

### **RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 / SÃO PAULO (2016/0134010-1)**

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

#### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, §2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, *i.e.*, claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (Data do Julgamento)

**MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente

**MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

Relatora

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 - SP (2016/0134010-1)**

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

## RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):**

Cuida-se de recurso especial interposto por ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

**Ação:** objetiva a anulação do contrato de franquia firmado pelas partes ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação de devolução dos pagamentos feitos a título de Taxas de Franquia e de Royalties, bem como a pagamento de multa, em caso de rescisão contratual.

**Decisão interlocutória:** rejeitou preliminar de convenção de arbitragem suscitada na contestação, em decisão abaixo transcrita (e-STJ fl. 324):

Vistos. Afasto a preliminar de convenção de arbitragem. O contrato apresentado é de adesão, tanto que conta com o logotipo da franqueadora, e assim, a aderente não tem condições de discutir o seu conteúdo. Em sendo contrato de adesão, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.307/96, que prevê: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. E não se encontra do contrato redação em negrito, visto específico ou convenção em anexo próprio. Assim, a cláusula é ineficaz. Fica afastada a preliminar. Entendo improvável a conciliação, diante das manifestações das partes. Declaro saneado o feito. Determino a realização de prova pericial (...).

A recorrente e a recorrida opuseram embargos de declaração (e-STJ fls. 326-328, fls. 329-334 e fls. 339-344), a fim de esclarecer os quesitos apresentados pelo juízo ao perito e os pontos controvertidos na demanda, bem como para suprir omissão no pedido de produção de prova. Os embargos foram acolhidos pelo 1º grau de jurisdição (e-STJ fls. 335-336 e fls.). Irresignada, a recorrida interpôs agravo de instrumento (e-STJ fl. 347).

**Acórdão no agravo de instrumento:** o acórdão (e-STJ fl. 412) recorrido entendeu, por maioria de votos, que não há incidência das regras do CDC nas relações entre empresários, como nos contratos de franquia, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos, oferecendo bens e serviços à cadeia de produção econômica. Reconheceu, ainda, a validade de cláusula compromissória firmada entre as partes para extinguir o feito sem resolução do mérito, por incompetência absoluta da Justiça Comum, ficando assim ementado:

**COMPETÊNCIA ABSOLUTA** Ação anulatória de circular de oferta de franquia e contrato de franquia cumulada com pedido de indenização. Existência de cláusula compromissória. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual deduzida na defesa. Rejeição em despacho saneador. Contrato de franquia celebrado entre empresários, afastando a incidência da legislação de consumo. Validade da cláusula compromissória. Extinção do processo, sem resolução do mérito declarada (CPC, art. 267, VII). Agravo provido.

Dispositivo: Por maioria de votos, deram provimento e extinguiram o processo, sem resolução do mérito, vencido o 2º desembargador, que negava provimento ao recurso e declara voto.

**Embargos de declaração:** opostos pelo recorrente, foram rejeitados pelo TJ/SP, por unanimidade (e-STJ fls. 436-441).

**Recurso especial:** alega ofensa aos arts. 4º, 8º e 20 da Lei 9.307/96, arts. 2º, 51, VII e 54 do CDC, art. 3º da Lei 8.955/94, art. 166, IV do CC, e arts. 114, 131, 165, 267, VI, 458, II, 525, 526 e 535, I e II do CPC/73. Também alega a existência de dissídio jurisprudencial entre, de um lado, a decisão recorrida do TJ/SP e, de outro, do TJ/PR (Apelação Cível nº 900404-6, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Antenor Demeterco Junior, j. 26/06/2012) e TJ/SC (TJSC – Apelação Cível nº 2005.013059-7, 1ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 22/10/2007). O recurso especial foi admitido pelo TJ/SP (e-STJ fl. 522).

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.602.076 - SP (2016/0134010-1)**

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S LIMA – SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA – SP276438

RECORRIDO: GOU – GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS – SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO – SP306584

## VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):**

Cinge-se a controvérsia ao definir a validade de compromisso arbitral firmado no bojo do contrato de franquia celebrado entre os litigantes. Para essa finalidade, cumpre analisar: (i) se as normas do CDC são aplicáveis aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, o que atrairia a aplicação do art. 51, VII, (do CDC; (ii) se os contratos de franquia são sujeitos ao que dispõe o art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96; e (iii) possibilidade de o Poder Judiciário analisar a validade do compromisso em função da doutrina do *Kompetenz-Kompetenz*.

### I – Do alegado descumprimento ao art. 526 do CPC

Em matéria de preliminar, afasto a alegação da recorrente, a qual pugna pelo reconhecimento do não cumprimento ao disposto nos arts. 525 e 526 do CPC pela recorrida, considerando que a petição protocolizada perante o Juízo de 1º grau de jurisdição não foi acompanhada do comprovante de interposição do recurso e a ausência de peça obrigatória na formação do instrumento.

Conforme decidido pelo TJ/SP, não houve a demonstração de prejuízo à recorrente, o que está consonante com a jurisprudência do STJ sobre o assunto. Veja-se a decisão abaixo:



AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 525, I, DO CPC. FALTA DE PEÇA ESSENCIAL AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PLENAMENTE EXERCIDOS. APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. As formalidades do artigo 525, inciso I, do CPC, têm a finalidade de propiciar ao tribunal *a quo* os meios necessários à cognição e viabilizar à parte contrária o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso dos autos, a ora agravante apresentou espontaneamente suas contrarrazões ao agravo de instrumento, daí que nenhum prejuízo adveio para sua defesa.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 757075/SP, Terceira Turma, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 07/03/2016).

## II – Da não incidência do CDC aos contratos de franquia

Quanto à alegada incidência das normas protetivas prevista no CDC aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, não assiste razão à recorrente, considerando que esta Terceira Turma já possui jurisprudência consolidada em sentido contrário ao exposto no recurso especial. Podemos indicar, por exemplo, o decidido no REsp 930.815/MT (Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe 12/06/2007), assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. DECISÃO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA CLÁUSULA DE FORO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE “URGÊNCIA PROVISÓRIA”. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA INTERPOSTA POR CORRÉ. PREVALÊNCIA DO FORO DE ELEIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO COM RESP 10877471/MT.

1- A competência para a ação que visa à reparação de danos, fundada em responsabilidade contratual ou extracontratual deve ser proposta no local onde se produziu o dano não no domicílio do réu. Trata-se, no entanto, de competência territorial relativa que, portanto, pode ser derogada por contrato, de modo a prevalecer o foro de eleição.

2- Não desfaz a validade do foro de eleição a circunstância do ajuizamento da ação, decorrente de contrato de franquia, como ação indenizatória, porque esta sempre tem como antecedente a lide contratual.

3- Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão.

4- Nos termos do artigo 112 do Código de Processo Civil, a incompetência relativa deve ser arguida pela parte interessada em exceção de incompetência e não nos próprios autos, mas essa regra não exclui a admissibilidade de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em processo cautelar, antes da citação, liminarmente defere a suspensão da cláusula contratual de eleição de foro.

5- Oferecimento de Exceção de Incompetência por corrêu, também sustentando a validade da cláusula de eleição de foro, não obsta o recurso de Agravo de Instrumento interposto por outro réu.

6- Hipótese de “urgência provisória”, como a do “Juízo do Cartório” na sustação do protesto, não configurada e não julgada, no caso.

7- Recurso Especial a que se dá provimento (julgamento conjunto com o REsp 1087471/MT).

Com base nessa premissa, é correta a afirmação segundo a qual, no contrato de franquia, não há uma relação de consumo tutelada pelo CDC, mas de fomento econômico, com o intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado. Com entendimento semelhante, podemos citar, ainda, outras decisões da Terceira Turma, como os julgamentos do REsp 632.958/AL e do REsp 687.322/RJ abaixo ementados:

CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FORO DE ELEIÇÃO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS Nº 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA Nº 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei nº 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado. III. Incidência à espécie das Súmulas nº 5 e 7 do STJ. IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra “d”, do

CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil. V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula nº 283 do Pretório Excelso. VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido. (REsp 632958/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 29.3.2010).

Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº 8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.

1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.
2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial.
3. Recurso especial não conhecido (REsp 687.322/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 09/10/2006).

Com fundamento nos precedentes mencionados acima, não há incidência das regras protetivas do CDC aos contratos de franquia e, portanto, não se admite a alegação de nulidade do compromisso arbitral com base no disposto no art. 51, VII, do CDC, que proíbe a utilização compulsória de arbitragem.

### III – Do alcance do art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem

A controvérsia ganha contornos mais complexos, porém, a partir do momento que passamos a analisar o alcance do disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), cuja redação é a seguinte:

Art. 4º (...)

§2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Compulsando os autos, percebe-se que a controvérsia se iniciou com a aplicação do mencionado §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem pelo juízo singular, que acarretou a declaração da cláusula compromissória. Assim, neste ponto específico da controvérsia, é necessário avaliar: (a) se a franquia é um contrato de adesão a atrair os requisitos do

mencionado dispositivo legal; e (b) se, por não se tratar de uma relação de consumo, o art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem ainda é aplicável aos contratos de *franchising*.

Quanto ao primeiro item a ser analisado, podemos encontrar precedentes de diferentes turmas deste Superior Tribunal de Justiça que tratam da natureza do contrato de franquia ou *franchising*. Assim, no AgRg no Ag 746.597/RJ, discutindo-se acerca da incidência de impostos sobre serviços de qualquer natureza – ISS aos contratos de franquia, a Primeira Turma afirmou que o *franchising*, em sua natureza jurídica, é:

[c]ontrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão (Adalberto Simão Filho. *Franchising*, São Paulo; 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42).

Na doutrina jurídica, ao comentar o §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA apresenta a definição de contratos de adesão, os quais atrairiam a aplicação do mencionado dispositivo normativo. Veja-se abaixo:

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o peticitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do peticitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de um dos contratantes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 106).

Assim, com fundamento na doutrina e nos julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça, o contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão.

Quanto à diferenciação apresentada pela recorrida segundo a qual, contratos “por adesão” são distintos de contratos “de adesão”, entendo que essa sutileza sintática é incapaz de representar alguma diferença semântica relevante, pois o Direito não trata de forma distinta essas duas supostas categorias. Nesse sentido, é relevante trazeremos à colação o preciso ensinamento de NELSON NERY JUNIOR:

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público (v.g., cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, *caput*, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito geral de contrato de adesão. (...)

*O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.* (grifos nossos) (Ada Pellegrini Grinover *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 622-623).

Além de irrelevante para a resolução da controvérsia a distinção semântica entre contratos “de adesão” e aqueles “por adesão”, também não há embasamento jurídico para limitar o alcance do disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96 aos contratos representativos de relações de consumo.

Por outro lado, é claro que entre o disposto no art. 51, VII, do CDC e no §2º do art. 4º da Lei de Arbitragem há uma grande área de sobreposição, mas é inegável que ambos os dispositivos não se confundem e continuam a proteger bens jurídicos distintos.

Como visto na lição de NELSON NERY JUNIOR acima, o contrato de adesão é apenas uma técnica para a formação de contratos, quando exigências de economias de escala e de uniformização do produto ou serviço se impõem a determinado segmento econômico, mas não é tipo ou categoria autônoma de contrato. Não podemos, assim, limitar os contratos de adesão apenas às relações de consumo, pois, como visto acima, é pacífico na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que os contratos de franquia não consubstanciam relações de consumo, mas utilizam essa técnica para a formação dos contratos.

Ao comentar especificamente o dispositivo em análise da Lei de Arbitragem, CARLOS ALBERTO CARMONA entende que sua função não é outra que não a de

favorecer o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar a imposição da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, ao prever requisitos para a validade do compromisso arbitral em contratos de adesão. Assim, com o §2º do art. 4º da Lei 9.307/96, busca-se evitar que a cláusula de compromisso arbitral seja incluída de forma leviana entre todas as demais cláusulas do contrato:

Como advertia René David (*L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris: Ed. Economia, 1982, p. 276), aquele que firma um compromisso sabe exatamente os limites da obrigação que assume, enquanto a cláusula compromissória pode passar despercebida no contrato principal que a contém, pois o interesse dos contratantes está centrado na qualidade e quantidade das mercadorias, seus preços, prazo de entrega, responsabilidade etc., de tal sorte que a cláusula compromissória, por mais importante que possa vir a ser um dia, corre o risco de não chamar a atenção dos contratantes. (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 107).

Essa questão foi lateralmente abordada no julgamento do REsp 1.169.841/RJ, de minha relatoria, em que se analisou a possibilidade de utilização de arbitragem como forma de resolução de conflitos em relações de consumo. Naquela oportunidade, afirmamos que:

[a]o mesmo tempo em que estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade de se respeitar a convenção arbitral, a Lei nº 9.307/96 criou mecanismos para proteger o aderente que, ao firmar contrato de adesão, se vê impossibilitado de discutir as cláusulas contratuais, que lhe são impostas unilateralmente pelo proponente.

Essa proteção foi consubstanciada pelo art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 que dispõe sobre condição de eficácia à cláusula de arbitragem em contratos de adesão. Ao final, o REsp 1.168.841/RJ restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CABIMENTO. LIMITES.

1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando

pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96.

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

Por força dessa regra específica, todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.

#### **IV – Da competência do Poder Judiciário para apreciar a validade de compromisso arbitral – princípio *Kompetenz-Kompetenz***

O acórdão recorrido afirma que, havendo convenção de arbitragem, deve ser reconhecida a incompetência absoluta do Poder Judiciário para resolver a controvérsia, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, conforme disposto no art. 267, VII, do CPC/73. A Justiça Comum, prossegue o acórdão do TJ/SP, seria competente para examinar a questão apenas após a sentença arbitral.

No MC 14.295/SP (DJe 13.06.2008), decidi no mesmo sentido, afastando a competência do Poder Judiciário nas fases iniciais do procedimento de arbitragem, com a aplicação estrita do princípio *Kompetenz-Kompetenz* :

Como bem destacado pelo Tribunal local e, repise-se, não atacado pela requerente em seu recurso especial, questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20, da Lei nº 9.307/96.

A *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência) é um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade. Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, sendo dele o benefício da dúvida.

Dessa forma, a resolução de questões litigiosas fica a cargo do árbitro e, para isso, não exige a lei que o ato jurídico seja válido ou imune a nulidades ou causas supervenientes de ineficácia, como se defende na espécie. Ao contrário, a questão litigiosa pode ser justamente a ineficácia do ato jurídico. Nessas circunstâncias, a jurisdição arbitral não se desloca, pois legalmente é o árbitro quem detém competência para dirimir essas matérias assim como para decidir sobre sua própria competência.

Essa prioridade não apenas se perfila com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.703/96, que se censuram atos de protelação ou afastamento do rito arbitral, como também assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos, limitando a atuação do Poder Judiciário à execução da sentença arbitral.

Desde então, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça mostrou algum abrandamento com o mencionado princípio. Assim, veja-se o julgado no REsp 1.082.498/MT (Quarta Turma, Relator Min. Luís Felipe Salomão, DJe 04/12/2012), em cuja ementa verifica-se o seguinte:

2. Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestável a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, inexistindo a possibilidade de recusa à prestação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir desse momento, terá a exclusividade na apreciação da lide.

4. Por isso que, uma vez acionado para proceder à execução específica da cláusula compromissória, deve o Juízo prolatar sentença contendo os elementos necessários à instalação da arbitragem, consoante procedimento preconizado pelo art. 7º da Lei 9.370/1996, em vez de extinguir de ofício o processo sem resolução de mérito.



Essa modulação do princípio competência-competência foi notada pela doutrina jurídica, a qual comenta sobre a hipótese de análise de nulidades identificadas *prima facie* pelo Poder Judiciário:

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que se está em presença de situação similar (muito embora distinta) à análise *prima facie* da convenção de arbitragem (que pode se dar pelo Poder Judiciário ou pela instituição administradora do procedimento arbitral, conforme o caso). Esta também pode levar, em alguns casos, se não à inaplicabilidade, pelo menos à modulação do princípio competência-competência, quando reste absolutamente evidente e inequívoca, ainda que mediante mera análise perfunctória (*prima facie*), a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem no caso concreto. (Maíra de Melo Vieira. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. *In*: Arnaldo Wald (Coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. vol. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005, p. 374).

Mais recentemente o tema voltou a ser objeto de discussão neste Superior Tribunal de Justiça, durante o julgamento do REsp 1.278.852/MG, e, apesar de, à primeira vista, parecer que a exceção ao *Kompetenz-Kompetenz* ocorre apenas nos compromissos arbitrais “em branco” (quando a cláusula se limita a afirmar que litígio entre as partes será resolvido por arbitragem), ficou aberta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em outras hipóteses, quando houver a necessidade de apreciação de questões anteriores e necessárias à instauração do juízo arbitral. Fora esses casos excepcionais, de acordo com o decidido na REsp 1.278.852/MG, há uma alternância de competência entre os órgãos arbitrais e judiciais relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção.

Essa alternância de competências já era reconhecida pela doutrina jurídica, mais uma vez na lição de CARLOS ALBERTO CARMONA, a qual aponta hipóteses em que ocorrerão possíveis inconvenientes:

A atribuição de poderes ao árbitro para regular seus próprios poderes, porém, resolve apenas parte do problema, pois, em algumas hipóteses, caberá ao juiz togado lidar com a questão da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Isso ocorrerá como já se viu, nos casos do art. 7º da Lei, e também quando o réu, citado para os termos de uma demanda, arguir exceção de compromisso, sem esquecer que, quanto à cláusula arbitral, poderá o juiz, de ofício,

reconhecendo sua validade, extinguir o processo, remetendo as partes à via arbitral para solucionar seu litígio. Percebe-se, portanto, que o ordenamento brasileiro – à semelhança do que ocorreu na Itália – não estabelece uma competência exclusiva do árbitro para resolver todo e qualquer ataque à convenção de arbitragem, o que naturalmente poderá criar inconvenientes de difícil solução (...).

*A forma mais sensata de resolver este tipo de impasse será suspender o processo arbitral até a decisão, pelo juiz togado, da questão preliminar que lhe terá sido submetida, até porque, ao final e ao cabo, tocará ao juiz togado enfrentar a questão da validade da convenção de arbitragem na demanda, que será certamente movida pela parte resistente com base no art. 21 da Lei. (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 176. Grifos nossos).*

Como podemos verificar, a solução apontada pela lição acima privilegia, inclusive, a atuação jurisdicional em detrimento da arbitral quando se discute a validade da convenção de arbitragem na demanda, em claro desprestígio ao princípio da competência-competência.

Retornando ao precedente estabelecido pelo REsp 1.278.852, é importante considerarmos que, naquele caso, a convenção arbitral foi inserida em transação implementada e homologada em Juízo, sendo essa orientação tomada em outras decisões, como nos REsp 1.283.388/MG e 1.327.085/MG, com o seguinte teor:

A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no mesmo rumo da tese defendida nas razões do especial, no sentido de que a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em acordo judicial homologado deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio juízo arbitral.

Essa ressalva é relevante, pois neste recurso especial não estamos a discutir uma cláusula arbitral instituída em acordo judicial devidamente homologado pelo Poder Judiciário, mas de uma cláusula compromissória estabelecida em contrato de adesão, celebrada sem requisitos legais estabelecidos pelo art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem.

Além disso, devemos mencionar que o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* também foi revisto na Alemanha, que é apontada como a origem do princípio da autonomia da cláusula compromissória e o da competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência. Essa revisão foi feita pelo *Bundesgerichtshof* – BGH, equivalente alemão a este Superior Tribunal de Justiça, na decisão do III ZR 265/03, de 13/01/2005, cuja decisão encontra-se abaixo, em tradução livre:

a) após a entrada em vigor da nova lei de regulamentação do processo arbitral, é vedado às partes de um compromisso arbitral estabelecer uma *Kompetenz-Kompetenz* que tenha como consequência a vinculação dos tribunais estatais ao julgamento do tribunal arbitral; b) em razão de uma cláusula *Kompetenz-Kompetenz*, antes de uma decisão sobre a validade da cláusula compromissória, o tribunal estatal não está obrigado a esperar a decisão do tribunal arbitral sobre a competência (§ 1.040 Abs. 1 Satz 1 ZPO [Código de Processo Civil Alemão]); c) um acordo arbitral com a participação de um consumidor pode ser pactuado através de um contrato padronizado, desde que as exigências de forma do § 1.031 Abs. 5 ZPO sejam atendidas. Não é exigível que, da parte do usuário, haja um especial interesse na instalação do tribunal arbitral.

Não se desconhece do julgamento no REsp 1.602.696-PI (Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016), em que se concedeu prioridade ao juízo arbitral para analisar a validade de cláusula compromissória, ementado da seguinte forma:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ART. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.

1. Inaplicabilidade do NCPD neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte, ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória, não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88.

4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral devem ser resolvidas com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.

5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.

6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário.

7. Recurso especial provido.

A contradição entre o julgado mencionado acima e o presente é, no entanto, meramente aparente. Como regra geral, a jurisprudência desta Corte Superior indica a prioridade do juízo arbitral para se manifestar acerca de sua própria competência e, inclusive, sobre a validade ou nulidade da cláusula arbitral.

Toda regra, porém, comporta exceções para melhor se adequar a situações cujos contornos escapam às situações típicas abarcadas pelo núcleo duro da generalidade e que, pode-se dizer, estão em áreas cinzentas da aplicação do Direito.

Obviamente, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* deve ser privilegiado, inclusive para o indispensável fortalecimento da arbitragem no País e sua aplicação no REsp 1.602.696-PI é irretocável. Por outro lado, é inegável a finalidade de integração e desenvolvimento do Direito à admissão na jurisprudência desta Corte de cláusulas compromissórias “patológicas” – como os compromissos arbitrais vazios no REsp 1.082.498/MT mencionados acima e aqueles que não atendam ao requisito legal específico (art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96) que se está a julgar neste momento – cuja apreciação e declaração de nulidade podem ser feitas pelo Poder Judiciário mesmo antes do procedimento arbitral. São, assim, exceções que permitem uma melhor acomodação do princípio competência-competência a situações limítrofes à regra geral de prioridade do juízo arbitral.

Levando em consideração todo o exposto, o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, *i.e.*, claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão interlocutória do Juízo de 1º grau de jurisdição (e-STJ fl. 324), que declarou a nulidade da cláusula arbitral contida no contrato celebrado entre recorrente e recorrida, por ausência dos requisitos legais previstos no art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2016/0134010-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.602.076 / SP

Número Origem: 20678643620148260000

PAUTA: 13/09/2016 JULGADO: 15/09/2016

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS ALBERTO CARVALHO VILHENA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: ODONTOLOGIA NOROESTE LTDA

ADVOGADOS: FERNANDO RISTER DE S. LIMA - SP199386

MARIA BEATRIZ CRESPO FERREIRA - SP276438

RECORRIDO: GOU - GRUPO ODONTOLOGICO UNIFICADO FRANCHISING LTDA

ADVOGADOS: JOÃO PAULO DUENHAS MARCOS - SP257400

ANTÔNIO FERNANDO DE MOURA FILHO - SP306584

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Franquia

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



# RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.451 / GOIÁS (2011/0069820-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE MAURILÂNDIA

ADVOGADO : WILMAR ANTÔNIO DE LISBOA E OUTRO(S) – GO012144

## EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ADMISSIBILIDADE DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVIDÊNCIAS PRÁTICAS PARA IMPEDIR O TRÂNSITO DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS E VEÍCULOS PESADOS EM PERÍMETRO URBANO. MATÉRIA DE RELEVANTE INTERESSE LOCAL. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

## HISTÓRICO DA DEMANDA

1. O Ministério Público do Estado de Goiás manejou Ação Civil Pública contra o Município de Maurilândia-GO. Objetiva que essa unidade da Federação seja condenada na obrigação de fazer consistente em impedir que máquinas agrícolas/veículos pesados trafeguem no seu perímetro urbano, além de tornar transitável o anel viário da região.

2. Segundo os autos noticiam, as investigações ministeriais a respeito do problema se iniciaram a partir de abaixo-assinado subscrito por 2.094 (dois mil e noventa e quatro) cidadãos residentes naquele Município, o que representa um universo de mais de 15% da população local, consoante pesquisa efetivada no sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (12.513 habitantes no ano de 2013).

3. A petição inicial indica que o intenso trânsito de caminhões e máquinas agrícolas no perímetro urbano tem causado inúmeros acidentes fatais, além de problemas de saúde decorrentes de poeira e poluição sonora, por exemplo.

4. O Tribunal de Justiça *a quo* entendeu que é incabível a ingerência do Poder Judiciário em questões afetas às políticas públicas, uma vez que o Poder Público Municipal tem liberdade para eleger as obras prioritárias de seu governo, sob pena de ofensa à discricionariedade do administrador e ao princípio da *Separação dos Poderes*.

### **VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973**

5. O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipóteses em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão. Violação ao art. 535, II, do CPC/1973 não existente.

### **ADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

6. O STJ tem orientação no sentido de que: “Ao Poder Judiciário não é vedado debater o mérito administrativo. Se a Administração deixar de se valer da regulação para promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o ‘funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/ usuário’, haverá vício ou flagrante ilegalidade a justificar a intervenção judicial” (REsp 1.176.552/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 14/9/2011).

7. Na mesma direção, no sentido da adequação da Ação Civil Pública como meio próprio de se buscar a implementação de políticas públicas com relevante repercussão social: REsp 1.367.549/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/9/2014; AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/10/2013; REsp 743.678/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/9/2009; REsp 1.041.197/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/9/2009; REsp 429.570/GO, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 22/3/2004; REsp 725.257/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 14/5/2007.

8. O inciso I do art. 1º e o art. 3º da Lei 7.347/1985 são claros em afirmar que a Ação Civil Pública é meio processual adequado para discutir temas afetos à ordem urbanística e obter provimento jurisdicional condenatório de obrigação de fazer. Assim, a ação deve prosseguir.

9. No mérito, poderão ser discutidas todas as questões existentes, uma vez que, obviamente, elas não se resumem a saber se a obra é necessária ou não, havendo questões outras como saber se o pequeno Município dispõe de recursos suficientes para fazer a obra, se não haveria necessidades ainda mais prementes da população ou se não haveria forma alternativa de solucionar o problema.



## CONCLUSÃO

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido, para afastar a carência de ação e determinar o prosseguimento da Ação Civil Pública.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).’ O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e a Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.”

Brasília, 1º de setembro de 2016 (data do julgamento).

**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**

Relator

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0069820-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.294.451 / GO

Números Origem: 1394803 200900462420

PAUTA: 09/08/2016

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

## AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS  
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE MAURILÂNDIA  
ADVOGADO : WILMAR ANTÔNIO DE LISBOA E OUTRO(S)  
ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –Atos  
Administrativos – Improbidade Administrativa

## CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.294.451 - GO (2011/0069820-0)**

**RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS  
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE MAURILÂNDIA  
ADVOGADO : WILMAR ANTÔNIO DE LISBOA E OUTRO(S)

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):**

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, *a*, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVIDÊNCIAS PRÁTICAS PARA IMPEDIR O TRÂNSITO DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS E VEÍCULOS PESADOS EM BAIROS DO MUNICÍPIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. ATOS ADMINISTRATIVOS DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Incabível a ingerência do Poder Judiciário em questões afetas a atos de governo, uma vez que o Poder Público Municipal tem liberdade para eleger as obras prioritárias de seu governo, sob pena de ofensa à discricionariedade do administrador e ao princípio da separação dos poderes. Correta, pois, a sentença

que declara a ausência de interesse processual do *Parquet*.  
APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (fl. 316).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 338-339).

O agravante sustenta que ocorreu violação dos arts. 535, II, 267, VI, e 295, III, do CPC/1973; e 1º, III, e 3º da Lei 7.347/1985, sob o argumento de que o Ministério Público tem interesse processual para propor a presente Ação Civil Pública. Alega, em suma, que a Ação Civil Pública é meio processual adequado para discutir tema afeto à ordem urbanística, especialmente porque, no caso, há grave omissão do poder público no que se refere à resolução do problema do intenso trânsito de máquinas agrícolas e veículos pesados no perímetro urbano do Município de Maurilândia/GO.

Sem contraminuta (fl. 424).

Inadmitido o Recurso na origem (fls. 388-390), dei provimento ao Agravo e determinei a sua conversão em Recurso Especial para melhor exame da matéria, conforme fls. 446-447.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 438-444 e 452.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):**

### **1. Histórico da demanda**

O Ministério Público do Estado de Goiás propôs Ação Civil Pública contra o Município de Maurilândia. Objetiva que aquela unidade da Federação seja condenada na obrigação de fazer consistente em impedir que máquinas agrícolas/veículos pesados trafeguem no perímetro urbano daquele Município, além de tornar transitável o anel viário da região.

O Tribunal *a quo* entendeu que o Judiciário não pode ter ingerência no tema, porque o Poder Público Municipal tem ampla liberdade de eleger as obras prioritárias na sua esfera. Manteve, então, a sentença de indeferimento da inicial prolatada pelo julgador de primeiro grau (fls. 213-214).

### **2. Negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC/1973)**

O recorrente, num primeiro instante, alega negativa de prestação jurisdicional, porque o acórdão *a quo* não fez menção expressa aos arts. 1º, III e 3º da Lei 7.347/1985.

Não tem ele razão no ponto.

Mesmo que não tenha mencionado os referidos dispositivos, é certo que o Tribunal goiano fundamentou seu entendimento sobre a matéria processual ora em comento, qual seja, a adequação ou não da Ação Civil Pública para discutir providências relativas à ordenação do trânsito de veículos pesados em perímetro urbano.

Sabe-se que “o STJ admite o prequestionamento implícito nas hipóteses em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão” (AgRg no REsp 1398869/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/10/2013, DJe 11/10/2013).

É justamente o caso dos autos.

Assim sendo, não conheço do recurso na parte da alegada violação do inciso II do art. 535 do CPC/1973.

### 3. Adequação da via eleita

O caso é singular e merece atenta análise desta Corte.

O Ministério Público do Estado de Goiás propôs a presente ação devido ao forte apelo que o tema suscita no Município de Maurilândia.

As investigações a respeito do problema se iniciaram a partir de um abaixo-assinado subscrito por nada menos que 2.094 (dois mil e noventa e quatro) cidadãos residentes naquele Município. Só para se ter ideia, segundo pesquisa no sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (<http://www.cidades.ibge.gov.br/>), percebi que a população estimada naquela localidade era de 12.513 habitantes no ano de 2013. Assim, nota-se que a iniciativa do Ministério Público decorreu de um pleito formulado por mais de 15% da população da municipalidade.

Segundo a inicial (fls. 04-09), o intenso trânsito de caminhões e máquinas agrícolas no perímetro urbano tem causado inúmeros acidentes fatais, além de problemas de saúde decorrentes de poeira e poluição sonora, por exemplo.

Além disso, nota-se que esse problema local se arrasta há anos, tanto que existe Lei Municipal (13/1997) tratando do problema do tráfego naquela localidade e até mesmo prevendo, como possível solução, a construção de estrada fora do perímetro urbano (fl. 16).

A fim de melhor elucidar a posição do Ministério Público, transcrevo parte da petição inicial (fls. 5-6):

Na – *sic* – caso de Maurilândia, observa-se que desde 1997 a Lei Municipal nº 13 só permite o trânsito de caminhões vazios e sem reboque fora da rodovia GO-409 (extensão da Avenida Goiás, que corta a cidade), e nesta o trânsito pesado ficou autorizado somente até a abertura de outras alternativas, descritas na própria Lei (fl. 07). Essa solução, aliás, é criticável por permitir trânsito intenso na principal via da cidade, não devendo ser fomentada.

De qualquer forma, atualmente o trânsito pesado está sendo permitido fora da GO-409, margeando os Bairros Lorena e Flauzino, conforme *croquis* de fl. 08, para que quaisquer veículos pesados

e máquinas agrícolas, especialmente os da Usina Vale de Verdão, ou prestadores de serviço por ela contratados, tenham acesso à ponte sobre o Rio Verdão e, finalmente, à sede da usina, situada já no Município de Turvelândia-GO. Ou seja, novamente para o povo de Maurilândia só ficam os problemas...

É possível imaginar o desespero da população atingida, já que, conforme matérias em anexo, extraídas de sites da internet mantidos pelo próprio conglomerado Vale do Verdão, os números envolvidos são astronômicos:

- maior usina de açúcar e álcool do Estado, oitava maior do país;
- 4 milhões de toneladas de cana processadas na safra 2004/2005;
- 4,5 milhões de sacas de açúcar e 160 milhões de litros de álcool produzidos/ano;
- 51 hectares de cana plantados.

Com esse perfil, não é difícil imaginar a quantidade de máquinas agrícolas e caminhões que se movimentam diariamente durante todas as etapas de produção de álcool e do açúcar, bem como os estragos causados por onde circulam, inclusive acidentes como os retratados às fls. 09/14. Aliás, praticamente metade da população “fixa” da cidade assinou o pedido de providências, reforçando a dimensão do incômodo.

Postas as premissas acima, passo ao exame único da adequação da Ação Civil Pública no caso e saliento que as demais questões são temas de mérito e estão fora do objeto do Apelo Nobre.

De fato, é muito controvertido o assunto relativo aos limites da intervenção do Poder Judiciário nas chamadas políticas públicas. São vários os problemas jurídicos aí inseridos. Tem-se, por um lado, o debate em torno das questões orçamentárias. Tem-se, por outro, a questão do controle da conveniência e oportunidade na prática de atos administrativos. Enfim, realmente são inúmeras as facetas jurídicas que essa discussão põe em evidência.

Entretanto, nesse caso concreto, penso que a decisão do Tribunal de Justiça goiano, ao barrar o debate judicial, violou o ordenamento em vigor.

Como já dito, aqui não se discute se o Município deve ou não ser condenado judicialmente a tomar alguma providência. Isso é matéria de mérito, que deve ser analisada após a instrução e a dialética processual.

O ponto nodal é saber se o *Parquet*, como órgão vocacionado à defesa dos interesses difusos e coletivos, pode valer-se da Ação Civil Pública para, caso provada eventual omissão ilegítima do Poder Público, obter provimento jurisdicional que imponha ao Município obrigação de reordenar o tráfego de veículos pesados naquela localidade.

Se é certo que os Poderes são harmônicos entre si (art. 2º da CF/1988) e que o Executivo tem prioridade indiscutível na implementação de políticas públicas, indubitável também é que, em termos abstratos, o ordenamento jurídico em vigor permite que o Poder Judiciário seja chamado a intervir em situações nas quais a atitude ou a omissão do Administrador se afigure ilegítima.

Em outra ocasião, já tive a oportunidade de me expressar no sentido de que: “ao Poder Judiciário não é vedado debater o mérito administrativo. Se a Administração deixar de se valer da regulação para promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o ‘funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/ produtor como principalmente para o consumidor/ usuário’, haverá vício ou flagrante ilegalidade a justificar a intervenção judicial.” (REsp 1176552/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 14/09/2011).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, está atento ao assunto e tem admitido o debate de políticas públicas no bojo de ACPs, conforme os exemplos a seguir:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA.

1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.

2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes” (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012).

3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias.

4. Deve ser afastada a aplicação da Súmula 7/STJ e reconhecido a ofensa ao artigo 333, I, do CPC. Isto porque a Corte de origem faz referência a vários elementos probatórios que induzem – em tese – a existência de dano ambiental, considerando, também, que durante a tramitação do processo ocorreu significativa melhora no sistema de destinação dos resíduos sólidos, em especial, com aprovação da lei municipal regulamentando o tema. No entanto, apesar disso, o pleito do Ministério Público Estadual foi indeferido em razão da ausência de provas.

5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei nº 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54.

Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1367549/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANEAMENTO SANITÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES DO STJ. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA Nº 7 DO STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA Nº 284 DO STF.

1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva a implementação de políticas públicas ou de repercussão social, como o saneamento básico ou a prestação de serviços públicos. Nesse sentido: REsp 743.678/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/09/2009; REsp 855.181/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 18/09/2009; REsp 137.889/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 29/05/2000.

...

(AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 16/10/2013).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO CLANDESTINO. AQUISIÇÃO DE LOTES IRREGULARES. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO EM PROL DOS ADQUIRENTES FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. O Ministério Público possui legitimidade para, no âmbito de ação civil pública em que se discute a execução de parcelamento de solo urbano com alienação de lotes sem aprovação de órgãos públicos competentes, formular pedido de indenização em prol daqueles que adquiriram os lotes irregulares. E isso por três motivos principais.

2. Em primeiro lugar, porque os arts. 1º, inc. VI, e 5º, inc. I, da Lei nº 7.347/85 lhe conferem tal prerrogativa.

3. Em segundo lugar porque, ainda que os direitos em discussão, no que tange ao pedido de indenização, sejam individuais homogêneos, a verdade é que tais direitos, no caso, transbordam o caráter puramente patrimonial, na medida que estão em jogo a moradia, a saúde e o saneamento básico dos adquirentes e, além disso, valores estéticos, ambientais e paisagísticos - para dizer o mínimo - do Município (art. 1º, inc. IV, da Lei nº 7.347/85). Aplicação, com adaptações, do decidido por esta Corte Superior na IF 92/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, j. 5.8.2009.

4. Em terceiro e último lugar, porque os adquirentes, na espécie, revestem-se da qualidade de consumidor - arts. 81, p. ún., inc. III e 82, inc. I, do CDC.

5. Recurso especial provido.

(REsp 743678/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

(...)

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro



dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/09/2009).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (REsp 429570/GO, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 22.03.2004).

Como se vê, este Tribunal tem admitido a legitimidade do Ministério Público e a adequação da Ação Civil Pública como meio próprio de se buscar a implementação de políticas públicas com relevante repercussão social.

No caso dos autos, a relevância social é mais que evidente. Tudo se iniciou com uma manifestação assinada por mais de 15% da população afetada, conforme já indicado acima. Além disso, há notícia de que o intenso trânsito dos caminhões e máquinas pesadas no perímetro urbano tem causado acidentes fatais e problemas de saúde aos munícipes.

Ora, não é preciso maior reflexão para constatar que o ordenamento do trânsito de veículos no perímetro das cidades tem importância central nas sociedades modernas e repercute em inúmeros assuntos de interesse público.

Se assim é, parece-me que o acórdão *a quo*, ao não permitir já de entrada (indeferimento da inicial) o debate judicial sobre o problema daquela população, atentou contra o interesse público local.

Com efeito, o inciso I do art. 1º da Lei 7.347/1985 e o *caput* do art. 3º do mesmo diploma são claros em dispor que a Ação Civil Pública é meio processual adequado para discutir temas afetos à ordem urbanística e para a obtenção de provimento jurisdicional condenatório de obrigação de fazer. Eis os textos das referidas normas:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

....

VI - à ordem urbanística.

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

A respeito da adequação da Ação Civil Pública para veicular tema afeto à segurança no trânsito, há ao menos um precedente do STJ que serve de apoio ao raciocínio acima exposto:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL ADOÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS E DE SEGURANÇA NO TRÂNSITO. PROPOSITURA PELO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 3º, I DA LEI 6.938/81, 5º DA LEI Nº 7.347/85, 25 DA LEI 8.625/93. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuidam os autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais visando à condenação da empresa Ferrovia Centro Atlântica à obrigação de não fazer consistente em não produzir

poluição sonora mediante a emissão de ruídos acima do permitido pela legislação pertinente e a condenação desta e do Município de Divinópolis a implantarem dispositivos de segurança em todas as passagens de nível e a colocação de pessoal habilitado a operá-los durante 24:00h, assim como manter as instalações em condições de funcionamento e de segurança, tendo em vista a apuração, em inquérito civil, da ocorrência de sinistros, inclusive com a morte de pessoas ocorrida em face das precárias condições de segurança nessas passagens e da perturbação produzida pelo barulho acima do tolerado. Apreciando agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão que apreciou pedido de antecipação de tutela, o TJMG extinguiu o feito sem apreciação do mérito. Foram opostos embargos de declaração que foram rejeitados. Os acórdãos receberam ementas do seguinte teor: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PEDIDO PARA ADOÇÃO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO NO TRÂNSITO – PROPOSITURA PELO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NÃO ENQUADRAMENTO EXPLÍCITO NA LEI DE REGÊNCIA – ILEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’. Não constando expressamente na lei de regência, como proteção ao meio ambiente artificial, a adoção de medidas protetivas e de segurança ao tráfego ou trânsito de composições ferroviárias, em passagens de níveis existentes pela zona urbana, o órgão ministerial é parte ilegítima para a proposição da ação civil pública. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O JULGAMENTO DE MÉRITO – QUANTO A ESTE PEDIDO – QUE SE DECRETA DE OFÍCIO.”(fl. 273): “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E A PARTE DISPOSITIVA DO ACÓRDÃO – PRETENSÃO DE REEXAME DA MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE. Não havendo contradição entre a fundamentação e a parte dispositiva do acórdão hostilizado deixando claro o embargante que a sua pretensão é de reexame da matéria, porque sustenta em última análise o desacerto ou equívoco da decisão, pretensão defesa para os estritos limites dos embargos de declaração é de se rejeitar os embargos.

REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE SE IMPÕE.”(fl. 300). Descontente, o *Parquet* interpôs recurso especial pela letra *a* da permissão constitucional alegando violação dos artigos 535 do Código de Processo Civil; 3º, III, *a* da Lei 6938/81; 12 e 13 do Decreto Federal 1.832/96; 25, IV *a* da Lei 8.625/93 e 83 da Lei 8078/90, por entender que: a) o acórdão incorreu em omissão quando deixou de enfrentar a questão relativa à arguição de legitimidade do Ministério Público para defesa da ordem urbanística de patente interesse social; b) o órgão ministerial está legitimado, dentre outras hipóteses, a propor ação civil pública objetivando defender e assegurar a segurança do

trânsito, matéria de ordem urbanística, com vistas à proteção de direitos difusos e coletivos. Contrarrazões ao recurso especial pela Ferrovia Centro Atlântica S/A (fls. 351/358) alegando ausência de prequestionamento e ilegitimidade *ad causam* da recorrente.

2. Não merece a pecha de omissa o acórdão que não deixou de fundamentar as razões que levaram às conclusões por ele firmadas. O fato de não ter abordado um a um os temas suscitados pela parte não conduz à sua anulação por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

3. O direito à segurança pode ser objeto de ação civil pública ambiental nos termos do art. 1º, IV da Lei nº 7.347/1985, 83 do CDC e 3º, I, a, da Lei 6938/81 e figura entre os chamados direitos humanos fundamentais ou direitos de quarta geração. Se o Estado não toma as medidas necessárias a assegurar a proteção desse direito, cumprindo com o seu dever institucional, o Ministério Público, no exercício da sua atribuição legal, está legitimado para propor ação civil pública objetivando “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º ACP), constituindo autêntica obrigação de fazer a prestação de segurança à população, que pode e deve ser prestada jurisdicionalmente, no caso de omissão do Poder Público”.

*4. Recurso especial provido para admitir a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa da segurança do trânsito, matéria relativa à ordem urbanística, com vistas à proteção de direitos difusos e coletivos, devendo o juízo recorrido julgar o mérito como entender de direito. (REsp 725257/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 252).*

Assim, fica evidente que o inciso I do art. 1º e o *caput* do art. 3º da Lei 7.347/1985 foram violados.

Forte nas razões acima, conheço em parte do Recurso Especial e, nesta extensão, dou-lhe provimento para afastar a carência de ação decretada pelo Tribunal *a quo* e determinar o prosseguimento da Ação Civil Pública.

No mérito, é evidente, poderão ser discutidas todas as questões existentes, uma vez que, obviamente, elas não se resumem, a saber, se a obra é necessária ou não, havendo questões outras como saber se o pequeno Município dispõe de recursos suficientes para fazer a obra, se não haveria necessidades ainda mais prementes da população ou forma alternativa de solucionar o problema.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2011/0069820-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.294.451 / GO

Números Origem: 1394803 200900462420

PAUTA: 01/09/2016

JULGADO: 01/09/2016

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE MAURILÂNDIA

ADVOGADO : WILMAR ANTÔNIO DE LISBOA E OUTRO(S) - GO012144

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO  
– Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques e a Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.





**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM  
RESP Nº 1.549.544 / RIO GRANDE DO SUL  
(2015/0202020-0)**

**RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER**

EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMBARGADO: PAULO ROBERTO DE BARROS

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO SABRINA GAZZOLA TATIM – RS063032

**EMENTA**

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE PRATICADA NOS 12 MESES ANTEREDENTES AO DECRETO PRESIDENCIAL. HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE DE NÃO CONCESSÃO DA COMUTAÇÃO.

I. Não haverá o direito de comutação de pena, o apenado que praticar falta grave no lapso de 12 meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial, desde que homologada a falta, ainda que a decisão seja posterior ao Decreto.

II. *In casu*, o reeducando fugiu em 09/12/2013, sendo recapturado em março/2014, com homologação da falta grave, logo, adequada a não concessão da comutação. Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, dando-se provimento ao recurso especial para cassar o benefício concedido ao apenado.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com as ressalvas do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz (com ressalvas), Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

## MINISTRO FELIX FISCHER

Relator

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de recurso de embargos de divergência interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL em face de v. acórdão proferido pela Sexta Turma desta Corte, de relatoria do em. Ministro Sebastião Reis Júnior, que negou provimento ao agravo regimental, conforme ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.172/2013. COMUTAÇÃO. FALTA GRAVE NOS DOZE MESES ANTERIORES AO DECRETO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO NESTE PERÍODO. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO À CONCESSÃO DA COMUTAÇÃO.

1. Apenas as faltas graves homologadas pelo juiz dentro dos doze meses anteriores à publicação do decreto presidencial serão impedimento para a concessão da comutação.
2. *In casu*, a falta foi praticada em 9/12/2013, contudo apenas foi homologada em 25/3/2014, fora, portanto, do período de doze meses que antecedem à publicação do Decreto nº 8.172/2013 (24/12/2013).
3. Agravo regimental improvido (fl. 126).

Assim sendo, houve interposição do recurso, sustentando o Embargante divergência jurisprudencial com v. acórdão prolatado pela Quinta Turma nos autos do AgRG no Recurso especial 1.478.459/RS, de relatoria do em. Min. Jorge Mussi, citando ainda decisão monocrática proferida em Agravo em *Habeas Corpus* de relatoria do em. Ministro Sebastião Reis Júnior, bem como decisão monocrática proferida pela em. Ministra Maria Thereza.

Intimado, o Embargado apresentou impugnação pugnando pela rejeição dos embargos de divergência, consolidando-se o entendimento firmado no acórdão embargado no âmbito da Terceira Seção.

É o relatório.



## EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE PRATICADA NOS 12 MESES ANTEREDENTES AO DECRETO PRESIDENCIAL. HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE DE NÃO CONCESSÃO DA COMUTAÇÃO.

I. Não haverá o direito de comutação de pena, o apenado que praticar falta grave no lapso de 12 meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial, desde que homologada a falta, ainda que a decisão seja posterior ao Decreto.

II. *In casu*, o reeducando fugiu em 09/12/2013, sendo recapturado em março/2014, com homologação da falta grave, logo, adequada a não concessão da comutação. Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, dando-se provimento ao recurso especial para cassar o benefício concedido ao apenado.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Inicialmente, imperioso ressaltar a importância do presente recurso de embargos de divergência, que tem por finalidade precípua a consolidação de jurisprudência no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal e Colendo Superior Tribunal de Justiça, de modo a evitar julgamentos completamente distintos por Turmas integrantes desses Órgãos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o mencionado recurso detém grande relevância, considerando ser o Tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência no âmbito nacional, no tocante às interpretações da legislação infraconstitucional, logo, de maior abrangência.

Assim, é de suma importância o enfrentamento de matérias decididas de forma contraditória no âmbito desta Terceira Seção, a qual possui competência criminal, de modo a evitar incertezas jurídicas, com decisões opostas entre a Quinta e Sexta Turmas.

Os embargos de divergência garantem não apenas a segurança jurídica, mas a consequente diminuição de recursos quando da consolidação da jurisprudência, com obediência ao princípio da celeridade jurídica, evitando-se proliferação recursal.

Citamos, assim, a obra dos Autores Teresa Wambier, Maria Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério Mello. (*Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.):

Os embargos de divergência foram bastante alterados, principalmente quanto as suas hipóteses de cabimento. Procurou-se dar aos embargos de divergência bastante rendimento, de molde a

que cumpram com eficiência a sua função que é, em última análise, a de desestimular recursos para o STJ ou STF. Isto porque o fato de haver tese jurídica sobre a qual haja divergência interna *corporis*, no Tribunal Superior, é elemento que, obviamente, estimula recursos. O objetivo dos embargos de divergência é exata e precisamente o de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, internamente.

*In casu*, claramente se observa a divergência entre o acórdão embargado e paradigma, que espelha a oposição dos julgamentos sobre a matéria do presente recurso.

A divergência consiste na possibilidade de se negar o benefício de comutação quando o apenado tiver praticado falta grave nos 12 (doze) meses anteriores à publicação do Decreto, com decisão homologatória proferida posteriormente.

O acórdão embargado demonstrou somente ser possível a não concessão do benefício quando, além de praticada a falta grave, houver homologação dentro do prazo de 12 (doze) que antecederam o decreto presidencial, conforme se extrai da própria ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.172/2013. COMUTAÇÃO. FALTA GRAVE NOS DOZE MESES ANTERIORES AO DECRETO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO NESSE PERÍODO. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO À CONCESSÃO DA COMUTAÇÃO.

1. Apenas as faltas graves homologadas pelo juiz dentro dos doze meses anteriores à publicação do decreto presidencial serão impedimento para a concessão da comutação.
2. *In casu*, a homologação não ocorreu no período de doze meses que antecedem à publicação do decreto, uma vez que a falta foi praticada em 19/8/2013, porém, até a data do julgamento do agravo em execução no Tribunal *a quo* (fevereiro de 2015), não tinha sido homologada a decisão.
3. Agravo regimental improvido.

Em contrapartida, o acórdão apontado como paradigma firmou posicionamento de ser prescindível que a homologação da falta grave ocorra dentro do prazo de 12 (doze) meses, bastando que a falta grave tenha ocorrido neste interregno.

Na situação dos autos, o reeducando fugiu “em 09/12/2013, com recaptura em 25/03/2014” (fl. 135), logo, a homologação da falta somente ocorreu após publicação do Decreto.

No julgamento do Recurso Especial 1.364.192/RS, em regime repetitivo, a Terceira Seção definiu que “não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão

deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos”.

O Decreto Presidencial que tratou da matéria de concessão de indulto natalino e comutação de penas assim dispôs:

Art. 5º. A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.

A Quinta Turma, interpretando-se de forma literal o artigo, firmou-se no sentido de que o prazo de 12 (doze) meses limita tão somente a expressão “por falta disciplinar grave” e não todo o artigo, uma vez que a homologação não fica condicionada ao mencionado tempo.

Em outras palavras, somente a falta grave está condicionada ao lapso anterior ao Decreto, mas o processo administrativo para apuração e a homologação da falta podem ocorrer após o Decreto.

Ressalta-se que, nem mesmo por força do disposto no §1º do artigo 5º do Decreto, poder-se-ia conceder ao Apenado a comutação, uma vez que a notícia da falta grave não ocorreu somente após o decreto, mas antes de sua publicação, uma vez que o recorrido se evadiu em 9/12/2015.

Comparando-se os arestos, observa-se que o em. Ministro Relator consignou no acórdão embargado que “apesar dos argumentos apresentados pelo Ministério Público estadual, entendendo, conforme delineado na decisão agrava, que o *caput* e o §1º do art. 5º do Decreto presidencial nº 8.172/2013 são claros ao definir que apenas faltas graves homologadas pelo juiz dentro do período esboçado serão impedimento para concessão do indulto”.

Enquanto isso, o acórdão paradigma de relatoria do em. Ministro Jorge Mussi, no AgRg no REsp 1.478.459/RS, foi redigido da seguinte forma:

Pela redação da norma de regência vê-se que a prática de falta grave impede a concessão da comutação quando: a) a infração tenha sido cometida nos 12 meses anteriores à sua publicação; b) tenha havido a homologação pelo juízo competente.

A menção ao prazo de 12 meses, pois, não se refere à homologação da falta, mas tão-somente ao seu efetivo cometimento.

A divergência é evidenciada, e, com a devida vênia, conforme dito, entendendo acertado a posição firmada no acórdão paradigma.

Objetivando demonstrar que esse é o entendimento reforçado na Quinta Turma, transcrevo abaixo alguns julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.380/2014. FALTA GRAVE. APURAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO NOS ÚLTIMOS DOZE MESES ANTERIORES À EDIÇÃO DA NORMA. DESNECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para fins de concessão de indulto ou comutação de penas, o prazo de 12 (doze) meses a que se refere o decreto presidencial diz respeito ao cometimento da falta grave e não a sua homologação ou eventual aplicação de sanção. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp nº 1.593.381/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 24/8/2016).

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. COMUTAÇÃO. DECRETO Nº 7.648/2011. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO*.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Para impedir a comutação de pena mostra-se necessário que a falta grave seja homologada, todavia, não foi estipulado nenhum prazo para homologação no decreto presidencial, bastando que ela ocorra dentro do prazo prescricional. O limite temporal de doze meses anteriores à publicação é somente em relação à prática da falta disciplinar, não incidindo sobre o prazo da apuração.

*Habeas corpus não conhecido* (HC nº 317.211/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 30/5/2016).

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO Nº 8.380/2014. FALTA GRAVE PRATICADA NOS DOZE MESES ANTERIORES AO DECRETO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO*.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação

jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Decreto nº 8.380/2014 exige a homologação da falta grave, mas não prevê que a apuração ocorra nos doze meses anteriores à sua publicação, ressaltando, contudo, a necessidade de ser garantido o contraditório e a ampla defesa e respeitado o lapso prescricional. Não havendo nos autos notícia de instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD), tampouco da homologação judicial da falta grave, conclui-se que a comutação de pena foi indeferida com fundamento em falta disciplinar não homologada, o que constitui flagrante ilegalidade.

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do pedido de indulto da paciente, observando o que determina o Decreto nº 8.380/2014 (HC nº 350.021/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 28/4/2016).*

Contudo, aduziu o Ministério Público em sua peça recursal existir oscilação no âmbito da Sexta Turma, uma vez que, em 5/6/2015, foi proferida decisão no HC nº 295.382/MG pelo em. Ministro Relator do acórdão embargado no mesmo sentido definido pela Quinta Turma, porém ao julgar o presente processo, em 1/10/2015, a col. Sexta Turma novamente modificou o entendimento.

Observa-se ainda que, em setembro, no julgamento do AgRg no REsp nº 1.477.886/RS, de relatoria do em. Ministro Rogério Schietti Cruz, a Sexta Turma novamente afirmou que somente a falta grave devidamente homologada no prazo de 12 (doze) meses anteriores ao decreto pode ser empecilho à concessão do benefício.

Ressalta-se que, contra este acórdão, também foram interpostos embargos de divergência que estão pendentes de apreciação pela Terceira Seção.

Não obstante, ao decidir o AgInt no REsp nº 1.574.997/MG e AgRg no AREsp nº 853.315/MG, a Sexta Turma decidiu no mesmo sentido do acórdão paradigma, nos termos das ementas abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CONTRARIEDADE AO ART. 52 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 8.172/2013. COMUTAÇÃO. FALTA GRAVE NOS DOZE MESES ANTERIORES AO DECRETO. HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR AO PERÍODO. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO NÃO UTILIZADO COMO PARADIGMA

**PARA CONFRONTO. VEICULAÇÃO DE PRECEDENTE DESTA CORTE. MÉRITO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.**

1. A pretensão do recorrente em sede de recurso especial não envolve a análise do conteúdo fático-probatório, mas, sim, a verificação de ofensa ao art. 52 da Lei de Execução Penal, confrontada com o Decreto nº 8.172/2013, notadamente quanto à necessidade de apuração e homologação da falta grave até a publicação do referido decreto presidencial, para a concessão do benefício requerido, não sendo o caso de aplicação da Súmula 7/STJ.

2. A alegação de ausência de cotejo analítico não merece prosperar; de um lado, porque a insurgência teve como fundamento a alínea *a* do permissivo constitucional; de outro, porque o julgado colacionado (HC nº 273.500/SP) teve como escopo a função de ilustrar entendimento já adotado por esta Corte de Justiça, não a de servir como base para o cotejo analítico em dissídio jurisprudencial.

3. A Sexta Turma passou a entender que a prática da falta grave nos doze meses anteriores à edição do decreto impede a concessão da comutação, mesmo que a homologação do procedimento disciplinar tenha ocorrido após esse prazo.

4. Impor que a apuração seja finalizada dentro do lapso temporal mencionado implica tornar sem efeito a norma e conferir real imunidade a todos os apenados que cometam falta grave próximo ao final do ano, já que, nessa hipótese, a apuração da infração dificilmente poderá ser concluída antes da edição do tradicional Decreto de indulto natalino (HC nº 335.248/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/12/2015).

5. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp nº 1.574.997/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 7/6/2016).

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DA PENA. DECRETO Nº 7.648/2011. FALTA GRAVE PRATICADA NO PRAZO MENCIONADO PELA NORMA. APURAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 568/STJ.**

1. A prática de falta grave não interrompe o prazo para a concessão do benefício da comutação (Súmula 535/STJ). A concessão de tal benesse, no entanto, fica condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial instituidor (REsp nº 1.364.192/RS, representativo da controvérsia, Terceira Seção, DJe 17/9/2014).

2. No caso, o Decreto nº 7.648/2011 condicionou o benefício à inexistência de falta grave praticada no período de doze meses

contados retroativamente à publicação do ato. A Corte de origem firmou que o agravado cometeu falta nesse período, o que obsta a concessão da benesse.

3. É irrelevante que a homologação tenha ocorrido posteriormente, pois tal requisito não se encontra previsto no decreto presidencial. Ademais, interpretação em sentido contrário tornaria sem efeito a norma em casos de faltas cometidas próximas à edição do decreto, ante a impossibilidade de sua apuração e homologação em tempo exíguo. Precedentes desta Corte. Incidência da Súmula 568/STJ.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp nº 853.315/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 9/6/2016).

Desse modo, embora os dois julgados recentes da Sexta Turma estejam em conformidade com o acórdão paradigma proferido pela Quinta Turma, é de suma importância a apreciação pela Terceira Seção para evitar oscilação sobre a matéria, com o enfrentamento da divergência apresentada no presente recurso.

Por fim, registra-se que, a manutenção do entendimento adotado pacificamente pela Quinta Turma harmoniza-se com a orientação de ser de natureza declaratória a decisão proferida pelo juízo da execução, seja deferindo progressão, seja determinando regressão por faltas graves.

Nesse sentido, ilustramos:

*Habeas Corpus*. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do *habeas corpus* a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida (HC nº 115.254/SP, Segunda Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJe de 26/2/2016).

Ante o exposto, conheço dos embargos de divergência, para dar-lhes provimento, mantendo-se o entendimento firmado no acórdão paradigma proferido no julgamento do AgRg no REsp nº 1.478.459/RS, em consequência, dou provimento ao Recurso Especial para cassar o benefício de comutação do Apenado.

É o voto.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

A questão trazida nos autos cinge-se à possibilidade de homologação de falta disciplinar de natureza grave após a promulgação do decreto presidencial de indulto a fim de obstar a concessão do benefício.

Urge salientar que a concessão de indulto ou comutação de penas *constitui favor legal, concedido pelo Presidente da República, em caráter taxativo quanto aos requisitos legais para sua obtenção, o qual não comporta outras hipóteses fora da sua própria disciplina* para afastar o direito do apenado ao benefício postulado. Tal caráter taxativo adquire crucial importância quando contraposto ao fato de que os decretos presidenciais relativos aos benefícios supramencionados são anuais, ou seja, os requisitos necessários ao deferimento das benesses são periodicamente alterados, de forma que se enfrenta ampla dificuldade na tentativa de realizar uma leitura linear das exigências a serem satisfeitas.

No que tange ao óbice criado pela prática de infração disciplinar grave não é diferente. Para ilustrar essa conjuntura, traço uma breve análise sobre os decretos presidenciais publicados nos últimos 15 anos.

No Decreto nº 4.011/2001, por exemplo, estaria apto à concessão do indulto ou da comutação de penas o condenado que *“não tenha cometido falta grave apurada na forma prevista na Lei nº 7.210, de 1984, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena, computada a detração”*, consoante disposição do art. 3º, I. Dessa forma, seria possível concluir ser despicienda a discussão acerca da homologação da falta, porquanto a letra do decreto não faz referência ao reconhecimento judicial da infração, mas tão somente ao procedimento administrativo disciplinar.

Já o art. 3º, I, do Decreto nº 4.495/2002, prevê que os benefícios são devidos ao reeducando que *“não tenha sofrido sanção disciplinar por falta grave, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei nº 7.210, 1984, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente a partir da publicação deste Decreto, computada a detração”*. Assim, percebe-se que aqui o deferimento da benesse está condicionado à inexistência de sanção, de maneira que *apenas a prática da falta não obsta a sua concessão*.

Por sua vez, está disposto no art. 3º, I, do **Decreto nº 4.904/2003**, que constitui requisito para a concessão do indulto ou da comutação, que o condenado *“não tenha sofrido sanção disciplinar por falta grave, praticada nos últimos doze meses do*



*cumprimento da pena, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei nº 7.210, de 1984, contados retroativamente a partir da publicação deste Decreto, computada a detração de que trata o art. 42 do Código Penal, sendo que, em caso de crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, a aferição temporal estende-se aos últimos vinte e quatro meses”. Novamente, apenas a aplicação de sanção é capaz de impedir a aquisição dos benefícios.*

No período de 2004 a 2007, a redação dos decretos presidenciais passa a exigir unicamente a prática da falta grave, sem qualquer menção à necessidade de homologação em Juízo ou aplicação de sanção. Pode-se constatar a alteração a partir da leitura, por exemplo, do art. 4º do **Decreto nº 6.294/2007**, segundo o qual *“A concessão dos benefícios deste Decreto fica condicionada à inexistência de falta disciplinar de natureza grave cometida nos últimos doze meses de cumprimento da pena, e, no caso de crime militar, da inexistência de falta disciplinar prevista nos respectivos regulamentos disciplinares, verificada nos últimos doze meses de cumprimento da pena, contados, em ambos os casos, retroativamente à publicação deste Decreto.”*

O Decreto nº 6.706/2008 retoma a redação em que apenas a imposição de sanção impediria a concessão dos benefícios do indulto ou da comutação de penas, independentemente de reconhecimento judicial da infração disciplinar.

Nos decretos presidenciais publicados entre 2009 e 2015, a concessão do indulto ou da comutação continua *vinculada à inexistência de aplicação de sanção*, de modo que a mera prática da falta não constitui, *per si*, óbice ao deferimento do favor legal, embora seja exigido também o reconhecimento judicial da infração. Trago à baila o texto do art. 5º do Decreto nº 8.172/2013, conforme o qual:

*A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.*

Portanto, da leitura dos decretos elencados, depreendem-se os embaraços que circundam a análise das exigências neles impostas, as quais, muitas vezes, não encontram similaridade sequer entre anos consecutivos. O caso em análise, por exemplo, subsume-se ao texto do Decreto nº 8.172/2013, de forma que não basta apenas a prática da falta grave nos doze meses que antecedem sua publicação, *mas a aplicação de sanção, que, caso não houvesse ocorrido antes do pleito defensivo, permitiria a concessão da benesse.*

Saliento a necessidade de que o exame do preenchimento dos requisitos necessários ao indulto e a comutação de penas esteja atrelado única e exclusivamente

ao respectivo decreto presidencial. Caso, ao tempo do pedido, estejam adimplidas as exigências para o deferimento da benesse, **é defeso ao Magistrado da execução penal a desarrazoada postergação da análise do pleito defensivo**, o que ensejaria a manutenção injustificada de inúmeros reeducandos no cárcere, incompatível, assim, com os propósitos da indulgência legal.

Com essas ressalvas, acompanho o Relator.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2015/0202020-0 PROCESSO ELETRÔNICO EREsp nº 1.549.544 /RS  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01428487820158217000 03251934620148217000  
1428487820158217000

3251934620148217000 461857 70061326302 70064574700

PAUTA: 14/09/2016 JULGADO: 14/09/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

#### **AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMBARGADO: PAULO ROBERTO DE BARROS

ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO SABRINA GAZZOLA TATIM - RS063032

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL – Execução Penal

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso de embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com as ressalvas do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Rogerio Schietti Cruz (com ressalvas), Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



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 “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai

Sentença de 2 de Setembro de 2004  
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No caso do “*Instituto de Reeducação do Menor*”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte”, “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juizes:

Sergio García Ramírez, Presidente;

Alirio Abreu Burelli, Vice-Presidente;

Oliver Jackman, Juiz;

Antônio A. Cançado Trindade, Juiz;

Cecilia Medina Quiroga, Juíza;

Manuel E. Ventura Robles, Juiz;

Diego García-Sayán, Juiz, e

Víctor Manuel Núñez Rodríguez, Juiz ad hoc;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”)<sup>1</sup> e o artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”), profere a presente Sentença.

## I

### INTRODUÇÃO DA CAUSA

1. Em 20 de maio de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) apresentou à Corte uma demanda contra o Estado do Paraguai (doravante denominado “o Estado” ou “o Paraguai”), que se originou na denúncia nº 11.666, recebida na Secretaria da Comissão em 14 de agosto de 1996.

2. A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 61 da Convenção Americana, com o propósito de que a Corte decidisse se o Estado violou, em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) deste

<sup>1</sup> A presente Sentença é proferida em conformidade com o Regulamento aprovado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, por meio da Resolução de 24 de novembro de 2000, o qual entrou em vigor em 1º de junho de 2001, e em conformidade com a reforma parcial aprovada pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, por meio da Resolução de 25 de novembro de 2003, vigente desde 1º de janeiro de 2004.

tratado, o artigo 4 (Direito à Vida) da Convenção pela morte dos internos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez,<sup>2</sup> Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo,<sup>3</sup> Sergio David Poletti Domínguez,<sup>4</sup> Mario Álvarez Pérez,<sup>5</sup> Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo<sup>6</sup> e Carlos Raúl de la Cruz,<sup>7</sup> ocorridas como consequência de um incêndio, e de Benito Augusto Adorno, falecido por um disparo de arma de fogo. Além disso, a Comissão solicitou que a Corte decidisse se o Estado violou o artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) da Convenção Americana, em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 da mesma, pelos ferimentos e intoxicações causados em três incêndios no Instituto aos meninos Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete,<sup>8</sup> Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez,<sup>9</sup> Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón,<sup>10</sup> Miguel Coronel,<sup>11</sup> César Ojeda,<sup>12</sup> Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto González Franco,<sup>13</sup> Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González,<sup>14</sup> Julio César García, José Amado Jara Fernando,<sup>15</sup> Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Osvaldo Espinola Mora,<sup>16</sup> Hugo Antonio Quintana

<sup>2</sup> Este nome aparece também como Marcos Antonio Jiménez. Doravante, a Corte utilizará o nome Marco Antonio Jiménez.

<sup>3</sup> Este nome aparece também como Sergio Daniel Vega. Doravante, a Corte utilizará o nome Sergio Daniel Vega Figueredo.

<sup>4</sup> Este nome aparece também como Sergio David Poletti. Doravante, a Corte utilizará o nome Sergio David Poletti Domínguez.

<sup>5</sup> Este nome aparece também como Mario del Pilar Álvarez, como Mario Álvarez Pérez, e como Mario Álvarez. Doravante, a Corte utilizará o nome Mario del Pilar Álvarez Pérez.

<sup>6</sup> Este nome aparece também como Antonio Escobar. Doravante, a Corte utilizará o nome Antonio Damián Escobar Morinigo.

<sup>7</sup> Este nome aparece também como Carlos de la Cruz. Doravante, a Corte utilizará o nome Carlos Raúl de la Cruz.

<sup>8</sup> Este nome aparece também como José Milciades Cañete Chamorro. Doravante, a Corte utilizará o nome José Milciades Cañete Chamorro.

<sup>9</sup> Este nome aparece também como Arcenio Joel Barrios Báez. Doravante, a Corte utilizará o nome Arsenio Joel Barrios Báez.

<sup>10</sup> Este nome aparece também como Osmar Verón López. Doravante, a Corte utilizará o nome Osmar López Verón.

<sup>11</sup> Este nome aparece também como Miguel Ángel Coronel Ramírez, e como Miguel Coronel Ramírez. Doravante, a Corte utilizará o nome Miguel Ángel Coronel Ramírez.

<sup>12</sup> Este nome aparece também como César Fidelino Ojeda Ramírez, e como César Fidelino Ojeda. Doravante, a Corte utilizará o nome César Fidelino Ojeda Acevedo.

<sup>13</sup> Este nome aparece também como Sixto González Franco. Doravante, a Corte utilizará o nome Sixto González Franco.

<sup>14</sup> Este nome aparece também como Clemente Luis Escobar, e como Clementino Luis Escobar. Doravante, a Corte utilizará o nome Clemente Luis Escobar González.

<sup>15</sup> Este nome aparece também como José Amado Jara Fernández, e como José Amado Jara. Doravante, a Corte utilizará o nome José Amado Jara Fernández.

<sup>16</sup> Este nome aparece também como Osvaldo Mora Espinola. Doravante, a Corte utilizará o nome Osvaldo Mora Espinola.

Vera,<sup>17</sup> Juan Carlos Viveros Zarza,<sup>18</sup> Eduardo Vera, Ulises Zelaya Flores,<sup>19</sup> Hugo Olmedo, Rafael Aquino Acuña,<sup>20</sup> Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz B.<sup>21</sup> e Carlos Raúl Romero Giacomo.<sup>22</sup>

3. Da mesma forma, a Comissão solicitou à Corte que declarasse a violação dos artigos 5 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Direito à Liberdade Pessoal), 19 (Direitos da Criança), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, todos eles em relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos meninos internos no Instituto de Reeducação do Menor "*Coronel Panchito López*" (doravante denominado "o Instituto" ou o "Instituto '*Panchito López*'") entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001 e daqueles internos que posteriormente foram enviados às penitenciárias de adultos do país.

4. A Comissão argumentou que este Instituto representou a manutenção de um sistema de detenção contrário a todos os padrões internacionais relativos à privação de liberdade de crianças, em razão das supostas condições inadequadas sob as quais estavam reclusos, a saber: superpopulação, superlotação, insalubridade, falta de infraestrutura adequada, bem como guardas penitenciários em número insuficiente e sem capacitação adequada.

5. Segundo a Comissão, após cada um dos três incêndios, a totalidade ou parte das supostas vítimas foram transferidas a penitenciárias para adultos do país; além disso, foi alegado que a grande maioria de meninos transferidos a penitenciárias para adultos não haviam sido condenados, com o agravante de que se encontravam espalhados pelo território nacional, afastados de seus defensores legais e de seus familiares.

6. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que, em conformidade com o artigo 63 da Convenção, ordenasse ao Estado que garantisse às supostas vítimas e, se fosse o caso, a seus familiares, o gozo dos direitos violados; ademais, pediu ao Tribunal que ordenasse ao Paraguai a adoção de determinadas medidas de reparação pecuniárias e não pecuniárias.

## II COMPETÊNCIA

7. O Paraguai é Estado-Parte na Convenção Americana desde 24 de agosto de 1989 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 26 de março de 1993.

<sup>17</sup> Este nome aparece também como Hugo Vera Quintana. Doravante, a Corte utilizará o nome Hugo Antonio Vera Quintana.

<sup>18</sup> Este nome aparece também como Juan Carlos Zarza. Doravante, a Corte utilizará o nome Juan Carlos Zarza Viveros.

<sup>19</sup> Este nome aparece também como Cândido Ulice Zelaya Flores. Doravante, a Corte utilizará o nome Cândido Ulises Zelaya Flores.

<sup>20</sup> Este nome aparece também como Rafael Oscar Aquino Acuña. Doravante, a Corte utilizará o nome Oscar Rafael Aquino Acuña.

<sup>21</sup> Este nome aparece também como Aristides Ramón Ortiz Bernal. Doravante, a Corte utilizará o nome Aristides Ramón Ortiz Bernal.

<sup>22</sup> Este nome aparece também como Carlos Raúl Romero García. Doravante, a Corte utilizará o nome Carlos Raúl Romero Giacomo.

Portanto, a Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção.

### III

#### PROCEDIMENTO PERANTE A COMISSÃO

8. Em 14 de agosto de 1996, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL” ou “as representantes”) e a Fundação Tekojojá apresentaram a denúncia à Comissão Interamericana.

9. Em 27 de agosto de 1996, a Comissão abriu o caso sob o nº 11.666.

10. Em 27 de abril de 1997, os peticionários manifestaram sua disposição de chegar a uma solução amistosa, de maneira que, em 8 de maio do mesmo ano, a Comissão se pôs à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa.

11. No âmbito do processo de solução amistosa foram realizadas diversas reuniões entre as partes. Além disso, a Comissão realizou três audiências durante seus períodos de sessões.

12. Em 23 de março de 1999, no âmbito de uma reunião de solução amistosa na sede da Comissão, o Estado se comprometeu a apresentar um cronograma sobre as atividades que estavam sendo realizadas para o fechamento definitivo do Instituto. De 28 a 30 de julho de 1999, a Comissão realizou uma visita *in loco* ao Paraguai. Em julho de 1999, o Estado apresentou um cronograma de atividades dirigidas ao fechamento definitivo do Instituto, no qual se projetava a transferência definitiva das supostas vítimas para o fim de novembro do mesmo ano.

13. Em 11 de fevereiro de 2000, ocorreu o primeiro incêndio no Instituto, sobre o qual o Estado enviou um relatório à Comissão em 20 de março de 2000, em resposta a um pedido da Comissão de 24 de fevereiro do mesmo ano.

14. Em 4 de abril de 2000, no âmbito do processo de solução amistosa, o Paraguai informou à Comissão sobre a transferência de 40 meninos para o Centro Educativo Integral Itauguá.

15. Em 10 de outubro de 2000, a Comissão, durante seu 108º Período de Sessões, realizou uma nova audiência na qual o Estado assumiu novamente o compromisso de fechar definitivamente o Instituto “*Panchito López*” em um prazo de seis meses, contados a partir da data da audiência. A Comissão estabeleceu que, uma vez vencido este prazo, se o Instituto não houvesse sido fechado definitivamente, concluiria sua intervenção como órgão de solução amistosa e prosseguiria com a tramitação do caso em conformidade com a Convenção.

16. Em 1º de março de 2001, depois de um segundo incêndio ocorrido no Instituto em 5 de fevereiro de 2001, a Comissão realizou uma nova audiência. Nela, o Paraguai se comprometeu pela terceira vez a fechar definitivamente o Instituto no mais tardar no final de junho de 2001. A Comissão declarou que, caso não se efetuasse este fechamento no prazo mencionado, o qual considerou improrrogável, concluiria

sua intervenção como órgão de solução amistosa e prosseguiria com a tramitação do caso em conformidade com a Convenção.

17. Em 25 de julho de 2001, ocorreu um novo incêndio no Instituto e, nessa data, os peticionários se retiraram do processo de solução amistosa.

18. Em 26 de julho de 2001, foi encerrado o processo de solução amistosa. A Comissão solicitou ao Estado que apresentasse suas observações finais sobre o mérito da petição no prazo de dois meses e fixou uma audiência para a discussão do mesmo.

19. Em 30 de julho de 2001, o Estado enviou  Comissão um relatório sobre o incêndio ocorrido em 25 de julho de 2001 e anunciou o fechamento definitivo do Instituto, bem como a transferência de 255 internos a distintas penitenciárias para adultos do país.

20. Os peticionários solicitaram medidas cautelares para o menino Benito Augusto Adorno, que havia sido ferido por um disparo de arma de fogo por um dos guardas em 25 de julho de 2001 e para os 255 meninos transferidos a distintas penitenciárias do país devido ao fechamento do Instituto.

21. Em 8 de agosto de 2001, a Comissão solicitou as seguintes medidas cautelares ao Estado:

1. Fornecer atendimento médico e os medicamentos necessários ao menor Benito Augusto Adorno.
2. Efetuar a transferência imediata dos menores para o Centro Educativo Itaiguá, tal como o governo [...] se comprometeu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou preparar outras instalações que permitam abrigar os menores que atualmente se encontram em penitenciárias de adultos.
3. Garantir a completa separação de menores e adultos no plano temporário de realocação dos menores nas penitenciárias antes mencionadas.
4. Facilitar o acesso dos menores a seus defensores legais e a suas visitas familiares.
5. Investigar os fatos que deram origem às presentes medidas e punir os responsáveis.

22. Em 24 de outubro de 2001, o Estado enviou  Comissão Interamericana a informação pedida por esta em 26 de julho de 2001 (par. 18 *supra*).

23. Em 12 de novembro de 2001, durante seu 113 Período de Sessões, a Comissão recebeu informação que afirmava que o jovem Benito Augusto Adorno havia falecido como consequência de ferimento por disparo de arma de fogo recebido no Instituto em 25 de julho de 2001.

24. Em 3 de dezembro de 2001, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 126/01, no qual concluiu que:

A República do Paraguai violou o direito à vida, protegido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 4, em detrimento de Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marcos Antonio Giménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo, Carlos Raúl de la Cruz e Benito Augusto Adorno.

A República do Paraguai violou o direito à integridade física, protegido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 5, em detrimento de Abel Achar Acuña, José Milicades Cañete, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Carlos Raúl de la Cruz, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Coronel, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Antonio Escobar, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto González Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernando, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Osvaldo Espínola Mora, Hugo Antonio Vera Quintana y Juan Carlos Vivero Zarza, Eduardo Vera, Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silquero, Aristides Ramón Ortiz Bernal e Carlos Raúl Romero Giacomo, como consequência dos ferimentos e intoxicações sofridos durante os diferentes incêndios ocorridos, e de todos os meninos e adolescentes internos no Instituto “*Panchito López*”, desde agosto de 1996 até julho de 2001, e, posteriormente, enviados às penitenciárias de adultos do país.

A República do Paraguai violou os direitos protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seus artigos 5 (direito à integridade pessoal), [...] 7 (direito à liberdade pessoal), [...] 19 (direitos da criança), [...] 8 (garantias judiciais) e [...] 25 (proteção judicial), em detrimento dos meninos e adolescentes internos no Instituto de Reeducação do Menor “*Panchito López*” entre agosto de 1996 e julho de 2001 e posteriormente enviados às penitenciárias de adultos do país. Em virtude destas violações, o Estado paraguaio descumpriu também sua obrigação de respeitar e garantir o gozo desses direitos em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção.

25. Com base nestas conclusões, a Comissão recomendou ao Estado:

1. Transferir imediatamente os meninos e adolescentes a centros adequados e separados dos centros de reclusão de adultos e descartar esta medida como solução de longo prazo para o problema de alojamento dos internos.
2. Adotar as medidas necessárias para que o Código da Infância e Adolescência entre em vigência em sua totalidade de maneira imediata.
3. Adotar as medidas necessárias para garantir o efetivo direito de defesa das crianças e adolescentes, reduzir o tempo de duração da prisão preventiva e expandir o uso de medidas alternativas à privação da liberdade.
4. Adotar as medidas necessárias para investigar as violações constatadas no presente relatório e punir seus responsáveis.
5. Adotar as medidas necessárias para que os meninos e adolescentes que foram privados de sua liberdade no Instituto de Reeducação do Menor "*Coronel Panchito López*", ou, se for o caso, os familiares dos jovens falecidos, recebam uma reparação oportuna e adequada pelas violações aqui estabelecidas.
6. Adotar as medidas necessárias para evitar que fatos como o presente voltem a se repetir.
7. Enviar os internos com deficiências físicas, dependências e doenças mentais comprovadas aos centros de saúde correspondentes e dar tratamento adequado àqueles que sofram de problemas de dependência [química].
8. Eliminar o isolamento prolongado e o envio à prisão de Emboscada como forma de castigo aos meninos e adolescentes.

26. Em 20 de dezembro de 2001, a Comissão transmitiu este Relatório ao Estado e concedeu um prazo de dois meses para cumprir as recomendações ali formuladas. Em 18 de fevereiro de 2002, o Estado solicitou à Comissão uma extensão de prazo para cumprir as recomendações do Relatório de Mérito, a qual foi concedida pela Comissão em 26 de fevereiro de 2002. Esta extensão de prazo foi de dois meses, contados a partir de sua concessão.

27. Em 30 de abril de 2002, o Estado informou à Comissão sobre as ações que estava tomando para cumprir as recomendações formuladas em seu Relatório nº 126/01.

#### IV PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

28. Em 20 de maio de 2002, a Comissão apresentou a demanda perante a Corte e designou como Delegados os senhores José Zalaquett e Santiago A. Canton, e como assessores jurídicos, os senhores Ariel Dulitzky, Ignacio Álvarez e Mary Beloff.

29. Em 25 de junho de 2002, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), após o exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”), o Estado foi notificado da demanda e de seus anexos e foi informado dos prazos para contestá-la e designar sua representação no processo. Nesse mesmo dia, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao Estado sobre seu direito de designar um juiz *ad hoc* para participar da apreciação do caso.

30. Em 21 de junho de 2002, a Corte proferiu uma Resolução por meio da qual admitiu a demanda no presente caso com relação àquelas pessoas identificadas na demanda. Além disso, a Corte requereu à Comissão que, em um prazo de três meses, identificasse os nomes dos “meninos e adolescentes internos que permaneceram no Instituto de Reeducação do Menor ‘Panchito López’ entre agosto de 1996 e julho de 2001 e que posteriormente foram enviados às penitenciárias de adultos do país” e indicou que, se não fosse enviada esta informação, o caso continuaria seu trâmite somente em relação às supostas vítimas identificadas na demanda.

31. Em 27 de junho de 2002, em conformidade com o disposto no artigo 35.1 d) e e) do Regulamento, a Secretaria notificou a demanda ao CEJIL, em sua condição de denunciante original e representante das supostas vítimas, para que, em conformidade com o artigo 35.4 do Regulamento<sup>23</sup>, apresentasse seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”) em um prazo de 30 dias.

32. Em 18 de julho de 2002, o Estado designou o senhor Julio Duarte Van Humbeck como Agente e o senhor Mario Sandoval como Agente Assistente.

33. Em 31 de julho de 2002, depois de lhe haver sido concedida uma extensão de prazo, o Estado designou o senhor Víctor Manuel Núñez Rodríguez como Juiz *ad hoc* no presente caso. Além disso, indicou um novo endereço no qual seriam oficialmente recebidas as comunicações pertinentes.

34. Em 19 de setembro de 2002, a Comissão enviou uma “lista completa com o nome dos internos no Instituto de Reeducação do Menor Panchito López entre agosto de 1996 e julho de 2001”, a qual correspondia à enviada pelo Estado à Comissão em 26 de agosto de 2002. Além disso, a Comissão manifestou que se encontrava em processo de elaboração de uma base de dados única, que enviaria “o mais rápido possível”. Em 2 de outubro de 2002, a Secretaria solicitou à Comissão o envio de

<sup>23</sup> Regulamento aprovado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, por meio da Resolução de 24 de novembro de 2000, o qual entrou em vigor em 1º de junho de 2001. Este artigo, entre outros, foi reformado pela Corte durante seu LXI Período Ordinário de Sessões, por meio da Resolução de 25 de novembro de 2003. Esta reforma entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2004.



algumas folhas da mencionada lista que se encontravam ilegíveis. Em 4 de outubro de 2002, a Comissão informou que as cópias oferecidas à Corte eram as únicas que se encontravam em sua posse. Além disso, a Comissão pediu à Corte que solicitasse ao Estado a transmissão destas folhas, por se tratar de documentos oficiais produzidos por autoridades paraguaias.

35. Em 15 de outubro de 2002, depois de ter concedido duas extensões de prazo, as representantes enviaram seu escrito de petições e argumentos, no qual alegaram, além dos artigos citados pela Comissão (pars. 2 e 3 *supra*), a violação por parte do Estado do artigo 26 (Desenvolvimento Progressivo) da Convenção Americana e do artigo 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma. As representantes também solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação e que reembolsasse as custas e gastos.

36. Em 19 de novembro de 2002, a Comissão enviou um "quadro unificado" das supostas vítimas do caso, tal como havia mencionado em sua comunicação de 19 de setembro de 2002 (par. 34 *supra*).

37. Em 14 de novembro de 2002, o Estado solicitou à Corte que requeresse à Comissão o envio de algumas atas de audiências do caso realizadas neste órgão. Em 5 de dezembro de 2002, a Secretaria solicitou ao Estado que enviasse o fundamento ou a necessidade de requerer à Comissão as atas das audiências realizadas perante a mesma. Em uma comunicação desse mesmo dia, o Estado argumentou que nestas atas são consignadas fidedignamente as posições das partes.

38. Em 13 de dezembro de 2002, depois de concedidas quatro extensões de prazo, o Estado interpôs exceções preliminares, contestou a demanda e apresentou suas observações ao escrito de petições e argumentos. As exceções preliminares interpostas pelo Estado foram as seguintes: 1) defeito legal na apresentação da demanda; 2) falta de reivindicação prévia do artigo 26 da Convenção; e 3) a existência de duas demandas, uma em sede interna e outra perante um tribunal internacional, com os mesmos sujeitos, objeto e causa.

39. Em 21 de fevereiro de 2003, depois de concedidas três extensões de prazo, a Comissão apresentou suas observações ao escrito de petições e argumentos apresentado pelas representantes em 15 de outubro de 2002 (par. 35 *supra*). Nesse escrito, a Comissão apresentou suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado em 13 de dezembro de 2002 (par. 38 *supra*). A Comissão apresentou anexos a este escrito.

40. Em 24 de fevereiro de 2003, as representantes enviaram novas cópias das folhas ilegíveis ou incompletas dos anexos a seu escrito de petições e argumentos (par. 35 *supra*).

41. Em 9 de janeiro de 2004, a Comissão designou a senhora Lilly Ching como assessora jurídica, em substituição à senhora Mary Beloff.

42. Em 2 de março de 2004, o Presidente proferiu uma Resolução, por meio da qual requereu que, em conformidade com o artigo 47.3 do Regulamento, as seguintes pessoas prestassem suas declarações perante agente dotado de fé pública (*affidavit*):

- i. testemunhas propostas pela Comissão Interamericana: Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Pablo Emmanuel Rojas, Antonio Delgado, Francisco Ramón Adorno, Raúl Ramírez Bogado e Jorge Bogarín González;
- ii. testemunhas propostas pelas representantes: Arsenio Joel Barrios Báez, Clemente Luis Escobar González, Hugo Antonio Vera Quintana, Concepción Ramos Duarte, María Teresa de Jesús Pérez, Silvia Portillo Martínez, Dirma Monserrat Peña e María Estela Barrios;
- iii. testemunhas propostas pela Comissão e pelos representantes: Jorge Daniel Toledo e Sixto Gonzáles Franco;
- iv. testemunhas propostas pelo Estado: Fernando Vicente Canillas Vera, Teresa Almirón, Michael Sean O’Loingsigh, Teófilo Báez Zacarías, Estanislao Balbuena Jara, Carolina Nicora, Eduardo Giménez, Carolina Laspina de Vera, Mirtha Isabel Herrera Fleitas, Inés Ramona Bogarín Peralta, José Lezcano, Ana María Llanes, María Teresa Báez, Elizabeth Flores, Maureen Antoinette Herman, Teresa Alcaraz de Mencia, María Vilma Talavera de Bogado, Carlos Torres Alújas, Christian Rojas, Rubén Valdéz e Miguel Ángel Insaurralde Coeffier;
- v. perito proposto pela Comissão: Carlos Arestivo; e
- vi. peritos propostos pelo Estado: Jorge Rolón Luna e Pedro Juan Mayor Martínez.

43. Além disso, nesta Resolução o Presidente concedeu um prazo improrrogável de 20 dias, contados a partir da recepção dos *affidavit* (par. 42 *supra*), para que as partes apresentassem as observações que considerassem pertinentes em relação às declarações enviadas pelas outras contrapartes. Na citada Resolução (par. 42 *supra*), o Presidente convocou a Comissão Interamericana, as representantes e o Estado a uma audiência pública que seria realizada na sede da Corte, a partir do dia 3 de maio de 2004, com o propósito de receber as alegações finais orais das partes sobre exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, bem como as declarações testemunhais e periciais que mais adiante são indicadas e transcritas (par. 79 *infra*). Ademais, nesta Resolução de 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*), o Presidente informou às partes que contavam com prazo até 5 de julho de 2004 para apresentar suas alegações finais escritas.

44. Em 31 de março de 2004, as representantes apresentaram as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) (par. 42 *supra* e par. 70 *infra*). Em 6 de abril de 2004, as representantes enviaram a declaração testemunhal da senhora Silvia Portillo Martínez, sem que esta tivesse sido prestada perante agente dotado de fé pública. Esta declaração havia sido requerida por meio da Resolução proferida pelo Presidente em 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*), mas

não foi enviada juntamente com as declarações recebidas na Secretaria em 31 de março de 2004. Além disso, as representantes comunicaram que os senhores Sixto Gonzáles Franco, Concepción Ramos Duarte e María Estela Barrios, apresentados como testemunhas, não puderam apresentar suas declarações perante agente dotado de fé pública. Além disso, as representantes informaram que não enviaram gravações em áudio nem em vídeo de nenhuma das referidas declarações, em razão dos "altos custos" que isso implicaria. Em 16 de abril de 2004, as representantes enviaram os originais das declarações que haviam sido enviadas via fac-símile em 31 de março de 2004.

45. Em 31 de março de 2004, o Estado apresentou as declarações das testemunhas e pareceres periciais prestados perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai (par. 42 *supra*). Nesta nota, o Estado comunicou que não havia sido possível tomar a declaração das testemunhas María Teresa Baez e José Lezcano e solicitou o comparecimento na audiência pública de algumas das testemunhas e peritos, propostos pelo mesmo, que prestaram perícias e declarações perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai. Em 6 de abril de 2004, o Estado enviou os originais das declarações que haviam sido enviadas via fac-símile em 31 de março de 2004 e anexou exemplares de dois livros.<sup>24</sup>

46. Em 2 de abril de 2004, a Comissão apresentou as declarações das testemunhas e o parecer pericial prestados perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) (par. 42 *supra*). Em 5 de abril de 2004, a Comissão voltou a apresentar estas declarações e manifestou que, "por razões de força maior", não havia podido obter as declarações juramentadas das testemunhas Walter Javier Riveros Rojas, Pablo Emmanuel Rojas e Antonio Delgado. Além disso, anexou um vídeo com os testemunhos dos senhores Francisco Ramón Adorno, Osmar López Verón e Raúl Guillermo Ramírez Bogado, e outro com o testemunho de Jorge Bogarín González e a perícia de Carlos Arestivo. Além disso, a Comissão informou que o *affidavit* da testemunha Jorge Daniel Toledo seria enviado pelas representantes. Em 7 de abril de 2004, a Comissão enviou os originais das declarações enviadas via fac-símile em 2 de abril de 2004. As representantes não apresentaram observações em relação a estas declarações.

47. Em 7 de abril de 2004, o Presidente decidiu não autorizar o pedido do Estado de que comparecessem na audiência pública algumas das testemunhas e peritos propostos (par. 45 *supra*), já que não o considerou necessário.

48. Em 18 de abril de 2004, as representantes manifestaram que o senhor Eduardo Gallardo não poderia apresentar sua perícia. Ademais, comunicaram que a senhora Liliana Tojo faria parte da equipe das representantes na audiência pública. Além disso, manifestaram que as testemunhas Pedro Iván Peña e Raúl Esteban Portillo, ex-internos do Instituto, não poderiam comparecer à audiência pública. Portanto, solicitaram à Corte a apresentação de um vídeo nesta audiência com seus testemunhos.

<sup>24</sup> "Anteprojeto do Código de Execução Penal para a República do Paraguai" e "A Proteção Jurídica no Âmbito Carcerário Paraguai".

Em relação a este pedido, em 21 de abril de 2004, a Secretaria, seguindo instruções da Corte, solicitou-lhes que enviassem este vídeo para transmiti-lo às outras partes para que apresentassem as observações pertinentes e, desse modo, não seria necessário exibi-lo durante a audiência pública. Em 26 de abril de 2004, as representantes enviaram os testemunhos de Raúl Esteban Portillo e Pedro Iván Peña, tanto escritos como em vídeo. Estas declarações não foram prestadas perante agente dotado de fé pública (par. 72 *infra*). Em 18 de maio de 2004, a Comissão manifestou que não tinha observações a estas declarações. Em 10 de junho de 2004, o Estado comunicou que se reservava o direito de fazer observações às citadas declarações testemunhais no momento de apresentar suas alegações escritas finais.

49. Em 19 de abril de 2004, as representantes informaram que não tinham, “ness[e] momento”, nenhum tipo de esclarecimento ou observação às declarações das testemunhas e peritos prestadas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai e apresentadas pelo Estado (par. 45 *supra*).

50. Em 21 de abril de 2004, a Comissão comunicou que, por “razões de força maior”, as testemunhas Miguel Ángel Coronel Ramírez e César Fidelino Ojeda Acevedo não compareceriam à audiência.

51. Em 27 de abril de 2004, o Estado apresentou suas observações às declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e enviadas pela Comissão (par. 46 *supra*) e pelas representantes (par. 44 *supra*), a respeito das quais objetou o testemunho da senhora Sílvia Portillo Martínez, proposto pelas representantes, e a perícia do senhor Carlos Arestivo, proposta pela Comissão. Em relação à declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pela testemunha Jorge Bogarín González, proposta pela Comissão, o Estado requereu à Corte que solicitasse ao Ministério da Justiça e Trabalho “cópias dos ofícios judiciais enviados pelo citado ex-magistrado em seu caráter de juiz penal”.

52. Em 28 de abril de 2004, a Comissão apresentou suas observações às declarações das testemunhas e peritos prestadas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai, apresentadas pelo Estado (par. 45 *supra*), nas quais objetou partes dos testemunhos dos senhores Fernando Vicente Canillas Vera, Estanislao Balbuena Jara e Teresa de Jesús Almirón Fernández. Além disso, manifestou que não tinha observações em relação às declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) oferecidas pelas representantes (par. 44 *supra*).

53. Em 28 de abril de 2004, a Comissão solicitou à Corte que consultasse o Estado sobre os anexos que algumas testemunhas propostas por este apresentaram ao efetuar suas declarações perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai. Em 1º de maio de 2004, a Corte solicitou ao Estado que apresentasse estes documentos. Esta petição foi reiterada em 31 de maio de 2004. Em 3 de junho de 2004, o Estado apresentou cópias dos documentos que algumas testemunhas propostas por este apresentaram ao efetuar suas declarações perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai.

54. Em 3 e 4 de maio de 2004, a Corte recebeu, em audiência pública sobre exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, as declarações das testemunhas e os pareceres dos peritos propostos pela Comissão Interamericana e pelas representantes. Além disso, a Corte recebeu as alegações finais orais da Comissão Interamericana, das representantes e do Estado.

Compareceram perante a Corte:

pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Santiago Canton, Delegado;  
Ignacio J. Álvarez, Assessor, e  
Lilly Ching, Assessora.

pelos representantes:

Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL;  
Raquel Talavera, Advogada do CEJIL;  
María Clara Galvis, Advogada do CEJIL, e  
Liliana Tojo, Advogada do CEJIL.

pelo Estado:

Julio Duarte Van Humbeck, Agente;  
Mario Sandoval, Agente Assistente;  
Alberto Sandoval Diez, Assessor, e  
Edgar Taboada Insfrán, Assessor.

Testemunhas propostas pela Comissão Interamericana de  
Direitos Humanos:

Dionicio Vega;  
Rosalia Figueredo Britez;  
Juan Antonio y Concepción de la Vega Elorza, e  
María Zulia Giménez González.

Testemunhas propostas pelas representantes:

Teofista Domínguez Riveros, e  
Felipa Benicia Valdez.

Peritos propostos pela Comissão Interamericana de Direitos  
Humanos:

Emilio Arturo García Méndez, e  
Mario Ramón Torres Portillo.

Peritos propostos pelas representantes:

Luis Emilio Escobar Faella, e  
Ana Clerico-Deutsch.

55. Apesar de haver sido citada pelo Presidente, uma testemunha não compareceu para prestar sua declaração.<sup>25</sup>

56. Durante a realização da audiência pública, tanto o Estado como as representantes apresentaram diversos documentos à Corte (par. 74 *infra*).

57. Em 4 de maio de 2004, a Comissão comunicou à Corte que havia sido informada de que a testemunha María Zulia Giménez, oferecida pelas representantes, tinha um laço de parentesco com uma delas.

58. Em 5, 6 e 7 de julho de 2004, a Comissão, o Estado e as representantes apresentaram suas alegações finais escritas.

59. As representantes, ao apresentarem suas alegações finais escritas, anexaram como prova diversos documentos referentes a custas e gastos (par. 75 *infra*).

60. Em 10 de agosto de 2004, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, solicitou à Comissão, às representantes e ao Estado que apresentassem, até 24 de agosto de 2004, determinados documentos como prova para melhor decidir.

61. Em 24 de agosto de 2004, as representantes apresentaram, via fac-símile, parte da prova documental que havia sido pedida como prova para melhor decidir, a qual chegou, via *courier*, em 27 de agosto de 2004. Em 24 de agosto de 2004, a Comissão enviou, via fac-símile, uma comunicação referente à prova para melhor decidir, parte da qual chegou, via *courier*, em 30 de agosto de 2004. Nos dias 23, 24 e 25 de agosto de 2004, o Estado apresentou, via fac-símile, parte da prova documental que havia sido pedida como prova para melhor decidir, a qual chegou via *courier* em 27 de agosto de 2004. Nenhuma das partes apresentou a totalidade da prova pedida. Em 1º de setembro de 2004, a Secretaria transmitiu a prova para melhor decidir às respectivas partes.

## V PROVA

62. Antes do exame das provas recebidas, a Corte realizará, à luz do estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, algumas considerações aplicáveis ao caso específico, a maioria das quais foram desenvolvidas na própria jurisprudência do Tribunal.

63. Em matéria probatória rege o princípio do contraditório, no qual é respeitado o direito de defesa das partes, sendo este princípio um dos fundamentos do artigo 44 do Regulamento, em relação à oportunidade em que deve ser oferecida a prova com o fim de que exista igualdade entre as partes.<sup>26</sup>

64. A Corte afirmou anteriormente, em relação à recepção e à apreciação da prova, que os procedimentos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades

<sup>25</sup> Senhora Irma Alfonso de Bogarín.

<sup>26</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, par. 40; *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 64; e *Caso Molina Theissen*. Reparações (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 3 de julho de 2004. Série C Nº 108, par. 21.

que as atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presente os limites traçados pelo respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes.<sup>27</sup> Além disso, a Corte levou em conta que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm a faculdade de considerar e apreciar as provas de acordo com as regras da crítica sã, sempre evitou adotar uma determinação rígida do *quantum* da prova necessária para fundamentar uma decisão.<sup>28</sup> Este critério é especialmente válido em relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para a determinação da responsabilidade internacional de um Estado por violação de direitos da pessoa, de uma ampla flexibilidade na apreciação da prova apresentada perante eles sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.<sup>29</sup>

65. Com fundamento no afirmado acima, a Corte examinará e apreciará o conjunto dos elementos que formam o acervo probatório do caso, segundo a regra da crítica sã e dentro do marco jurídico em estudo.

#### A) PROVA DOCUMENTAL

66. A Comissão Interamericana ofereceu prova documental ao apresentar sua demanda (pars. 2 e 28 *supra*).<sup>30</sup>

67. As representantes ofereceram prova documental ao apresentar seu escrito de petições e argumentos (par. 35 *supra*).<sup>31</sup>

68. O Estado ofereceu prova documental ao apresentar seu escrito de contestação da demanda e de observações ao escrito de petições e argumentos (par. 38 *supra*).<sup>32</sup>

69. A Comissão enviou as declarações juramentadas das testemunhas Francisco Ramón Adorno, Osmar López Verón, Raúl Guillermo Ramírez Bogado e Jorge Bogarín González, bem como o parecer pericial do senhor Carlos Arestivo, todos prestados perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) (par. 46 *supra*), em resposta ao disposto pelo Presidente na Resolução de 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*).<sup>33</sup> A seguir, a Corte resume as partes relevantes das declarações apresentadas.

<sup>27</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyaury*, par. 41, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 65, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 23, nota 26 *supra*.

<sup>28</sup> Nota 27 *supra*.

<sup>29</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyaury*, par. 41, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 65, nota 26 *supra*; e *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 57.

<sup>30</sup> Cf. expediente de anexos à demanda, tomos I a III, anexos 1 a 57, folhas 1-1022.

<sup>31</sup> Cf. expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomos I e II, anexos 1 a 48, folhas 1-459.

<sup>32</sup> Cf. expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, tomos I a IV, anexos 1 a 42, folhas 1-1621.

<sup>33</sup> Cf. expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, tomo I, folhas 117-220.

### **a) Testemunho de Francisco Ramón Adorno, ex-interno do Instituto**

Esteve internado no Instituto, no qual havia um registro com os dados de cada um dos internos. Antes de ser transferida ao Instituto, a testemunha passou pela Promotoria, já que tinha uma ordem de detenção. O critério de separação no Instituto era por quem tinha ou não antecedentes; não eram separados por idade, motivos de detenção ou em condenados e processados.

O local onde funcionava o Instituto não era adequado, já que não havia espaço suficiente. Não havia celas individuais, mas pavilhões de aproximadamente 5 por 12 metros de tamanho, os quais abrigavam aproximadamente 30 pessoas cada um. Havia camas nas quais dormiam dois internos em cada uma. Além disso, quem não tinha cama dormia em colchões sem forro. Os familiares forneciam cobertores e travesseiros. Como não havia pessoal de limpeza, as celas e o exterior eram limpos somente se os internos os limpassem com água, já que não eram fornecidos materiais de limpeza. No Instituto não havia ar muito puro e havia mau cheiro na cela. Os banheiros, com latrinas e sem portas, localizavam-se dentro do pavilhão. Havia um único chuveiro aberto para os 30 internos; portanto, tomavam banho em turnos. Os internos não recebiam do Estado os artigos de higiene pessoal indispensáveis para a saúde e limpeza. Nesse sentido, não lhes davam roupa e eram os próprios internos que lavavam suas roupas. Havia uma lâmpada no meio do pavilhão e duas janelas não muito grandes com barras.

Por outro lado, enquanto esteve no Instituto, a alimentação não era boa, já que sempre havia “feijão”, que às vezes tinha vermes. Os próprios internos eram os encarregados de cozinhar por turnos.

Nas terças-feiras, quintas-feiras, sábados e domingos não podiam sair, já que eram os dias de visita e os internos apenas saíam se recebessem visita. Nas segundas-feiras, quartas-feiras e sextas-feiras, cada pavilhão tinha um recreio de meia hora durante a manhã para jogar futebol.

A “disciplina” consistia em que os guardas levavam os internos algemados a uma sala escura que chamavam “sala de tortura”, que se encontrava “debaixo do galpão e [onde] os colocavam de pernas para cima e lhes aplicavam um garrote [...] e lhes faziam apoiar as mãos no chão e levantar os pés”. Deixavam-nos assim até a troca de guarda. Ele esteve nesse porão.

Não havia tanta violência entre os internos, já que somente havia discussões e brigas esportivas. Por outro lado, escutou que houve estupros antes que entrasse no Instituto. Para impedir a ocorrência de tais estupros, as autoridades praticavam o referido método de “disciplina”.

Cerca de dez guardas tratavam os internos “como lixo” e lhes diziam que “não eram mais da sociedade nem da humanidade”. No Instituto não lhe ensinaram a trabalhar, já que embora seja verdade que faziam coisas com “canudos” para vender, os materiais eram levados pelas visitas. Um dia normal no Instituto era tomar o café da manhã às 6, almoçar às 12 e jantar às 5. Somente saíam meia hora para recreio. No resto do tempo, permaneciam no pavilhão.



No Instituto eram proibidas as ligações por telefone; somente aceitavam as visitas. Por outro lado, havia uma biblioteca e uma escola. Por isso, quem queria estudar podia sair do pavilhão por 15 minutos na manhã ou 15 minutos à tarde. Para ir e voltar da escola era necessário fazê-lo com o guarda. Em resumo, o Instituto não os ajudava em nada.

No Instituto havia um médico para atendê-los; entretanto, não tinha medicamento suficiente, já que somente tinha remédios para a garganta. Havia uma psicóloga que os chamava uma vez ou outra e havia professoras por turnos.

Esteve no incêndio ocorrido no ano de 2000, no qual sofreu queimaduras nos braços e nas costas. Quando o incêndio se iniciou no pavilhão, ele estava dormindo e o “gesso” do teto começou a se queimar. Fazia muito calor e a fumaça o cegava; era muito difícil respirar. Os internos gritavam, já que tudo se queimava, e todo o “gesso” caiu. Um dos internos, Elvio Núñez, morreu alí mesmo, pois desmaiou e o teto caiu em cima dele. Os guardas somente olhavam e disparavam suas espingardas para que ninguém fugisse, já que isso lhes importava mais que salvar os internos. Foram os próprios internos que começaram a apagar o fogo com cobertores molhados, já que não havia extintores. De fato, o fogo estava quase controlado quando os auxiliaram. Um guarda foi o único que abriu a porta. Depois do incêndio, comentou-se que havia explodido um televisor e incendiado um colchão.

Em razão do incêndio, a testemunha foi transferida ao hospital do Centro do Queimado. Entretanto, não continuaram fornecendo tratamento no hospital. Portanto, sua mãe comprou os medicamentos; para isso teve de vender algumas coisas. Sua mãe gastou muito com os ferimentos da testemunha. Ainda não curou o braço. Já não quer se recordar do incêndio.

Foi processado, mas nunca foi condenado. Seu defensor público o visitava a cada 15 dias, aproximadamente. Das três vezes que a testemunha foi presa, na primeira esteve três meses, na segunda saiu por medidas substitutivas e, na última, pela qual está no Presídio de Tacumbú, o encarceraram pelo fato de ter antecedentes e, por isso, “plantaram-lhe” maconha. O processo é lento.

Foi perseguido e marcado por ter antecedentes. Antes de sua última entrada na prisão, trabalhava como sapateiro e não fez nada para estar preso.

Solicitou ao Tribunal sua liberdade.

#### **b) Testemunho de Osmar López Verón, ex-interno do Instituto**

Entrou pela quarta vez no Instituto em fevereiro de 2000 e foi colocado no Pavilhão 8. Havia um registro de ingresso dos internos com o motivo de sua detenção. A primeira vez que entrou tinha 13 anos e permaneceu por um ano. Nessa oportunidade, somente separavam os “chacariteños” (de um bairro de Assunção). Quando entrou no Instituto não foi examinado por nenhum médico.

Havia 30 ou 35 internos no pavilhão onde ele estava e em todo o Instituto havia, aproximadamente, entre 250 a 300 internos. Os meninos limpavam as celas

com água, já que não havia sabão. Os banheiros tinham latrinas sem portas. Tinham chuveiros com água. Algumas vezes tinham papel higiênico. Não eram fornecidos roupa nem sapatos aos internos; “se tinham frio ficavam apenas com frio”. Quando chegou ao Instituto, viu que havia lençóis e cobertores, mas nunca lhe deram; por isso, dormia com outro interno para não ter frio. A alimentação “era feia”, em razão de que quase a maioria era “feijão com locro”. Os próprios internos cozinhavam. Não havia colheres e somente havia 20 pratos sujos para todos os internos.

Os internos saíam de seu pavilhão aproximadamente seis horas por semana e, cada vez que os internos entravam ou saíam de seus pavilhões, os guardas “os chaveavam”; ou seja, os trancavam com chave.

Estudava na escola três horas seguidas, das 7 às 11 horas ou das 13 às 16 horas. Durante o dia via televisão e escutava rádio, mas não trabalhava.

O médico lhes dava um único tipo de comprimido (“todo terreno”) para qualquer coisa, fosse para a dor de dentes ou para a dor de cabeça. Não havia dentista, oculista, nem psiquiatra.

No Instituto havia estupros, mas nunca no Pavilhão de reincidentes, onde ele estava. Quando havia um estupro, os diretores revisavam o sujeito que havia sido estuprado. Por outro lado, havia 15 guardas em turnos. Não havia brigas entre os próprios internos.

A disciplina interna do Instituto consistia em castigar os internos com pancadas e pauladas. Os guardas os levavam a um porão, onde lhes batiam onde queriam e depois os levavam de volta ao pavilhão. Não viu um calabouço, mas um porão. Além disso, não eram utilizados meios de coerção como algemas, correntes e grilhões; “somente os levavam a pontapés”.

Esteve presente no primeiro incêndio ocorrido em 11 de fevereiro de 2000. Não teve nada a ver com esse incêndio. Tudo foi culpa de um funcionário de sobrenome Cano, que chegou do Presídio de Tacumbú. Nesse dia todos os internos ainda estavam acordados, quando um funcionário separou um grupo de 5 ou 6 internos do Pavilhão 8 e disse aos demais que fossem dormir, mas eles lhe responderam que não tinham sono. Bateram sem motivo nos internos que foram levados. Eram entre duas ou três da madrugada e os guardas estavam bêbados. Quando os internos chegaram todos machucados, agredidos, queriam fazer algo, pensavam em fazer uma greve de fome e então começou o fogo. Os funcionários corriam, mas não faziam nada. Um funcionário dizia: “que morram [...] não me importa nada”. Morreram dois internos: Cahvito e Yacaré. Depois morreram sete que haviam sido transferidos ao Hospital – entre eles Mario Cabra, seu amigo, a respeito de quem se dizia que já tinha sua liberdade – que havia chegado nesse dia às seis da tarde. Depois de sair para o pátio, as autoridades tardaram duas ou três horas para levar os internos para o Hospital.

Solicitou à Corte sua liberdade, já que não quer dinheiro. Quando sair, quer buscar outro trabalho e viver com sua mãe.

### **c) Testemunho de Raúl Guillermo Ramírez Bogado, jornalista**

Trabalhava como jornalista no jornal *Última Hora*. Em seu testemunho afirmou que havia múltiplas versões de como se iniciou o incêndio de 11 de fevereiro de 2000. Além disso, referiu-se às condições em que se encontravam os internos no Instituto. Escreveu vários artigos jornalísticos a esse respeito.

### **d) Testemunho de Jorge Bogarín González, ex-magistrado**

Exerceu a Magistratura Judiciária de dezembro de 1995 até abril de 2001. A situação penitenciária no Paraguai era e é muito "deficitária" e particular, já que as penitenciárias são administradas pelo Poder Executivo, especificamente pelo Ministério da Justiça, com alguma supervisão da Corte Suprema de Justiça.

Visitou as penitenciárias, incluindo o Instituto. Por isso, teve contato com seus reclusos, já que os entrevistava para conhecer sua história e saber se estavam assistidos profissionalmente.

A situação na qual se encontravam os internos no Instituto era subumana, pelo estado de superlotação e pelas condições insalubres em que viviam. No momento do incêndio, a população no Instituto chegava a aproximadamente 200 reclusos. Tinha-se conhecimento da existência no Instituto de muitas doenças infectocontagiosas como tuberculose, sífilis e até AIDS. Por outro lado, não existiam registros nem dados estatísticos sobre os reclusos, os delitos e a duração das penas. Tudo isso fazia impossível cumprir um dos objetivos da pena, que é a reabilitação dos reclusos à sociedade.

Os crimes mais comuns dos internos do Instituto eram roubo, furto, subtrações e também alguns homicídios ou assaltos agravados. Havia um alto nível de reincidência com agravamento nos crimes cometidos. Além disso, havia alguns internos que estavam reclusos pelo tempo mínimo da pena de que eram acusados e que, uma vez cumprido este prazo, eram liberados sem que o Juiz soubesse se o interno era culpado ou inocente. Além disso, acontecia que alguns internos que haviam cumprido sua pena continuavam reclusos porque não estavam assistidos legalmente e não lhes chegava a ordem de liberação.

No Paraguai faltam leis que regulamentem estas faltas e contravenções, ainda que, com a reforma penal, existam atualmente figuras como as multas e as penas substitutivas para os crimes menos graves. Além disso, ao não existir uma reforma profunda nas leis penitenciárias, os reclusos permanecem presos em condições subumanas sem conhecer as sentenças, razão pela qual geralmente não podem se reintegrar à sociedade, pois não estão psicologicamente assistidos para superar o que tiveram que passar.

É difícil saber há quanto tempo em média os menores estavam reclusos, já que não existem estatísticas nem registros nas penitenciárias em geral e muito menos no Instituto.

### e) Perícia de Carlos Arestivo, psicólogo

Desde 1996, fez parte do Grupo Rua Escola, da Fundação Tekojojá e do projeto AMAR (Assistência a Menores de Alto Risco), de maneira que estava em contato permanente com as denominadas “crianças de rua” e, portanto, com os locais de reclusão.

O Instituto era uma residência para aproximadamente 15 ou 20 pessoas; entretanto, havia aproximadamente 150 menores reclusos. As celas tinham uma dimensão de 5 metros por 5 metros, nas quais se encontravam aproximadamente 50 menores. A temperatura no verão não era menor que 40 graus centígrados e as celas tinham apenas um ventilador de teto. Os internos tinham, no máximo, duas horas de lazer no pátio da casa, no qual também havia superlotação, já que este tampouco era muito amplo. O cheiro nauseante do Instituto era insuportável. A cozinha estava situada em frente aos banheiros públicos e a comida era totalmente desagradável, já que era preparada no chão da cozinha.

Qualquer pessoa submetida a este processo de internação sofre consequências psicológicas. No caso destes meninos, desde o momento de sua prisão, são torturados pela Polícia e os que têm sorte são “somente maltratados”. Os primeiros sintomas psicológicos dos internos apareceram ao estarem no hospital e manifestarem angústia intensa, insônia e reviver com angústia a situação diante do menor indício de algum fator que pudesse se relacionar com a experiência. Além disso, nestes menores se formou o diagnóstico chamado “estresse pós-traumático”. Estes menores, em nenhum momento foram assistidos sob o ponto de vista psiquiátrico ou psicológico; ao contrário, os maus-tratos continuaram e alguns foram transferidos a duas penitenciárias de adultos: a Penitenciária de Tacumbú e a Emboscada. Esta última é um presídio de alta segurança, onde geralmente estão os delinquentes mais perigosos. Alguns dos internos solicitaram ser colocados em uma cela de segurança para evitar que os agredissem ou abusassem sexualmente.

As sequelas mais importantes encontradas por causa do incêndio, bem como pelas anteriores e posteriores agressões a seus direitos humanos, são as seguintes: autoestima totalmente diminuída; agressividade como mecanismo de defesa; angústia pela incerteza de sua situação como pessoas, por seu presente e por seu futuro; depressões frequentes; dificuldade para conciliar o sono; pesadelos noturnos; medo; temor de que, ao sair em liberdade, não tenham ninguém, nem a possibilidade de sobreviver honestamente, razões pelas quais deverão reincidir e ser presos uma vez mais. Estes jovens estão impactados psicológica e socialmente. Apesar disso, têm esperanças de mudar e acreditam que podem ser úteis à sociedade e que podem ajudar outras pessoas.

Em 2001, com um calor sufocante, com a habitual superlotação e como protesto por não poderem suportar essa situação penosa, os internos incendiaram alguns colchões. O incêndio ganhou magnitude rapidamente; os portões estavam fechados com cadeado e os guardas não encontravam a chave. A fumaça e a temperatura alta começaram a sufocar os internos. Apesar dos gritos de dor e desespero, os internos não tiveram ajuda imediata, já que os guardas nem sequer haviam chamado os bombeiros. Alguns internos caíam desmaiados. Continuavam os gritos de pedido de ajuda, enquanto alguns corpos se queimavam. Um dos jovens relatou que o cheiro de carne queimada misturado com a fumaça e o calor eram insuportáveis. Alguns

internos conseguiram sair por uma pequena abertura que conseguiram fazer no teto. Uma vez livres das chamadas foram transferidos em ambulâncias ao hospital.

Para que os jovens que estiveram no Instituto possam se reincorporar facilmente à vida em sociedade, deverão viver em um primeiro momento em um local seguro, onde os tratem humanamente e com afeto; além disso, devem passar um tempo prudencial de recuperação psicológica e afetiva – ou seja, reparação das feridas afetivas e emocionais – e devem se sentir úteis para recuperar sua autoestima. Em resumo, necessitam de um ambiente onde possam se readaptar positivamente. Este ambiente poderia ser oferecido por uma Instituição que se ocupe desse tipo de problemas, onde os jovens possam estudar para ter uma base sólida e aprender alguma atividade significativa que possam desempenhar e que os incorpore à sociedade.

Além disso, os jovens devem ter um acompanhamento psicoterapêutico, que lhes permita refletir sobre tudo o que foi sua vida e, depois, construir um novo projeto de vida diferente. Finalmente, para fazer frente a estas necessidades urgentes e para que possam se reincorporar à sociedade, o Estado deve assegurar a estes jovens uma pensão como reparação, já que eles se encontram com esperanças de poder encontrar ajuda internacional.

70. Em 31 de março de 2004, as representantes enviaram as declarações das testemunhas Dirma Monserrat Peña, Clemente Luis Escobar González, Arsenio Joel Barrios Báez, Hugo Antonio Vera Quintana, Jorge Daniel Toledo e María Teresa de Jesús Pérez, todas prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) (par. 44 *supra*), em resposta ao disposto pelo Presidente por meio da Resolução de 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*).<sup>34</sup> A seguir, a Corte resume as partes relevantes destas declarações.

#### **a) Testemunho de Dirma Monserrat Peña, irmã mais velha de Pedro Iván Peña, ex-interno do Instituto**

Seu irmão foi levado em 31 de dezembro de 1999; entretanto, não avisaram a sua família. Para poder avisá-la, Pedro Iván Peña mentiu à polícia e comentou que havia uma coisa roubada em sua casa. Dessa forma, a polícia foi à sua casa em busca do suposto objeto roubado e, assim, sua família ficou sabendo que estava na Delegacia 12. A testemunha foi à delegacia, mas negaram que seu irmão estivesse lá. Portanto, teve de recorrer a uma rádio comunitária para pedir ajuda. Então, um jornalista chamou e lhe confirmou que seu irmão estava nesta delegacia. Seu irmão lhe disse que o torturaram bastante e, de fato, tinha "sinais de tortura" e "arranhões por todos os lados". Por esta razão, a testemunha quis que fizessem um diagnóstico médico em seu irmão na delegacia, mas eles não quiseram fazê-lo.

Seu irmão lhe contou que foi torturado várias vezes no Instituto e que esteve no porão onde levavam os internos atados e "amarrados"; às vezes os colocavam de boca para baixo, com "os pés para cima". Às vezes ficavam de um a três dias neste

<sup>34</sup> Cf. expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, tomo I, folhas 221-263.

porão. Tratavam os internos “como animais”. Além disso, teve carência de comida, que era “asquerosa”. No entanto, os internos brigavam por um prato de comida. Se não tinham prato, muitas vezes não comiam.

Com o incêndio, a família passou um inferno por temor de que seu irmão morresse, já que ele esteve muito mal nesses dias e lhes diziam que ia morrer. O diretor do Instituto começou a dizer “que morram todos, se não valem a pena [...] que morram todos, eles não vão servir para nada, eles não têm futuro”. Pedro Iván Peña esteve duas ou três semanas no hospital e depois foi transferido à enfermaria da penitenciária de Tacumbú, onde esteve quase três ou quatro meses, e depois foi liberado. Desde então sofreu muitas perseguições por parte dos policiais.

Seu irmão teve muitas consequências mentais e psicológicas do incêndio, já que às vezes recorda perfeitamente o que aconteceu e às vezes não recorda nada. Há ocasiões em que se esquece de seu nome e de sua data de aniversário. Assim, há “vezes em que está bem, mas em outras ele está muito mal”.

Depois do incêndio, seu irmão teve tosse e sua mão ficou totalmente inútil. O corpo de seu irmão tem cicatrizes por todos os lados: nos braços, pernas e nariz. Ele precisava de uma cirurgia para as mãos e para o nariz, mas as autoridades rejeitaram todos os seus pedidos.

Pedro Iván Peña não aprendeu nada no Instituto. Ao contrário, esqueceu todas as coisas boas que havia aprendido em sua família, os bons modos e o estudo. Ele era uma pessoa boa e tranquila, mas “tudo isso terminou quando entrou aí. Depois do incêndio, ele ficou meio maluco, traumatizado pelos maus-tratos. Ele já não é quem era antes; agora é um espanto, digamos, mentalmente.”

Os garotos que têm antecedentes criminais sofrem perseguições permanentes e não lhes dão trabalho. Se trabalham na rua, a polícia, que já os conhece, volta a detê-los e, se não lhes dão dinheiro, levam-nos à delegacia e buscam algo novo para culpá-los e os levam aos reformatórios, que são, ao contrário, “malformatórios”, já que os “deformam mental e espiritualmente”.

O que aconteceu com seu irmão afetou muito a família no âmbito emocional e, além disso, sofrem perseguições. Os policiais entram em sua casa sem ordem judicial, perseguindo seu irmão.

Solicitou à Corte uma melhor vida e educação para todos os internos que agora estão em Itaiguá. Além disso, pediu proteção para seu irmão, para ela e para toda sua família, já que são perseguidos por policiais.

## **b) Testemunho de Clemente Luis Escobar González, ex-interno do Instituto**

Foi interno do Instituto e no momento da declaração encontrava-se no Presídio de Máxima Segurança de Emboscada. Deveria ter conseguido sua liberdade em 9 de fevereiro de 2004, no entanto, até o dia 30 de março daquele ano, isso não havia sido cumprido pelo juizado de execução de sentença.

A testemunha vivia de "aluguel" e, ainda que "nunca tenha conhecido o carinho de uma mãe nem de um pai", sua advogada o "trata como um filho."

A primeira vez que entrou no Instituto tinha 13 anos, mas ele não havia cometido o crime. Na segunda vez, um advogado lhe disse que o condenariam a 18 anos e outro lhe comentou que seria a três.

O Instituto era um desastre. Havia um porão que usavam como "sala de tortura" na qual, como castigo, penduravam os internos em uma barra de ferro com as mãos algemadas por uma hora. Além disso, ele quebrou o tornozelo e o atenderam apenas dois meses depois. Os zeladores não se interessavam por nada, mas quando chegavam observadores de direitos humanos os tratavam de outra forma. Por isso, pegaram como refém o Chefe Ortiz. Depois desta situação, os internos tinham medo que pusessem veneno na sua comida. Se se equivocavam nas aulas de computação os castigavam. Já nem quer se recordar do que passava no Instituto porque todo dia lhe batiam, pois diziam que ele era chefe do grupo.

Nos dois primeiros incêndios, os internos queimaram colchões para se defenderem dos maus-tratos que recebiam por parte dos guardas do Instituto, que batiam neles "até não poderem mais". Os únicos que receberam ajuda para sair do pavilhão oito foram os internos do pavilhão três. Ele havia se queimado um pouco, mas regressou para tirar da cela outro companheiro e se queimou mais. Esteve cinco dias no hospital e depois o levaram à Enfermaria de Tacumbú.

No último incêndio, houve um motim, no qual os guardas mataram um companheiro sem motivo, razão pela qual os internos ficaram furiosos e começaram a queimar tudo. Os guardas jogavam gás lacrimogêneo, davam pancadas muito fortes e, além disso, começaram a disparar com metralhadoras. Os internos tinham facas e estiveram "a ponto de matar dois zeladores".

Em Emboscada, um dos guardas derramou "comida quente" em seu pescoço. Pensou em se vingar, mas preferiu se cortar em várias partes da pele porque pensava aguentar tudo por sua liberdade, já que fazia sete meses que estava em um porão. Pediu que chamassem sua advogada depois que o haviam acusado de estupro e, além disso, ele queria uma análise de seu corpo, mas o guarda carcerário lhe disse que lá se solucionava tudo com três ou seis meses de castigo. Não pode dormir e vive um grande medo porque sua cabeça vale dinheiro. Entretanto, tem que aguentar porque, se não for assim, o matarão com um tiro e dirão que foi tentativa de fuga. Até na "comida" parece que colocam algum medicamento para dormir e fazê-los mais fracos.

Pediu sua liberdade ao Tribunal porque é o único [motivo] que o mantém com vida, já que até pensou em se suicidar. Finalmente, quer sair e não voltar a entrar, já que quer trabalhar, ter família, ser advogado e ajudar os demais internos mais adiante.

### **c) Testemunho de Arsenio Joel Barrios Báez, ex-interno do Instituto**

Entrou pela primeira vez no Instituto em 1997, com 14 anos de idade. O jovem expressou que o Instituto era "um desastre". Quando entrou, não foi atendido por

nenhum médico e, enquanto esteve internado, nunca foi condenado. No Instituto, conseguiu ver um advogado e saiu em liberdade. Em 1998, voltou a entrar, em razão de que houve um roubo em seu bairro e ele foi culpado porque tinha antecedentes criminais. Nessa oportunidade, esteve um ano e teve um advogado. Posteriormente, ao cumprir 20 anos, passou à Penitenciária de Tacumbú. Já lhe concederam sua liberdade três vezes, mas um oficial lhe disse que tem outras causas pendentes e, portanto, não o deixam sair.

No dia do incêndio de 11 de fevereiro de 2000, estava dormindo e se queimou. Esteve internado no hospital por um mês. No dia do incêndio, alguns internos já estavam mortos quando um zelador abriu a porta. Os bombeiros chegaram duas horas depois de iniciado o incêndio. Um de seus companheiros já tinha sua liberdade desde dezembro de 1999, mas não lhe havia sido conferida. Já não quer se recordar do tema do Instituto.

Solicitou à Corte sua liberdade e que se faça justiça em virtude do que aconteceu no Instituto. Além disso, solicitou uma oportunidade, já que percorreu várias penitenciárias.

#### **d) Testemunho de Hugo Antonio Vera Quintana, ex-interno do Instituto**

Entrou pela primeira vez ao Instituto com 15 anos de idade. Posteriormente, como castigo, foi transferido à penitenciária de Oviedo, onde esteve em contato com maiores de idade. Não se recorda do ano do incêndio, nem do tempo que esteve internado no hospital. A penitenciária é um “mundo tremendo”.

No Instituto, a cela era muito pequena e a porta sempre estava fechada. Além disso, não tinha lençóis, sabão, nem pasta de dentes. A comida não era nem “ruim nem boa”. No Instituto teve um advogado, mas não foi condenado. Havia professores, mas não tinha vontade de aprender, já que foi à escola, mas nunca passou de série. Os guardas lhe batiam e o enviavam ao porão. No Instituto somente aprendeu “traumas e pensamentos ruins”.

Solicitou à Corte que lhe conceda sua liberdade e um trabalho, já que tem dificuldade para conseguir trabalho em razão de que já está marcado.

#### **e) Testemunho de Jorge Daniel Toledo, ex-interno do Instituto**

Foi interno do Instituto, onde nunca foi atendido por um médico, nem por uma dentista e somente um tempo depois foi assistido por uma advogada. O Instituto era um “lugar feio” e, portanto, os menores não deveriam estar ali.

Os guardas o tratavam bem e, embora seja verdade que diziam levar os internos ao porão para bater neles com paus, disso ele não tem conhecimento, já que nunca encostaram nele. Além disso, tinha duas horas por dia para sair à quadra. Também tinha visitas e um colchão. A comida era boa. Fumava cigarros e maconha. O tempo que esteve no Instituto somente lhe serviu “para pior”.



Em relação ao incêndio, apesar de que culpavam um zelador, foram os internos os responsáveis. O incêndio foi provocado por eles com a intenção de fugir e os próprios internos trancaram o cadeado com uma lâmina de barbear.

Quando começou o incêndio, ele estava dormindo. Os internos saíram do local porque o cadeado "saiu sozinho". Não havia extintor, tardaram muito em ajudá-los e saíram depois da chegada dos bombeiros. Alguns companheiros morreram para salvar outros. O interno que acendeu o fogo se encontra livre. A testemunha não quer se recordar do incêndio.

Ele gostaria de estudar, já que somente aprendeu a ler. Saiu em liberdade, mas voltou a entrar com uma condenação de três anos. Já leva três anos e três meses e não recebeu sua liberdade.

#### **f) Testemunho de María Teresa de Jesús Pérez, mãe de Mario del Pilar Álvarez Pérez, ex-interno do Instituto**

Seu filho Mario del Pilar Álvarez Pérez esteve detido no Instituto. A família da senhora Pérez é pobre e precisava de muito dinheiro para tirar seu filho de lá. Finalmente, um advogado comentou que seu filho sairia na quinta-feira, 10 de fevereiro de 2000, mas não saiu e na sexta-feira de madrugada se queimou no incêndio.

Ficou sabendo do incêndio pela televisão. Dirigiu-se ao hospital onde encontrou o seu filho em mal estado, já que estava todo queimado e não havia medicamentos naquele momento. Disseram-lhe que comprasse antibiótico e sangue, mas ela não tinha "nem um guarani", a moeda paraguaia. Entretanto, sua irmã mais velha lhe deu o dinheiro. Vendeu tudo o que tinha para fazer todo o possível por seu filho. Oito dias depois, no hospital, faltou luz por quatro vezes e seu filho começou a tremer. Ela estava com ele quando morreu. Ao falecer, Mario del Pilar Álvarez Pérez "tinha 18 [anos], hoje teria 25". Manifestou que esse fato lastima seu coração porque é mãe de família. Também expressou que sofre por todos os garotos que se queimaram no incêndio.

Diz-se que o Instituto era satânico. Às escondidas, seu filho lhe contava nas visitas que os internos passavam fome, frio, falta de roupa, nudez, torturas e garrotes. O Instituto estava a "meia légua" de sua casa e a visita era de meia hora. Para poder entrar como visita, faziam-na tirar a roupa para revistá-la. O Instituto parecia limpo e um médico via seu filho porque tinha problemas no peito.

Recorda-se de seu filho todos os domingos porque era o dia em que ia visitá-lo e, para poder levar algo, vendia qualquer coisa. No momento da declaração, seu filho havia morrido 2 antes. Além disso, sofre de pressão alta, asma e de insônia e tem "desejos de ir para junto dele". Seu filho a ajudava com seus irmãos, "ele era como o pai". Acrescentou que não esquecerá jamais o que aconteceu a seu filho porque o leva gravado em seu coração e não há nada que a possa consolar. Tem sempre a foto de seu filho em uma moldura em casa para nunca se esquecer dele.

Solicitou ao Tribunal "toda a ajuda possível", já que se encontra sozinha com nove filhos e não quer que tenham fome nem necessidade. Quer algo melhor para

seus filhos para que não aconteça com eles o mesmo que a seu filho Mario. Além disso, quer tranquilidade com o corpo de seu filho, pois os cadáveres vão ser removidos do cemitério e não tem dinheiro para pagar a sepultura. Portanto, solicitou que seja feita uma “sepultura para o cadáver de seu filho”. Finalmente, pediu justiça e para saber a razão pela qual o Instituto se incendiou e por que seu filho não saiu livre.

71. Em 6 de abril de 2004, as representantes enviaram o testemunho da senhora Silvia Portillo Martínez, em resposta ao disposto pelo Presidente por meio da Resolução de 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*). Esta declaração não foi prestada perante agente dotado de fé pública (par. 86 *infra*). A seguir, a Corte faz um resumo das partes relevantes.

### **Testemunho de Silvia Portillo Martínez, mãe de Raúl Esteban Portillo, ex-interno do Instituto**

Faziam inspeções vaginais nas mulheres que visitavam os internos do Instituto. Examinavam as garotas jovens porque levavam maconha para seus namorados. O mesmo acontece em Itaiguá. A comida que as visitas levavam era registrada e “des[cartada]”.

A testemunha visitou seu filho no Instituto um dia antes do incêndio. No dia do incêndio, uma pessoa chegou à casa da testemunha e lhe disse que o Pavilhão número 8 do Instituto havia se queimado. Uma filha foi pesquisar o acontecido e, quando retornou, disse-lhe que Raúl era o “que est[ava] pior”. Quando a testemunha foi ao hospital, seu filho estava irreconhecível, parecia “um monstro”. Um médico teve que lhe dizer quem era seu filho.

Quando seu filho se queimou, ela “temia perder o juízo”. A família tinha perdido as esperanças e viviam praticamente no hospital, razão pela qual sua casa “ficou à deriva”. Seu filho esteve em terapia intermediária e sofreu uma infecção por causa das queimaduras, a qual “atraía moscas”. Como não tinha ventilador, a testemunha recorreu à rádio Ñanduti para conseguir um.

Vários dos garotos que estavam no hospital foram morrendo. Ela, bem como sua família, sentia temor, “sentia-se traumatizada” e alterada de que seu filho tivesse “um desfecho fatal”. O hospital não contava com equipamento necessário para o tratamento, já que acabava de ser aberta a unidade de queimados. Uma médica perguntou pela família Portillo e disse a um membro da família que “se preparassem porque iam falecer todos os [...] que est[avam] hospitalizados porque não havia equipamentos.” Este membro da família insistiu com o diretor para que conseguisse os equipamentos e foi à imprensa para solicitar os aparelhos para a terapia. Os aparelhos foram levados dos Estados Unidos. Somente sobreviveram dois dos internos queimados, entre os quais se encontrava seu filho Raúl. O outro sobrevivente, Raúl de la Cruz, faleceu dois meses depois.

A testemunha sofreu muito no hospital, até que “um dia não podia mais” e chorava permanentemente. Em uma oportunidade, a testemunha estava resignada e “havia visto seu filho morto”. Portanto, teve de ser hospitalizada. Um dia ligaram e lhe perguntaram por seus filhos, mas estava sozinha. Disseram-lhe que se preparasse porque a seu filho os antibióticos não “chega[vam] na parte onde t[inha] a infecção

[...] de pulmão" e, portanto, ela devia "se preparar para a morte [de seu filho]". Posteriormente, um especialista de outro país viu seu filho, receitou-lhe um antibiótico caro e lhe disse que se Raúl "chegasse até a" noite, sobreviveria.

Quando seu filho saiu do hospital, esteve em casa "como um bebê", já que tinham que lhe dar comida, pois ele não podia "se virar sozinho". Duas vezes por semana, seu filho ia ao centro de queimados onde lhe faziam curativos. Depois teve uma cirurgia.

A testemunha pediu à Corte uma cirurgia "restauradora" ou plástica para seu filho, com a finalidade de que recupere a mobilidade e alivie suas queimaduras. Além disso, solicitou que seu filho seja "reabilitado de todas as sequelas, incluídas as respira[tórias]". Além disso, gostaria que seu filho estudasse porque não pôde fazê-lo e ela não tem meios. A testemunha vive em uma propriedade alheia, portanto, quer uma casa em um lugar onde tenha mais possibilidades de encontrar trabalho.

72. Em 18 de abril de 2004, as representantes manifestaram que as testemunhas Pedro Iván Peña e Raúl Esteban Portillo, "[não] compareceriam à [...] audiência". Em 26 de abril de 2004, as representantes, com autorização da Corte (par. 48 *supra*), enviaram um vídeo juntamente com as transcrições das declarações de Pedro Iván Peña e Raúl Esteban Portillo. Estas gravações e transcrições não foram prestadas perante agente dotado de fé pública.<sup>35</sup> A seguir, a Corte faz um resumo das partes relevantes.

#### **a) Testemunho de Pedro Iván Peña, ex-interno do Instituto**

Tinha 17 anos quando entrou no Instituto. O Instituto era um inferno e um lugar impressionante. A maioria dos internos tinha entre 15 e 18 anos. O lugar era pequeno e ficavam 300 internos por Pavilhão, quase todos atrás das grades. Saíam para o recreio somente 15 minutos por Pavilhão; os guardas lhes batiam se não voltassem rápido a suas celas depois de haver jogado uma partida de futebol. Não comiam, já que a comida era um desastre. Entretanto, se as visitas deixavam um pouco de dinheiro podiam comprar comida em uma cantina pequena. Era "como comida para um porco". Muitas vezes ficou doente por causa da comida.

Por outro lado, os internos sofriam muito maltrato físico, tratavam-nos como a "um animal". Batiam-lhes por qualquer coisa, por diversão. Algumas vezes lhes batiam nas mãos, nos pés e na cabeça; em outras oportunidades, metiam-nos no porão subterrâneo e nos algemavam. No "porão", havia ratos porque havia lixo. Não viu nenhum médico. Para dormir era como um zoológico, já que se alternava com outro companheiro para dormir na cama e no chão. Era "um curral". Fez o primeiro curso da escola no Instituto. Não se recorda em que mês saiu. Tudo isso o deixou traumatizado.

Esteve no incêndio da sexta-feira, 11 de fevereiro de 2000, e teve sorte de não ter morrido. Sofreu queimadura de terceiro grau em sua cara, peito, costas e nariz. Não sabe nada do que aconteceu no incêndio, já que desmaiou e se levantou

<sup>35</sup> Cf. expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, tomo I, folhas 264-289.

sozinho no hospital. Sua irmã não o reconheceu porque estava vendado e não podia falar. Esteve duas semanas no hospital e depois foi levado à enfermaria de Tacumbú. Depois, decretaram sua liberdade e saiu. Precisava de tratamento e não lhe deram. Pouco a pouco foi recuperando a fala. Sua família é pobre e lhe faltava orçamento. O incêndio e o Instituto o deixaram mal mentalmente. Não tem futuro, está mal.

Voltou a entrar ao Instituto porque estava marcado; ou seja, cada vez que acontecia algo e a polícia o via, agarrava-o, por um fato do qual não sabia nada. “Com todos fazem assim”. Por isso tem medo.

Quando Julio Duarte foi vê-lo em Itaiguá, este lhe disse em guarani que era advogado do incêndio e que iam ganhar muito dinheiro, “sim será feita justiça, você irá para a Costa Rica”. Pedro Iván Peña lhe comentou que sem sua advogada não falaria. Como se assustou por este fato, comunicou-o a sua irmã.

Precisa de ajuda; não irá seguir em frente porque não há trabalho. Tem muito pela frente e não perde a esperança. Desejaria ser doutor; quer ajudar a sociedade, o próximo que precise de ajuda. Há muitos inocentes que estão sofrendo na penitenciária; alguns quase não recebem visitas. Saem à rua e os trancam outra vez.

Solicitou à Corte uma operação e que lhe ajude porque quer ser médico. Além disso, precisa de trabalho e quer estudar, já que ainda é jovem. Por outro lado, não pode mover a mão e gostaria que a reparassem. Finalmente, solicitou proteção porque tem medo e não está seguro.

#### **b) Testemunho de Raúl Esteban Portillo, ex-interno do Instituto**

Tinha 16 anos quando entrou no Instituto. Da Delegacia o passaram ao Instituto sem avisar a sua família. Quando chegou, os guardas lhe bateram com “cassetete” na cara, nas mãos e nos pés. Esteve preso sete meses na primeira vez e oito dias na segunda.

Batiam nos internos em um porão que tinha barras de ferro na parede. Aí os colocavam e lhes batiam nas mãos, pés e cara. Levavam-lhes água, batiam neles por uma hora e os deixavam umas duas horas. Quando lhe bateram teve febre por uns nove dias, mas não foi visto por nenhum médico.

Alguns internos brigavam por comida porque tinham fome. Os pavilhões eram grandes, de aproximadamente 6 metros por 3 metros, nos quais estavam entre 20 ou 25 internos em cada um. Havia cerca de 500 pessoas no Instituto. No pavilhão onde chegou, estavam alguns condenados e ele estava processado. Eles limpavam o chão. Não havia ventilação, mas havia luz. Havia um banheiro sujo e somente tinham um chuveiro sem água quente nem toalha. Não lhes davam roupa nem itens de higiene. Andava descalço.

A comida não era boa e ficou doente por causa desta. A comida era preparada pelos internos, já que a cozinheira somente cozinhava para os guardas. Quando chegava a imprensa ou os observadores de direitos humanos, a cozinheira cozinhava.

Não havia nível para ele na escola, já que somente chegavam até a segunda série e ele estava na sexta. Entretanto, ia às aulas duas horas diárias para passar o dia. Havia

uma biblioteca, mas não era para os internos. Não aprendeu nenhum ofício; o único que aprendeu foi a roubar, a fumar cigarros e droga também. A maconha, o álcool e os comprimidos eram vendidos pelos guardas. Faziam-nos praticar a religião católica e não podiam usar o telefone, somente mandar cartas. Não havia médico, nem dentista, nem oculista, nem psiquiatra. Tampouco havia enfermeira. Se não se "curavam, morriam". Se os guardas descobriam que os internos tinham facas, os transferiam para Emboscada.

No incêndio de 11 de fevereiro de 2000, um guarda bateu em um interno e os demais se irritaram. Disseram que iam queimar os colchões para que a imprensa aparecesse. Seus amigos tinham fome e, além disso, apanhavam. Os internos tomaram a decisão de causar o incêndio porque "alguns levavam aí oito, dez anos e queriam sair. Entediavam-se." No incêndio, ele estava dormindo. Quando ele se levantou abriu uma janela e assim todos puderam respirar. Queimou-se todo: os braços, o peito e as costas. O cheiro lhe fazia mal e cuspiam sangue e cinzas. Não podiam sair porque havia uma agulha dentro do trinco. Pediam ajuda e os guardas diziam "*pe manomba*" que quer dizer, "morram todos". Os próprios internos demoraram 15 minutos para abrir o pavilhão.

No hospital, demoraram cerca de meia hora para atendê-lo. Esteve sete meses internado, dois dos quais esteve em coma. Depois foi levado para sua casa e aí se curou. Depois o retornaram ao Instituto, já que não queriam autorizar sua liberdade. Sofreu muitíssimo. Esteve como preso domiciliar um ano e seis meses. Condenaram-no e esteve em Itaiguá, que é um lugar melhor, mas a comida é um desastre e também lhes batiam. Quer estudar e não quer que aconteça nada a sua família. Nem o Instituto nem Itaiguá lhe ajudaram a mudar.

Solicitou à Corte apoio para seguir adiante e para estudar, já que gostaria de ser médico e não tem dinheiro para estudar. Além disso, solicitou que se conceda ajuda para seu lar, já que os desalojaram. Finalmente, solicitou ajuda para que possa mexer seu braço.

73. Em 31 de março de 2004, o Estado enviou as declarações juramentadas prestadas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai pelas testemunhas Fernando Vicente Canillas Vera, Teresa de Jesús Almirón Fernández, Michael Sean O'Loingsigh, Teófilo Báez Zacarías, Estanislao Balbuena Jara, Gloria Carolina Noemí Nicora de Martínez, Edgar Eduardo Giménez Gamarra, Carolina Isabel Laspina de Vera, Mirtha Isabel Herrera Fleitas, Inés Ramona Bogarín Peralta, Ana María de Jesús Llanes Ferreira, María Elizabeth Flores Negri, Maureen Antoinette Herman, Teresa Alcaraz de Mencia, María Vilma Talavera de Bogado, Carlos Alberto Torres Alújas, Christian Raphael Rojas Salinas, Ciriaco Rubén Valdéz Cáceres e Miguel Angel Insaurralde Coeffier, bem como os pareceres periciais dos senhores Jorge Rolón Luna e Pedro Juan Mayor Martínez (par. 45 *supra*), também prestados perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai, em resposta ao disposto pelo Presidente na Resolução de 2 de março de 2004 (par. 42 *supra*).<sup>36</sup> A seguir, a Corte resume as partes relevantes destas declarações.

<sup>36</sup> Cf. expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, tomo I, folhas 1-176.

### **a) Testemunho de Fernando Vicente Canillas Vera, Vice-Ministro do Ministério da Justiça e Trabalho**

Em fevereiro de 2000, foi ao Instituto assim que lhe informaram sobre o incêndio e avisou ao Corpo de Bombeiros, ao Promotor de Plantão e à Polícia Nacional. Foram os internos que iniciaram o incêndio e “emperraram” o cadeado do Pavilhão, razão pela qual houve um atraso de aproximadamente 15 minutos para poder abrir a porta e desalojá-los. No incêndio, faleceram no Instituto dois dos internos que, segundo testemunho de seus companheiros, foram os que bloquearam o cadeado e queimaram os colchões colocando-os contra a única porta da cela. Os queimados foram transferidos imediatamente a Emergências Médicas e ao Instituto do Queimado.

Em fevereiro de 2001, ocorreu outro incêndio menos grave ocasionado pela rejeição pelos internos das comunidades onde eram feitas gestões para abrir um Centro Educativo para sua transferência.

Em julho de 2001, ocorreu outro incêndio e ele se encontrava no Instituto, já que os guardas penitenciários reclamavam que os jovens não obedeciam suas ordens e se criava um ambiente de indisciplina. Esta situação culminou quando um dos menores supostamente agrediu um dos guardas e este lhe disparou no estômago. O interno foi transferido imediatamente a Emergências Médicas e, nesse momento, os internos começaram um incêndio de imensas proporções, o qual deixou o Instituto completamente inutilizável e sem segurança para a reclusão, de maneira que os internos foram transferidos a distintas penitenciárias regionais.

As medidas que o Ministério da Justiça adotou depois do incêndio foram: o atendimento imediato de todos os internos que sofreram algum tipo de queimadura; o estabelecimento de três farmácias para suprir os medicamentos necessários; os enxertos de pele em alguns casos; a assistência psicológica às vítimas e aos familiares; e a ajuda para o enterro dos falecidos.

A transferência dos internos depois do terceiro incêndio foi autorizada pela Juíza Ana María Llanes, que proferiu uma decisão que determinou a transferência dos menores para distintas penitenciárias, já que o Centro Educativo Itauguá já estava em sua capacidade máxima para seu bom funcionamento e seria contraproducente o envio destes internos para esse lugar.

Nunca se ordenou às forças policiais nem aos guardas penitenciários nenhum tipo de repressão. Em sua qualidade de Vice-Ministro nunca ordenou nem consentiu com prática de torturas ou maus-tratos no Instituto. Se havia algumas denúncias ordenava a abertura de um inquérito administrativo para esclarecer os fatos. Inclusive, existe uma denúncia feita por ele mesmo contra dois guardas por supostos atos de tortura. Além disso, nunca recebeu por escrito nenhuma denúncia sobre maus-tratos ou torturas que se deram no Instituto por parte de organizações não governamentais.

**b) Testemunho de Teófilo Báez Zacarías, guarda carcerário no Instituto**

É funcionário penitenciário e foi guarda carcerário no Instituto quando funcionava em Emboscada, e depois em Assunção, até outubro de 1999. Portanto, não presenciou nenhum dos incêndios porque estava lotado em outro lugar.

**c) Testemunho de Teresa Alcaraz de Mencia, funcionária do Ministério da Educação e Cultura**

Trabalhou como supervisora de 1998 até 2001 na região em que se encontrava o Centro de Educação de Jovens e Adultos nº 118 do Instituto "Panchito López", o qual funcionou sem interrupção de julho de 1993 até julho de 2001.

O Centro nº 118 se iniciou com três docentes e chegou a ter sete. O programa que oferecia era escolar básico, incluindo três turmas que iam da primeira até a sexta série e também incluía capacitação profissional como encanador, cozinheiro, cabeleireiro e eletricitista. As aulas ocorriam em horários especiais, das 13:00 horas às 15:00 horas e das 15:00 horas às 18:00 horas. 160 alunos se inscreveram, dos quais 110 terminaram a sexta série completando o primário. Além disso, os internos tinham cursos de computação. O irmão Michael Sean O'Loingsigh solicitava a abertura de mais turmas devido à quantidade excessiva de participantes.

**d) Testemunho de Teresa de Jesús Almirón Fernández, psicóloga**

É psicóloga clínica de emergência com especialização em crises e pacientes terminais e também é funcionária do Ministério da Justiça e Trabalho. Ofereceu assistência psicológica aos internos feridos nos incêndios ocorridos no Instituto, já que em todos os grandes incêndios ocorridos nas penitenciárias foi convocada pelos Ministros de plantão para a coordenação do trabalho de contenção de crise a familiares de internos acidentados. Tanto os gastos de Serviços Médicos como os medicamentos e os gastos fúnebres foram totalmente cobertos pelo Estado.

Prestou assistência a aproximadamente 70 pessoas durante um período aproximado de cinco meses para cada interno. Além disso, deu acompanhamento aos internos que tinham de realizar cirurgia plástica ou algum outro tratamento mais específico. Houve internos que haviam inalado muita fumaça e, portanto, continuaram seus tratamentos médicos no Hospital Max Boettner. Continuava mantendo relação telefônica com os internos, que, em sua maioria, reorientaram suas vidas; entretanto, outros voltaram a delinquir.

Prestou assessoria, entre outros, no Centro Educativo de Itaiguá e em Emboscada. Ofereceu assistência a todos os internos dos diferentes meios hospitalares e domiciliares. Recorreu a laboratórios particulares para estudos específicos de que não dispunham as instituições hospitalares.

As organizações não governamentais apresentavam, a todo o momento, projetos e estudos de modelos diferentes, que dificilmente teriam podido implementar na instituição

por não contar com a infraestrutura adequada e os recursos humanos disponíveis, por um lado, e muito menos tendo em consideração as idiossincrasias de seu meio.

**e) Testemunho de Gloria Carolina Noemí Nicora de Martínez, funcionária da Direção Geral de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho**

De março a julho de 2001, trabalhou no Instituto prestando assistência social e assessoramento em trabalhos artesanais. Depois deu assistência aos jovens que foram transferidos para distintas penitenciárias do país. Havia interesse por parte dos internos em dialogar sobre temas de consumo de drogas, prevenção e tratamento, já que alguns deles eram dependentes. Os internos se sentiam agradecidos e satisfeitos com seu trabalho; entretanto, em duas oportunidades sofreu tentativas de agressão.

Com relação aos familiares, seu grupo de trabalho conseguiu que se desse uma maior fluidez às visitas aos internos. Assim, no momento das visitas, conseguiram ver o progresso em relação aos laços de afetividade entre os mesmos.

No Instituto se encontravam 220 internos distribuídos em oito pavilhões. O horário do grupo de trabalho era das 8:00 às 12:00 horas nas segundas, quartas e sextas-feiras com atividades rotativas, nas quais trabalhavam com dois ou três pavilhões por dia.

Receberam apoio do UNICEF para a aquisição de roupas, colchões, cobertores e itens e higiene pessoal para os internos.

**f) Testemunho de Michael Sean O’Loingsigh, Coordenador da Equipe Pastoral e Educacional**

Durante o tempo em que trabalhou no Instituto, teve a responsabilidade de coordenar a equipe pastoral e educacional. Começou a trabalhar no Instituto no final de 1993 com um trabalho pastoral fazendo entrevistas aos internos, a seus familiares e a seus advogados.

Em 1994, começou a escola de alfabetização, Centro nº 118, que contava com uma professora do Ministério da Justiça e Trabalho e terminou essa atividade em 1999, com o primário completo até a sexta série. Existiam duas bibliotecas à disposição dos internos. Também se ensinava sobre o processo judicial, assim cada interno recebeu o nome de seu advogado, do promotor e do juiz. Havia ofícios e foram realizadas oficinas. Havia cursos sobre toxicomania e AIDS. Em 1998, participou com uma equipe multidisciplinar do Ministério da Educação e Cultura no desenvolvimento de um plano de apoio.

O Projeto Mini Empresas foi iniciado em 1998, com o propósito de dar emprego aos internos, técnicas novas para poupar seus ganhos, experiência de trabalho em grupo, preparação para sua integração à sociedade, autoestima e motivação para buscar um emprego por si mesmos.

No final de 1998, de uma população de 338 internos, 60% participaram na escola, 12% no desenvolvimento dos ofícios e 28% em outras atividades tais como cozinha e limpeza.



Além de coordenar o ensino dos internos, desde 1995 também coordenou oficinas de capacitação para os voluntários e funcionários do Instituto. A partir de 1998, alguns internos participaram destas oficinas. Conhece muitos ex-internos que conseguiram se reintegrar à sociedade e que, na atualidade, realizam diferentes tipos de atividades.

Um avanço fundamental no Instituto foi que cada interno tinha a possibilidade de avançar em seus estudos e se capacitar. Além disso, havia mais capacitação para os funcionários e voluntários do Instituto para que compreendessem melhor a complexidade do processo de reabilitação dos internos.

Portanto, de 1993 até 2000, houve uma mudança notável na parte educativa, no comportamento dos internos e no tratamento que eles receberam. Entretanto, o problema principal era o rechaço total por parte da sociedade.

Continua trabalhando com adolescentes infratores em Itauguá. Além disso, presta assistência às famílias dos internos e ex-internos no escritório da pastoral de adolescentes infratores no Seminário Metropolitano de Assunção.

#### **g) Testemunho de Inés Ramona Bogarín Peralta, funcionária do Ministério da Justiça e Trabalho**

A senhora Inés Ramona Bogarín Peralta, funcionária do Estado, prestou seu testemunho em relação ao funcionamento do Centro Educativo La Esperanza.

#### **h) Testemunho de Mirtha Isabel Herreras Fleitas, psicóloga e funcionária do Ministério da Justiça e Trabalho**

O Instituto servia como uma escola de aprendizagem para abandonar totalmente sua "opção de conduta" ou adaptá-la para sobreviver. Entretanto, o pessoal especializado não era suficiente. A instituição não tinha os meios necessários para cumprir suas tarefas.

Os traços gerais das personalidades destes jovens internos eram os seguintes: conflitos familiares em todas as dimensões, contato com entorpecentes desde muito cedo (8 anos em diante), desenraizamento familiar, antecedentes familiares de conflito com a lei, agressividade intra e extra punitiva, angústia, depressão, tentativa de suicídio, psicoses e experiências delitivas prévias a sua detenção.

Não existia uma política deliberada de violência no tratamento dos jovens. Diante das situações de violência, as autoridades escutavam e tomavam uma atitude de prevenção de tais situações. De fato, em várias oportunidades presenciou reprimendas da Direção ao pessoal em relação aos maus-tratos e atos violentos com os internos. Entretanto, existia uma debilidade organizacional da instituição.

Referiu-se aos avanços que representou o funcionamento do CEI Itauguá.

#### **i) Testemunho de Edgar Eduardo Giménez Gamarra, ex-diretor do Serviço de Atendimento aos Adolescentes Infratores (SENAI)**

Referiu-se aos avanços que implicou o funcionamento do CEI Itauguá.

Foi positiva a transferência dos internos do Instituto “Panchito López” aos centros educativos, essencialmente por motivos de infraestrutura e espaço e, principalmente, pela possibilidade de aplicar o novo sistema de atendimento ou modelo socioeducativo.

O SENAAI representa uma revolução positiva. Entretanto, para que funcione melhor é necessário que o governo paraguaio estabeleça como política de Estado as políticas penitenciárias de atendimento ao adolescente infrator, já que com isso se garantiria que as mesmas sejam realizadas apesar das trocas de governo ou das circunstâncias, garantindo assim um trabalho planejado com vistas ao êxito almejado.

#### **j) Testemunho de Estanislao Balbuena Jara, guarda carcerário no Instituto**

É funcionário do Ministério da Justiça e Trabalho, na qualidade de guarda penitenciário desde 1991. Continua trabalhando com adolescentes infratores e nenhuma vez maltratou os internos. Uma vez foi denunciado por um ato de tortura ou maltrato, mas foi comprovado no julgamento que “era uma acusação falsa”.

Seu trabalho é realizado nos escritórios administrativos, na entrada do estabelecimento, razão pela qual não fazia guarda dentro do Instituto e não tinha contato com os internos. Seu horário era de 24 horas de serviço contínuo e 48 horas livres.

No incêndio de fevereiro de 2000, estava de férias, mas presenciou o incêndio de 2001. O motivo do motim foi que os internos já queriam se transferir ao Centro Educativo de Itauguá e acreditavam que com o motim seriam transferidos mais rápido. Os internos queimaram o teto com pedaços de colchões. Não houve feridos nem queimados, mas sim destroços materiais como os portões de seu pavilhão, as salas de computação, a escola e os medicamentos da Enfermaria. Quando chegaram os bombeiros, a situação já estava controlada.

#### **k) Testemunho de Ana María de Jesús Llanes Ferreira, magistrada**

É juíza do Juizado de Execução de Sentenças, que entrou em funcionamento em fevereiro de 2001. As funções que competem a este órgão jurisdicional estão contidas nos códigos penal e processual penal, bem como na Constituição Nacional, dispõe que o objetivo das penas é a reabilitação do condenado e a proteção da sociedade.

Em sua qualidade de juíza de execução penal, esteve presente quando ocorreu o motim de 25 de julho de 2001 no Instituto; nesse sentido, deu assistência aos internos e ordenou transferências aos centros assistenciais e a outros centros de reclusão. Além disso, foram ordenadas transferências às penitenciárias do interior e inclusive à penitenciária de Emboscada, enquanto se reorganizaram novamente outros centros mais de acordo com a condição de menoridade dos internos transferidos. Adotou-se a determinação de transferi-los às penitenciárias de adultos, porque não se contava, naquele momento, com outro lugar de reclusão com infraestrutura para atender os menores. Entretanto, foi feito o acompanhamento da situação destes internos.

As visitas eram realizadas pela testemunha em companhia de médicos forenses, psicólogas e trabalhadoras sociais. A transferência foi uma medida acertada e uma obrigação do Estado.

Antes de ocorrer o motim, as transferências ao Centro Educativo de Itauguá estavam ocorrendo com base no comportamento dos internos. O programa executado se baseava em uma lista de 40 internos passíveis de serem transferidos. Sugeriu-se que se classificassem os internos em condenados e processados, bem como em conformidade com o tipo de crime. Por outro lado, pretendia-se destinar ao lugar adequado os afetados por alguma doença ou os que requeriam certo tipo de tratamento. Havia também a necessidade de dotar o mesmo de mais guardas penitenciários e de que estes fossem capacitados. Além disso, também eram necessários profissionais de saúde mental, psicólogos e trabalhadores sociais, já que o pessoal com que contava "o presídio" era insuficiente.

Por outro lado, a testemunha realizou um calendário de visitas aos distintos centros onde foram enviados os menores para constatar as condições em que estavam vivendo e apresentou relatórios à Corte Suprema de Justiça que continham sugestões, bem como recomendações ao Ministério da Justiça e Trabalho sobre alguns ajustes necessários que podiam ser feitos.

Durante seu desempenho como juíza de execução penal, recebeu e continua recebendo denúncias de maus-tratos que se alega terem ocorrido no Instituto e, posteriormente, no Centro Educativo de Itauguá. Nesses casos, intimou o juizado e os responsáveis destes centros, bem como os guardas penitenciários identificados. Posteriormente, as atas elaboradas são enviadas ao Ministério Público para a correspondente investigação do caso e posterior punição dos culpados. De fato, fez comparecer perante seu juizado o Ministro da Justiça e Trabalho e o Vice-Ministro, atendendo às denúncias que o juizado recebeu sobre maus-tratos, alimentação escassa, necessidade de colchões, assistência médica e necessidade de internamento em centros assistenciais.

O novo sistema penal estabelece melhores condições processuais, já que as causas agora não são tramitadas perante um juiz que tinha sob sua responsabilidade a investigação e o julgamento da causa. Além disso, não tinha o caráter público que atualmente a nova legislação penal lhe confere. O sistema penal para adolescentes infratores padece de problemas em relação a alguns aspectos processuais e à aplicação de algumas figuras jurídicas como, entre outros, a "agente de liberdade condicional, a suspensão condicional da execução da pena e a aplicação do critério de oportunidade". Na prática, não se vê implementada a medida socioeducativa de que trata o código. Além disso, há deficiências na assistência que oferecem os defensores públicos.

Em relação à sua experiência na aplicação do novo sistema penal e de processual penal, considerou que não produz o resultado esperado – principalmente em relação ao objetivo da pena que é a reabilitação do condenado. Atualmente, diante do aumento da reincidência, estão trabalhando em projetos que buscam aliviar algumas lacunas ou deficiências. Entretanto, os menores beneficiados conseguiram a reabilitação e sua reinserção na sociedade. Além disso, tem havido boa experiência com os menores aos que lhes foram concedidas saídas transitórias com postos de trabalho.

### **l) Testemunho de Maureen Antoinette Herman, funcionária da PROJOVEN**

A organização não governamental PROJOVEN funciona no Paraguai desde o ano 2000 e a testemunha trabalha com adolescentes de alto risco e em conflito com a lei desde setembro do ano de 1996.

A organização realizou tarefas de capacitação a adolescentes infratores no Instituto, no pavilhão de menores em Emboscada (quando os menores foram transferidos depois dos incêndios ocorridos no Instituto) e no Centro Educativo de Itauguá. Além disso, realizava visitas ocasionais e acompanhava vários casos, quando os adolescentes reclamavam de falta de comunicação com seus defensores e/ou suas famílias.

Em 2001, realizou uma série de oficinas no Instituto. Nesta época, quase sempre recebeu o apoio das autoridades para entrar na instituição e trabalhar com os reclusos. Entretanto, um dos impedimentos de seu trabalho dentro do Instituto foi a falta de pessoal da Instituição para acompanhá-los no pátio onde desenvolviam as oficinas. Além disso, de quarenta reclusos com quem trabalhou, a maioria estava sob os efeitos da maconha. “As condições de vida no [Instituto] claramente eram desumanas; a infraestrutura era totalmente inadequada [e] insalubre para a população e isto apresentou uma situação de iminente perigo para os reclusos.”

Além disso, a administração do Instituto foi muito precária, da falta de um sistema de arquivos para dados sobre os adolescentes até os procedimentos aplicados em situações quando as vidas dos adolescentes estavam em perigo. Aos funcionários faltava a capacitação necessária para garantir a segurança dos reclusos e prevenir as violações dos direitos dos adolescentes infratores. “Sem exagerar, [...] teria que descrever a situação como uma guerra civil, constantemente submersos em conflito interno entre reclusos e de reclusos com autoridades, mais especificamente com os guardas.” Seu grupo entrava assumindo que suas vidas estavam em perigo e aceitando esse risco.

Se não fosse pelo incêndio, o Instituto estaria funcionando hoje. O fechamento da instituição foi necessário. Entretanto, o fechamento forçado não produz grandes mudanças nas condições de vida dos adolescentes privados de sua liberdade no Paraguai. Itauguá é muito melhor e é apto para a população, mas continuam as mesmas falhas na Direção e há poucas diferenças nas condições de vida.

As mudanças legislativas são muito positivas. Entretanto, faltam os mecanismos para a implementação destas normas. O processo de implementação vai ser lento, pois há certa resistência por parte de juízes que não estão de acordo com as medidas alternativas.

### **m) Testemunho de María Vilma Talavera de Bogado, funcionária do Ministério da Educação e Cultura**

O Centro de Educação de Jovens e Adultos nº 118 está localizado no Instituto “Panchito López” e funcionava com três professores do Ministério da Justiça e Trabalho. Desconhece como foi o funcionamento do centro educativo dentro do Instituto porque somente teve acesso à informação sobre o seu funcionamento depois de sua transferência ao Centro Educativo Itauguá.

#### **n) Testemunho de María Elizabeth Flores Negri, pesquisadora**

Com base nas diferentes pesquisas que fez sobre as condições de vida carcerária no Centro Educativo Integral, notou-se um processo evolutivo que passou de "um total desleixo e falta de interesse do sistema de administração de justiça [...] a um estado de bastante e constante incremento da atenção" em relação às garantias judiciais dos internos e suas condições de vida.

Conheceu o Instituto quando se localizava na cidade de Emboscada, era um prédio velho, úmido, com deficiências sanitárias, de maneira que era absolutamente inadequado para a reclusão de adultos e muito menos de adolescentes.

A transferência do Instituto a Assunção propiciou uma maior atenção, devido às constantes denúncias que os internos faziam e às outras instituições relacionadas ao tema que podiam contatar facilmente por sua maior acessibilidade e proximidade. Além disso, incrementaram-se imediata e notavelmente as visitas de defensores e familiares, bem como de instituições de controle e defesa dos direitos humanos. Entretanto, as condições de vida não mudaram muito, já que a falta de infraestrutura era evidente; o local era muito menor e menos espaçoso que o anterior.

Recebeu denúncias de maus-tratos e tortura de adolescentes quando o Instituto funcionava tanto em Emboscada como em Assunção. Diante das denúncias "não formais" que recebeu contatou as autoridades nacionais, em especial a Promotoria Geral do Estado. Entretanto, as respostas obtidas nos diferentes casos foram "sempre insatisfatórias, já que a partir das mesmas não se buscou os responsáveis nem sequer foram tomadas medidas preventivas para o futuro".

#### **o) Testemunhos de Carlos Alberto Torres Alújas, Ciriaco Rubén Valdéz Cáceres e Christian Raphael Rojas Salinas, Bombeiros**

Estas testemunhas, membros do Corpo de Bombeiros no Paraguai, apresentaram uma explicação sobre a atuação dos bombeiros nos incêndios ocorridos no Instituto.

#### **p) Testemunho de Miguel Ángel Insaurralde Coeffier, Diretor do Centro Nacional do Queimado**

Era diretor do Centro Nacional do Queimado quando ocorreu o incêndio do Instituto em 11 de fevereiro de 2000. Nessa oportunidade, foram recebidas aproximadamente 30 pessoas. Todos os pacientes que ingressaram apresentaram um grau importante de dificuldade respiratória e as lesões cutâneas variavam entre 15% e 30% da superfície corporal. O procedimento em geral, até que os pacientes fossem posicionados em suas respectivas camas, com a assistência profissional e os equipamentos adequados, demorou menos de três horas.

O Centro Nacional do Queimado havia sido inaugurado no mesmo mês e ano do incêndio, mas tinha uma infraestrutura adequada e contava com uma equipe bem treinada. Houve internos que ficaram no hospital entre 15 dias e quatro meses. Todos

esses pacientes tiveram uma assistência integral, já que tiveram apoio farmacológico e alguns chegaram a passar por cirurgia de reconstrução.

A pessoa queimada é considerada paciente por muitos anos, em razão das sequelas de cicatrizes cutâneas e respiratórias que pode ter. Entretanto, o tratamento não se cumpriu, pois os internos não compareciam com adequada assiduidade ao hospital. Não podiam saber o motivo já que estes pacientes se encontravam “em uma situação especial”; portanto, não podiam saber se estavam livres ou detidos.

#### **q) Testemunho de Carolina Isabel Laspina de Vera, ex-Vice-Diretora do Centro Educativo Itauguá**

Foi vice-diretora do Centro Educativo Itauguá e diretora do Centro La Salle e trabalhou anteriormente no Instituto.

Conheceu internos que estiveram no Instituto e depois em Itauguá e La Salle; alguns obtiveram sua liberdade e atualmente estão trabalhando e estudando. Os jovens que estavam no Instituto, quando sabiam que seriam transferidos a Itauguá, tinham uma mudança de atitude, pois “era uma esperança para eles”.

As transferências foram realizadas de maneira progressiva e gradual por motivos de infraestrutura, escassez de pessoal e preparação dos jovens tanto do Instituto como de Itauguá. Nunca acreditou ser conveniente realizar transferências massivas.

#### **r) Perícia de Pedro Juan Mayor Martínez, juiz**

A Constituição de 1992 se propôs a ajustar as normativas legais e capacitar os operadores do sistema penal, sensibilizando-os às realidades nacionais, fundamentada no reconhecimento da dignidade humana.

O sistema penal anterior era um sistema misto com predomínio de formas inquisitórias como o segredo de inquérito, a oficiosidade do juiz investigador, a investigação e o julgamento a cargo do mesmo juiz, a confissão como rainha das provas, a prisão preventiva como regra e a superlotação carcerária de indivíduos sem condenação – tudo isso, obviamente, dentro do procedimento escrito e prolongado.

Com a nova normativa, a imputabilidade foi elevada aos 14 anos. Embora ainda não se contasse naquele momento com normativas especiais, a condição de menor era tomada como atenuante das sanções, ajustando-se à normativa nacional atualmente vigente, à Convenção sobre os Direitos da Criança e às correntes doutrinárias majoritárias.

Em 1998, foi sancionado o Código Processual Penal, que entrou em vigência parcial em 1999, e em vigência plena em 2000, depois de um período de transição durante o qual foram encerradas as causas que haviam sido iniciadas sob a vigência do sistema processual anterior. Além disso, além de argumentar o princípio constitucional da excepcionalidade da privação de liberdade preventiva, o novo código conseguiu definir o caráter meramente processual da mesma e permitiu ao sistema penal contar com uma série de opções para evitar o “encarceramento” do adolescente, favorecendo

decisões e mecanismos educativos muito mais eficazes, os quais permitem aos internos conhecer seus julgadores e sua vinculação a seu entorno familiar de forma participativa na tomada de suas decisões.

O novo código estabeleceu um procedimento especial para menores, no qual a figura do acusado adolescente se destaca do conceito de acusado em geral. Foi proposto aos adolescentes uma discriminação positiva em relação aos procedimentos utilizados. Nesse sentido, a privação da liberdade deve ser resolvida pelo juiz no prazo de 24 horas a partir da prisão.

O Código da Infância e Adolescência estabelece o sistema de sanções e o procedimento na jurisdição penal para os adolescentes. Nele se delineia a nova ideologia da proteção integral, abandonando a da situação irregular. Neste código se prevê a aplicação do sistema processual de adultos quando existam lacunas ou não se disponha algo distinto em relação ao caso concreto. Com isso se oferece "um *plus* à proteção dos adolescentes" e lhes torna beneficiários também dos direitos processuais para adultos.

A medida privativa de liberdade terá uma duração mínima de seis meses e máxima de quatro anos. No caso de um fato qualificado como crime pelo Direito Penal comum, a duração máxima da medida será de oito anos.

#### **s) Perícia de Jorge Rolón Luna, advogado**

No Código da Infância, estão reguladas algumas questões importantes como a proteção da identidade, o direito das crianças a manifestar sua opinião e a que esta seja levada em consideração nos assuntos que lhes afetam. Além disso, abordam-se as questões das crianças vítimas de abusos e negligências, a adoção, a saúde, a revisão periódica das condições de reclusão, a educação, entre outras. Nesse sentido, estão estabelecidas claramente as obrigações do Estado e dos particulares com relação aos meninos e meninas, bem como uma jurisdição especializada com um procedimento especializado.

O desafio para a implementação da legislação vigente vai muito além da designação de recursos às áreas estatais que trabalham com adolescentes em conflito com a lei. "A situação de pobreza que amplos setores da sociedade paraguaia estão padecendo reclama medidas urgentes de política social, que sempre são mais efetivas que [as] medidas de política criminal. Qualquer outro caminho que não contemple estratégias de mitigação e de erradicação da pobreza não terá nenhum resultado." De qualquer maneira, o Estado necessita destinar urgentemente recursos para a melhoria dos centros de detenção de menores, os quais ainda requerem importantes melhoras e concurso de pessoal qualificado e suficiente.

74. Durante a audiência pública (par. 43 *supra*), o Estado e as representantes apresentaram documentação como prova (par. 56 *supra*).<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Cf. expediente correspondente à prova recebida após a audiência pública realizada nos dias 3, 4 e 5 de maio de 2004, apresentadas pelo Estado e pelas representantes, tomo I, folhas 1-105.

75. As representantes, ao apresentarem suas alegações finais escritas (par. 59 *supra*), anexaram diversos documentos como prova.<sup>38</sup>

76. Em 27 de agosto de 2004, o Estado apresentou parte da prova documental que havia sido pedida como prova para melhor decidir (par. 61 *supra*).

77. Em 27 de agosto de 2004, as representantes apresentaram parte da prova documental que havia sido pedida como prova para melhor decidir (par. 61 *supra*).

78. Em 30 de agosto de 2004, a Comissão apresentou parte da prova documental que havia sido pedida como prova para melhor decidir (par. 61 *supra*).

## **B) PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL**

79. Nos dias 3 e 4 de maio de 2004, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas e os pareceres dos peritos propostos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelas representantes (par. 43 *supra*). A seguir, o Tribunal resume as partes relevantes destas declarações e perícias.

### **a) Testemunho de Dionicio Vega, pai de Sergio Daniel Vega Figueredo, ex-interno do Instituto, falecido**

Seu filho se chamava Sergio Daniel Vega Figueredo e esteve internado um ano e sete meses no Instituto, sem que houvesse sido proferida sentença condenatória. Tinha 16 anos quando foi internado. Antes de ingressar no Instituto seu filho “era uma pessoa normal” e não consumia drogas.

Sergio Daniel era acusado de ter cometido “lesão corporal leve”. Um ano depois, “as garotas” que estiveram com ele no dia em que aconteceram os fatos pelos quais foi acusado declararam que não era culpado. A família conseguiu um advogado, “um senhor pobre”, que não conseguiu sua liberdade porque o promotor lhes disse que “sua documentação est[ava] arquivada”.

A testemunha ia visitar seu filho somente aos sábados e domingos porque nos dias úteis trabalhava. Seu filho lhe descrevia os maus-tratos que lhe davam e o primeiro que percebeu nele foi uma chamativa perda de peso, mas aparentemente se acostumou ao regime do presídio. Seu “filho era torturado no internato pelos funcionários do presídio”. Havia aproximadamente 30 internos em cada cela do Instituto. Em um espaço não tão grande havia cerca de 50 internos. Alguns internos tinham camas, outros dormiam sobre colchões no chão e outros dormiam diretamente no chão sem nenhum colchão. Tinham um banheiro em cada quarto ou cela. Desconhece se havia médicos, mas sabe que quando os internos tinham alguma doença unicamente eram medicados com algum comprimido.

Em 11 de fevereiro de 2000, seu filho morreu asfixiado no Instituto. A testemunha ficou sabendo por meio da imprensa. Sergio Daniel estava dormindo quando começou

<sup>38</sup> Cf. expediente de mérito, tomo VIII, folhas, 2283-2364.



o incêndio. Quando sua esposa e ele se dirigiram ao Instituto, disseram-lhes que os internos já não estavam lá, que haviam sido transferidos a um centro de queimados localizado em um município próximo à capital. Eles esperaram um longo tempo no Instituto, mas não os levaram a seu filho. Um filho mais velho da testemunha comentou que havia recebido a informação de que retornassem a sua casa, onde entregariam Sergio Daniel.

Alguns disseram que foram os internos que iniciaram o incêndio, mas pode ter sido "outra pessoa". "Há muitas versões, mas [...] não sabemos qual é a realidade." Eles não receberam nem um guarani; somente receberam o caixão.

Até agora sua família está muito triste pela desgraça que passaram. Tem onze filhos e nenhum outro esteve no Instituto ou em nenhuma delegacia.

Espera justiça da Corte porque em seu país não a conseguiu. Solicitou que lhe seja paga uma indenização para ter uma sepultura, já que seu filho está na de um familiar distante. Há outras famílias que também foram afetadas por situações similares à que passou.

#### **b) Testemunho de Rosalía Figueredo Britez, mãe de Sergio Daniel Vega Figueredo, ex-interno do Instituto, falecido**

Conheceu o Instituto porque seu filho, Sergio Daniel Vega Figueredo, esteve internado. Seu filho foi levado pela polícia em 25 de junho de 1999. Ao chegar à delegacia para buscar seu filho a polícia lhe disse: "Seu filho se complicou sem razão, senhora". A testemunha não conseguiu retirá-lo porque não tinha dinheiro e lhe pediram 500.000 guaranis para liberar seu filho da Delegacia. Teria pagado se tivesse, mas não era assim. Por não ter dinheiro, seu filho está morto. Em 2 de julho de 1999, seu filho foi transferido ao Instituto sem que ele houvesse prestado uma declaração perante uma autoridade competente. Sergio Daniel esteve no Instituto por um ano e sete meses. "Três dias depois de entrar [no] 'Panchito' completou seus 17 anos." Após um ano, uma garota declarou que seu filho não estava com eles quando aconteceu o fato pelo qual seu filho foi culpado. A testemunha manifestou ter 11 filhos, dos quais nenhum havia tido conflito com a lei.

Ela ia visitar seu filho nas terças-feiras, quintas-feiras, sábados e domingos. A visita consistia em que os familiares iam ao Instituto e levavam as coisas que podiam. Ela levava para seu filho comida, suco, roupa, sapatos e tudo o que precisava. Depois os guardas tiravam o interno de sua cela das 10 da manhã até as 2 da tarde.

Fez muitas gestões para obter a liberdade de seu filho. De fato, falou com um advogado, que lhe disse que ia tirar seu filho em três meses, "porque ele est[ava] complicado sem razão". Depois, o caso passou a outra advogada "dos pobres", que não conseguiu fazer nada apesar de ter lutado juntamente com a senhora e dizia que não conseguia nada "porque o promotor arquivou o caso de [s]eu filho". Lutou para falar com o promotor, já que uma garota havia declarado que seu filho não tinha a ver com o crime do qual era acusado. Entretanto, o promotor lhe disse: "Senhora, se

quiser saber outra coisa, pode vir bater à minha porta, mas o documento de seu filho, agora, não vou ler. Está arquivado". Seu filho nunca foi condenado.

Sergio Daniel era bom, muito calado e nunca se queixava. Quando estava no Instituto ele lhe dizia que ia sair daí porque não havia feito nada e tinha fé em Deus. Ele estudava no Instituto – chegou à sexta série – e fazia um cursinho para a crisma. Antes de entrar no Instituto, seu filho não consumia drogas, mas depois de entrar, sim. Os guardas diziam que as mães levavam as drogas para eles, mas ela não ia levar "uma coisa que envenena [seu] filho".

O incêndio aconteceu na sexta-feira, 11 de fevereiro de 2000. Na quinta-feira anterior, disse a seu filho que não ia poder ir no sábado. "Mas [...] no sábado o enterr[ou]." Ela ficou sabendo do incêndio pela televisão, que informou que "o primeiro falecido e[ra] Sergio Vera", mas seu sobrenome era Vega. Foi correndo junto com seu marido até a penitenciária onde lhe disseram que seu filho estava no Instituto de Queimados. O diretor do Instituto lhes disse que seu filho não havia morrido, que estava em Areguá e que logo viria o taxi que ia levá-los para lá. Entretanto, seu filho mais velho foi ao Hospital e depois os chamou para lhes dizer que Sergio Daniel havia sido o primeiro falecido. O médico que o atendeu colocou no papel "que morreu intoxicado por fumaça". Depois foi para sua casa esperar o corpo de seu filho. Nunca recebeu nenhum tipo de explicação nem desculpa por parte do governo.

Quer saber o que aconteceu no incêndio, já que um garoto que não morreu lhe comentou que todos estavam dormindo e que quando começou o incêndio pediram muita ajuda. Não sabe se havia extintores para apagar o fogo. A torneira estava fora, no pátio, mas essa noite não tiveram água. Esse garoto lhe disse que havia sido "de propósito". Isso "é injusto, [já que] todos somos seres humanos." Os guardas penitenciários não estão preparados em seu país. Para estarem deveriam "ser psicólogo[s]".

Toda sua família está muito ferida. O que mais sentem é que seu filho estava no Instituto por lesões corporais leves e que não puderam conseguir sua liberdade. Sergio Daniel lhe dizia que não desejava a penitenciária nem para seu pior inimigo.

Seu filho nunca lhe contou que o torturavam; entretanto, dizia-lhe que à noite levavam Sergio Daniel ao porão para torturar os que cometiam uma falta [disciplinar]; que lhes atavam os pés e os colocavam de cabeça para baixo e assim acordavam; assim os deixavam toda a noite. Um guarda disse à testemunha, em relação à disciplina, que "se há em uma cela 50 e um comete uma falta [disciplinar], castigo os 50".

Espera conseguir a justiça que não conseguiu em seu país. Ela quer a justiça para "todos os garotos que estão vivendo agora", já que ela perdeu seu filho. Os garotos que estão vivos necessitam ser "ouvidos, porque há muitos meninos que não têm nem visitas, nem ninguém [que vá] a vê-los, e em seu[s] [processos] ninguém [...] irá mexer. Porque há mães que [...] abandonam seus filhos." Quer que "exista justiça, que se cumpra[m] os direitos".

**c) Testemunho de Teofista Domínguez Riveros, mãe de Sergio David Poletti Domínguez, ex-interno do Instituto, falecido**

É auxiliar de enfermagem, tem seis filhos e era mãe de Sergio David Poletti Domínguez, que estava prestes a completar 16 anos. Um dia a polícia chamou seu filho para que comparecesse a uma "averiguação" na delegacia. De lá foi diretamente levado ao Instituto, onde esteve de março de 1999 até 11 de fevereiro de 2000, quando ocorreu o incêndio. Seu filho esteve internado sem que houvesse sido proferida sentença condenatória e era inocente. Ele tinha um advogado particular que o defendia antes e, inclusive, depois de sua morte.

Sergio David era "contínuo" do Correio Nacional de Assunção. Era um bom garoto que sempre que recebia seu salário levava presentes para sua irmã, porque ela era quem lavava suas roupas. Era um bom garoto, mas saiu do centro correccional como "um selvagem".

Em 11 de fevereiro de 2000, ligou a televisão antes de ir para o trabalho e a primeira coisa que viu foi o incêndio do Instituto. Foi diretamente lá, onde informaram que seu filho estava no Instituto do Queimado.

Quando chegou ao Instituto do Queimado, nenhuma mãe havia entrado, mas ela entrou camuflada porque estava vestida de branco e ninguém sabia que era a mãe de Sergio David. Em um dos quartos havia vários garotos e em outra sala menor havia cerca de seis jovens e entre eles estava seu filho. Seu filho não tinha oxigênio, "não tinha nada [...], estava pedindo ajuda por causa da dor", assim como todos os demais. Os "garotos estavam vomitando carvão" e todos pediam água. Pensou que seu filho havia queimado todos os dentes, de maneira que revisou sua boca. Estava todo preto, de modo que o limpou. Ninguém lhe perguntou quem era ela porque pensavam que era uma voluntária. Perguntou a um médico como estava seu filho, mas ninguém lhe respondia nada. Ela começou a falar com todos os garotos ou eles falavam com ela.

Sergio David esteve consciente até as últimas horas antes de morrer, razão pela qual conseguiu conversar com ele. Um guarda entrou ao quarto onde estavam os feridos e um dos internos lhe disse: "Vá embora daqui, o que você quer agora? Ou você quer matar todos nós aqui? Lá não conseguiu e querem nos matar aqui". Ela disse em guarani ao garoto que ele não tinha culpa e perguntou por que o tratavam assim. Seu filho e os outros seis garotos que estavam aí conscientes lhe contaram que o incêndio foi causado por um guarda carcerário que jogou algo e depois acendeu o fogo. Também lhe contaram que haviam pedido ajuda para que abrissem a grade para eles e que, enquanto isso, os guardas lhes diziam: "calem-se, deixem de gritar porque vamos disparar em vocês!" Seu filho comentou que os internos não tinham água, que haviam fechado a passagem da água.

Sergio David faleceu dois dias depois do incêndio. Quando seu filho morreu, ela o recolheu e o enterrou. O caixão foi levado por um cunhado que é funcionário da Justiça e Trabalho e o resto foi pago por sua família.

Desde o momento que seu filho foi ao Instituto, ela perdeu toda sua família, já que Sergio David precisava de atenção; já não tinha amigos nem amizades porque

a dedicação completa era para Sergio. Todos na família ficaram mal, já que choram desde a detenção de seu filho até hoje. Até hoje não puderam recuperar tudo o que perderam com Sergio desde sua detenção até sua morte; por isso, não podem contratar um profissional para que trate seus outros filhos nem pode enviá-los à faculdade.

O Instituto era um lugar não muito grande e nele havia mais de 600 “garotos”. A comida era “incomível”. Por isso, a testemunha levava comida e dinheiro para seu filho para que desse ao guarda e assim o tratamento fosse “um pouquinho mais leve”. O Instituto não era um correccional; era um lugar onde parecia que detinham os internos como “animais”. A cela era de aproximadamente dois metros para mais de 30 crianças. Os internos estavam fechados todo o dia e somente saíam para tomar café da manhã, almoçar e jantar. Quando ia ao Instituto, os visitantes eram registrados e desvestidos para ver o que levavam. Nos dias em que ia visitá-lo, sempre lhe dizia que havia sido castigado, que não se dava bem com o guarda ou que ia à sala de castigo. Em relação aos castigos, seu filho lhe dizia que havia “vezes que o [guarda] melhor [o fazia] pular; o [guarda] que e[ra] mais forte [o] coloca[va] com as mãos para baixo por umas horas, [com] a cabeça para baixo e as pernas para cima, pendurado pelas pernas”. Quando os internos se levantavam daí, se batiam por causa da tontura. Para a testemunha, esse tratamento é desumano.

Sergio sofria dores de cabeça, nas costas e na cintura; ela sempre lhe levava alguns medicamentos. Uma vez teve sarna. Nunca foi atendido por um médico; ela era seu médico. Davam-lhes a recomendação de que não podiam levar muito medicamento.

Contratou uma psicóloga particular para seu filho pela situação em que estava e porque via que “já não era um garoto normal.” A psicóloga o visitava três vezes por semana no Instituto durante quatro meses, até sua morte.

Apresentou uma demanda civil contra o Estado que está arquivada “até que outras pessoas movam isto”.

Não pediu à Corte nada para seu filho morto, mas para os filhos vivos porque estão impactados, como ela está, já que não há nada que possa aliviar uma dor tão grande como a perda de um filho. Além disso, pediu ajuda para aqueles que sofreram maus-tratos e que se queimaram no incêndio do Instituto. Solicitou que a justiça paraguaia seja imparcial, humana e “que todos s[ejam] iguais”.

#### **d) Testemunho de Felipa Benicia Valdez, mãe de Diego Walter Valdez, ex-interno do Instituto, falecido**

Seu filho, Diego Walter Valdez, era um garoto bom e obediente. Aos 11 anos, um patrulheiro disparou em suas pernas e depois o levou para ser atendido. Entretanto, ficou quinze dias na delegacia, onde lhe pediram 150 mil guaranis para liberá-lo; por isso, vendeu seu guarda-roupa. Quando seu filho tinha 13 anos, o levaram à delegacia e lhe pediram dinheiro para entregá-lo, mas ela não tinha a quantia que lhe pediram. Então o levaram ao Instituto ainda que não fosse culpado e nunca lhe foi atribuída uma pena; depois de três meses, lhe deram a liberdade. Aos 16 anos, o culpavam de roubar um celular. Para poder tirá-lo, vendeu seu fogão e sua geladeira. Entretanto,

voltaram a levá-lo para o Instituto. Levava seis meses lá quando aconteceu o incêndio. Seu filho nunca foi condenado, mas tinha um advogado.

Ela ia nos dias de visita ao Instituto: terças-feiras, quintas-feiras e domingos. Entretanto, algumas vezes ele estava em um porão “para que [fosse] menor [s]ua condenação”. Nesse porão, lhe batiam e não lhe davam comida, somente água. Um dia “vomitou” sangue e mandaram chamá-la com urgência, para tirá-lo com urgência; ele lhe contou que lhe batiam muito na cintura. Nessa oportunidade, levaram Diego Walter ao médico e lhe deram medicamentos; não permitiram que a testemunha levasse medicamento para ele. Seu filho estava em uma cadeira de rodas. Antes de entrar ao Instituto, seu filho estava bem, mas depois estava magro e pálido. Davam-lhe comida “como um porco”. Dava-lhe muita pena que seu filho sofresse sem culpa. Ele não queria lhe contar muito para não machucá-la, já que ela tem problemas do coração.

Ficou sabendo do incêndio quatro dias depois, quando sua filha lhe informou, já que não tinha televisão porque a tinha vendido para resgatar seu filho na segunda vez que o haviam detido. Sua filha lhe disse que todos os internos estavam no hospital. Foi ao hospital e, ao tentar entrar, a empurraram e lhe disseram que não podia entrar porque ia infectar seu filho. Um dia depois a deixaram entrar. A testemunha perguntou ao médico se podia levar medicamentos para seu filho porque no hospital estava em falta, mas ele lhe disse que não. Seu filho lhe comentou que estava acordado no dia do incêndio e que de fora alguém jogou “algo para que [...] se queimassem”. Poucos dias depois do incêndio, depois de iniciar a terapia, seu filho morreu. O coração da testemunha estava derrotado. A testemunha queria sair a gritar pela rua: “por que aconte[ceram] estas coisas? Todos somos seres humanos”. Não aguentava essa dor. Ela pensava que estando dentro do Instituto o Estado ia garantir que nada acontecesse a seu filho.

Posteriormente, alguém que não disse seu nome chamou a testemunha por telefone e lhe disse que ia pagá-la e que se tranquilizasse, mas ela lhe respondeu que seu “filho não tinha preço”.

A morte de Diego Walter a deixou doente. Isso lhe dói muito, não compreende como seres humanos têm um coração tão duro para fazer essas coisas. A testemunha tem problemas de coração; atualmente está fazendo um tratamento cardíaco muito duro. Seu filho Cristian, de 14 anos, assustou-se e ficou “meio bobo”. O acontecido também afetou seus outros filhos William Santiago e Gloria Raquel.

Solicitou à Corte que faça justiça e que, pelo menos, cuide dos “garotos” que se queimaram.

#### **e) Testemunho de Juan Antonio de la Vega Elorza, sacerdote jesuíta e advogado**

Atualmente trabalha como capelão da Penitenciária Nacional de Tacumbú, em Assunção. Seu trabalho se relaciona à vida espiritual dos internos, à assistência jurídica e à parte assistencial.

O Instituto era uma residência pequena, não terminada, que ia ser dada a um comissário chefe do agrupamento especializado da polícia. As autoridades justificavam o fato de que o Instituto se localizasse onde viria a ser uma residência, dizendo que era somente uma medida provisória, enquanto se buscava outro lugar um pouco mais amplo e com condições mais adequadas para recuperar esses garotos. O Instituto não possuía nenhuma condição para a recuperação dos internos. Não havia lugar para descarregar a tensão dos adolescentes. Havia apenas um pátio; portanto, faziam esporte por grupos. Havia oportunidades em que estavam fechados por dias sem fazer nem sequer um passeio pelo pátio, contra as normas estabelecidas pelas Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquente. Tampouco havia médicos ou medicamentos.

Não existia nenhuma norma de classificação dos internos por idade nem por acusados e condenados. Além disso, ainda que a lei o preveja, normalmente não se fazia nos internos uma revisão médica, odontológica ou psicológica ao entrar ao Instituto. As instalações dos banheiros do Instituto eram poucas, pobres e péssimas. Havia cheiros desagradáveis, porque não tinham sabão, a água era fria e não tinham com o que se secar. Os internos não tinham celas individuais para cada um. A “única cela individual, mas não era individual, era a cela de castigo”, a qual “é uma penitenciária dentro da penitenciária, que é horrível e espantosa[.]” Ele viu a cela de castigo; estava em um porão e lá os internos passavam o dia todo fechados na penumbra. De fato, um “Ministro da Corte” mandou fechar esta cela. Entretanto, no dia seguinte foi reaberta. Havia salas onde havia 30 ou 40 garotos em beliches e também dormindo no chão. Como eram adolescentes na plenitude de sua vida sexual, isso fazia com que quem “pagasse as consequências fosse o mais jovem ou menor”, já que o consideravam “um escravo que tinha que se submeter a quem o escolhia”. “Havia menores de idade que dava pena como choravam porque os haviam estuprado essa noite três ou quatro vezes.” Estes menores estuprados precisam de um tratamento psicológico e psiquiátrico para superar o trauma. Durante a noite se reduz a guarda e nos pavilhões se pode fazer o que “lhes dê vontade”.

É difícil que os internos denunciem qualquer situação, já que existe uma “lei do silêncio”, com base na qual ninguém viu nem ouviu nada, porque, do contrário, sabem que serão castigados. Vi e escutei por parte dos internos que foram objeto de torturas ou maus-tratos por parte dos guardas penitenciários. Entretanto, os internos não querem dar nomes.

Os guardas vendiam droga aos jovens do Instituto. A imagem dos zeladores é muito ruim, já que são pessoas que não puderam trabalhar em outro lugar. A maior parte deles não completou nem a educação primária. Então, para se fazer respeitar, “a disciplina é o pau, nada mais”.

As condições de detenção no Instituto eram totalmente indignas e inadequadas. “Estamos educando-os para o uso da liberdade e os colocamos em um lugar onde não se faz uso da liberdade; estamos educando-os para que no dia de amanhã sejam úteis e estamos três ou quatro anos fomentando sua ociosidade, porque estão ociosos todo o dia.” Era reeducação para o crime, já que o índice de reincidência era muito

alto. O efeito que estas condições de detenção ocasionavam nos internos do Instituto era o rechaço à sociedade, já que eram tratados como “feras”.

Dentro da penitenciária, não se pode capacitá-los em um ofício. Não existiam as condições para a educação e não havia estímulos. Não havia lugares, escrivaninhas, cadeiras, cadernos, lápis, nem canetas. O número de professoras não era adequado. Normalmente não há dinheiro para comer, menos ainda para comprar um computador.

Há muita podridão no Instituto; entretanto, também há gente boa e honesta. Por outro lado, existe um livro de registros dos advogados defensores que vão visitar os internos. Normalmente são poucos advogados, alguns são estupendos, mas muitos são descuidados e ineficientes. Um problema é que atualmente são seis meses o que se leva na investigação do fato, ou seja, fica-se seis meses na penitenciária, seja inocente ou culpado.

Depois dos incêndios, alguns menores foram transferidos para Tacumbú, mas não estiveram por muito tempo, já que era provisório. Entretanto, não estavam separados dos adultos porque não havia espaço.

Há meninos de rua que não tiveram família e dá pena ver sua ficha: “nome do pai: ignorado”, “nome do pai: desconhecido”; é tremendo.

Uma das medidas que a Corte poderia tomar para que os garotos que estiveram internos no Instituto possam realmente se reintegrar à sociedade paraguaia é simplesmente que se cumpram as leis, já que não se cumpre absolutamente nenhuma. Também é essencial o “tratamento e o acompanhamento”. Por outro lado, é necessário ampliar e desenvolver o Código da Infância e Adolescência.

#### **f) Testemunho de María Zulia Giménez González, jornalista e advogada**

Escreveu vários artigos no jornal *Noticias de Asunción*, em sua condição de jornalista cronista da área “judiciária”. Por isso, em 11 de fevereiro de 2000, foi ao Instituto quando aconteceu o incêndio. Chegou depois de ocorridos os fatos, quando os internos já haviam sido transferidos a centros assistenciais; portanto, limitou-se a coletar versões das pessoas, de vizinhos e de outros internos, que lhe relataram como haveriam ocorrido os fatos.

Conhecia as condições do Instituto antes do incêndio porque o visitava assiduamente, já que era sua área de cobertura. Nos dias em que os juizes visitavam, limpavam “o mal chamado [centro] correcional” e o pintavam com cal. Entretanto, quando os juizes saíam, “começava de novo o inferno”. Além disso, os internos manifestavam que havia um lugar onde eram torturados, em um porão. Ela viu o porão e como eram tratados; além disso, viu como esses meninos estavam amontoados nas celas.

Por outro lado, os guardas penitenciários estavam treinados para castigar e torturar, mas não para tratar os internos como seres humanos. Além disso, a testemunha nunca viu extintores nem teve conhecimento de que tenha existido um plano de emergência no Instituto.

### **g) Perícia de Mario Ramón Torres Portillo, psicólogo**

Em 1992 e 1993, participou no Instituto como assistente psicológico de maneira esporádica. Fazia voluntariado dentro das penitenciárias com autorização do Ministério da Justiça. Em 1994, convidaram-no a participar como perito do Instituto.

O ambiente no sistema carcerário é paranóico, do diretor aos guardas penitenciários e aos jovens. Portanto, o acesso das organizações não governamentais é limitado. Apesar disso, quando a imprensa divulgou a situação no Instituto, o Ministério da Justiça teve que permitir o ingresso.

Apesar de o Instituto ter sido denominado como uma instituição de reeducação, não cumpriu essa função, já que “e[ra] uma escola de perda de sentido da vida”. Havia um abandono absoluto no aspecto educativo e comunicacional. Esta conclusão está baseada em um trabalho de pesquisa que realizaram, “Defesa da Criança Internacional”, a Promotoria Geral do Estado e o UNICEF nos anos de 1996, 1997 e 1998. Esta pesquisa não foi levada em consideração pelas autoridades estatais. Nesta pesquisa se detectou que o pensamento dos jovens adolescentes sofria um estancamento intelectual em relação ao nível conceitual e simbólico.

As brigas entre adolescentes são muito comuns, mas no caso concreto do Instituto, a situação se tornava mais aguda pela falta de “contenção afetiva e ambiental adequada”. Como consequência, apresentavam-se quadros de paranóia e desconfiança. Os menores do Instituto se polarizavam em grupos contrários devido ao abandono e ao “descontentamento afetivo, social e metodológico”. As lutas e as brigas entre eles podiam ser mortais porque viviam uma angústia incontrolável e não existiam “elementos de contenção” que pudessem separá-los, contê-los ou orientá-los.

Além disso, no Instituto devia ter havido um grupo de profissionais interdisciplinares que prestassem apoio às necessidades dos menores internos, todos em situações de abandono, de marginalidade e de exclusão.

No Instituto, existia um porão que era um lugar de punição interna, onde habitualmente iam os internos “revoltados, rebeldes, [os] não aceitos dentro do presídio ou que não coincidiam com as normas”. Neste lugar mofado, passavam horas de joelhos na penumbra, sem ventilação. Saíam “quase como estúpido[s], quase como drogado[s] por este abandono total”. O ambiente era “torturante [e] asfixiante”.

Além disso, as famílias dos internos sofrem estigmatização. A percepção da sociedade é que “criaram um monstro”. Isto gera uma sensação de impotência nas famílias, já que tendem a pensar que são as únicas responsáveis.

Ao sair da prisão, os menores se sentem perseguidos. Até há pouco tempo, os meninos levavam marcadas em suas carteiras de identidade que eram ex-condenados e não havia possibilidade de serem aceitos em uma instituição acadêmica nem pública. Portanto, a alternativa era a de continuar reincidindo compulsivamente.

Os meninos que eram internos no Pavilhão nº 8 do Instituto não poderiam ter uma tendência suicida que os levasse a começar o fogo com o ânimo de fazer uma espécie de suicídio coletivo, já que os menores (e todos) temem a morte.



Entretanto, caso o suicídio coletivo fosse uma possibilidade, existia uma pressão muito forte de fora para que ocorresse.

A transferência do Instituto ao Centro Educativo Itauguá não significa um avanço, pois não se entendeu o que acontece psicológica e socialmente, nem se entendeu a metodologia que se deve implementar com estes meninos "maltratados e violentados". Entretanto, com um pouco de vontade política poderiam conseguir mudanças.

As instituições deveriam diminuir categoricamente a população nas prisões de menores a não mais de quarenta internos.

#### **h) Perícia de Emilio Arturo García Méndez, ex-assessor do UNICEF e especialista no tema de direitos das crianças**

No plano internacional, poderia apresentar os padrões mínimos em três níveis diferentes: o normativo, o das condições jurídicas (que é o mais óbvio e talvez ao que mais se faz referência, já que é o das condições materiais da privação de liberdade) e o nível relacionado ao problema da interpretação das normas vinculadas com a privação de liberdade.

No plano nacional, é importante levar em consideração a evolução da doutrina e da jurisprudência, bem como a Constituição Política e as leis específicas de cada Estado em relação ao tema da privação de liberdade.

Quando se apresenta o tema das condições jurídicas, é evidente que a Convenção sobre os Direitos da Criança exerceu e exerce influência sobre os instrumentos jurídicos de caráter nacional. A Convenção reconhece a privação de liberdade e a denomina como tal. Nesse sentido, há um avanço extraordinário em relação às velhas concepções do direito do menor, onde estes temas eram apresentados em geral de forma eufemística.

A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece a privação de liberdade para os menores de idade, ao mesmo tempo em que estabelece o princípio de que os Estados-Partes se comprometem a estabelecer uma idade mínima abaixo da qual não se aplicarão as consequências de caráter penal.

Em relação ao problema da interpretação das normas jurídicas, é necessário o estabelecimento de regras claras no plano nacional que traduzam estes princípios de brevidade, excepcionalidade e último recurso estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança. Também são necessárias instituições que permitam fazer efetivas as garantias enunciadas na norma jurídica.

A obrigação básica e elementar do Estado é oferecer aos menores as condições jurídico-institucionais e político-culturais para que, no mínimo, a educação pública, gratuita e obrigatória, que geralmente é norma em todos os países, esteja presente dentro das instituições de privação de liberdade. Em consequência, as "instituições da normalidade" devem penetrar no espaço de privação de liberdade, de maneira que a ressocialização, que tem a ver com a

reintegração do menor de idade à sua família e às instituições normais do Estado, ocorra com o menor sobressalto e com o menor choque possível.

A pertinência jurídica se torna um critério central no novo sistema, pelo menos sob o ponto de vista normativo, já que atualmente o tema das condições materiais é um tema absolutamente relevante que não pode ser desvinculado da pertinência jurídica. Outro ponto fundamental é o relacionado à “completude ou à incompletude institucional” que se refere a que a instituição oferecia dentro de seus limites tudo o que o menor podia necessitar; entretanto, atualmente se apresenta exatamente o contrário porque a Convenção o estabelece como “medida excepcional”, “último recurso” e “pelo menor tempo possível”.

A referência nos padrões internacionais à detenção preventiva nestes casos e aos prazos razoáveis é um dos aspectos mais problemáticos, tanto sob o ponto de vista normativo como da interpretação judiciária, já que persiste a ideia da detenção cautelar como uma forma antecipada de castigo ou como uma forma transitória reforçada de pedagogia.

Os direitos humanos “evoluem para a especificidade”, o que significa a diminuição da discricionariedade e o aumento da taxatividade. A prática demonstra que, invariavelmente, a discricionariedade sempre é utilizada contra os setores mais vulneráveis e mais desprotegidos. Por isso, é fundamental que se limite drasticamente a discricionariedade dos juízes através de uma técnica legislativa que estabeleça de maneira taxativa uma série de pressupostos nos quais se pode privar legitimamente a liberdade de um adolescente.

As medidas que se poderia chegar a tomar em um país para mitigar os danos que haveriam sido causados a um grupo de adolescentes submetidos a condições desumanas são de dois níveis. Por um lado, no caso dos danos efetivamente causados a pessoas e a indivíduos, não pode ser apresentada, *prima facie*, uma resposta de caráter geral, mas deveria apresentar respostas de caráter individual, caso a caso. No caso em que se verificasse a não pertinência jurídica, ou seja, a ilegitimidade da privação de liberdade, seria fundamental estabelecer um critério de reparação que tenha em consideração qual foi e qual poderia haver sido o projeto de vida de cada um destes indivíduos se o Estado não houvesse intervindo ilegítima e indevidamente, interrompendo o projeto de vida. Por outro lado, é necessário apresentar soluções para o futuro, para que estes casos não se repitam.

As reparações de caráter simbólico, sem menosprezar as reparações concretas individuais e as reparações em matéria normativa e de política institucional, são um instrumento necessário para uma verdadeira transformação para o futuro e têm uma função pedagógica extraordinária sobre o futuro da interpretação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Por outro lado, é necessário que os Estados peçam perdão por ter aplicado aos meninos pobres legislações que eram flagrantemente inconstitucionais durante muitos anos. Além disso, é necessário que o Estado conceda a necessária reparação material e a reparação em matéria de transformações jurídicas institucionais. O fato de conceder uma dimensão simbólica

ajudaria não somente o futuro de uma política social com justiça, mas aumentará os níveis de legitimidade dos próprios Estados.

A tendência do processo de reformas do Paraguai avançou na transformação normativa para adequar sua legislação à Convenção sobre os Direitos da Criança. Entretanto, é muito importante não cair na falácia de pensar que, porque se produziu uma transformação normativa, ocorreu automaticamente uma transformação no plano de sua implementação, já que as transformações normativas não foram sempre acompanhadas das necessárias reformas de caráter institucional para fazê-las efetivas.

Por outro lado, a imputabilidade é uma decisão político-criminal. A imputabilidade abaixo dos 18 anos em *stricto sensu* é discutível a respeito de se constitui ou não uma violação à Convenção sobre os Direitos da Criança. Entretanto, o que se implicaria uma violação à Convenção sobre os Direitos da Criança é tratá-los iguais aos adultos. Nesse sentido, se a imputabilidade implica em tratá-los iguais aos adultos, estabelecer a imputabilidade constituiria uma violação ao espírito e à letra da Convenção sobre os Direitos da Criança. Em consequência, este conceito de imputabilidade foi substituído na América Latina pelo de responsabilidade criminal, onde as infrações à lei penal cometidas pelos menores de idade estão descritas no Código Penal. Nesse sentido, não há crimes juvenis. O Paraguai avançou nisso e está tratando de forma diferenciada os menores em relação às consequências penais.

As medidas que surgem a partir da implementação de uma lei de responsabilidade criminal juvenil podem se dividir em duas: as que implicam na privação de liberdade e as que não. Nesse sentido, o Estado tem o monopólio exclusivo e indelegável da responsabilidade dos privados de liberdade.

### **i) Perícia de Ana Clerico-Deutsch, psicóloga**

Através de entrevistas clínicas realizadas a alguns sobreviventes dos incêndios do Instituto, conseguiu observar e avaliar os jovens em relação aos danos psicológicos e emocionais que sofreram e que continuam sofrendo. Nesse sentido, existem dois cenários diferentes nos quais estes meninos experimentaram situações traumáticas. Um cenário constituía a internação no Instituto, onde, devido às condições físicas do mesmo, os meninos sofriam determinadas privações como a higiene e a alimentação inadequada, bem como outras coisas relacionadas com a vida diária. A esse respeito, os meninos expressaram, praticamente de forma unânime, que no Instituto viviam "como animais". O impacto emocional e psicológico desta condição é severo porque os meninos se sentiam humilhados e degradados no tratamento diário. O segundo cenário se refere ao uso de castigos corporais que, segundo os testemunhos dos meninos, eram arbitrários e excessivos. Os castigos corporais se estendiam a torturas e, por razões mínimas, eram levados a uma sala especial onde eram torturados. Isso é, possivelmente, a expressão máxima do maltrato que os meninos recebiam diariamente.

O isolamento como método de castigo para um adolescente é inadmissível, devastador e impensável. O isolamento é um castigo que não produz nenhuma

modificação da conduta que se quer castigar. O menor não irá melhorar porque é castigado dessa maneira cruel. Se o deixa sozinho com seus próprios pensamentos, com sua própria raiva, com sua própria vulnerabilidade, com a impossibilidade de fazer algo, simplesmente aguentando, esse é o momento em que pode “se psicotizar”. Se esses meninos não chegaram a esse extremo é porque, em algum momento de sua vida, suas mães ou seus pais devem haver lhes proporcionado a estrutura básica da personalidade que impediu uma ruptura psicótica neles.

A tortura é “a negação mais flagrante da essência humana [...], é a máxima corrupção humana”. A tortura produz efeitos a longo prazo que, se não forem tratados, podem trazer consequências à saúde mental. Estas consequências são mais profundas em meninos ou adolescentes pela vulnerabilidade de seu psiquismo e por não terem a maturidade suficiente em sua personalidade e em seus mecanismos de defesa para poder resistir à tortura. Outro dos efeitos importantes que a tortura produz nos meninos é que se cria uma desconfiança com o mundo adulto e terminam desvalorizando a si mesmos. Alguns menores manifestaram que às vezes tinham ideias suicidas.

Um sentimento comum é a impotência frente a semelhantes condições de vida, frente ao constante temor à violência e à vulnerabilidade. A única alternativa que os internos tinham era aguentar o que acontecia sem poder responder. Isso desestabiliza o equilíbrio psíquico e afeta o funcionamento das funções psíquicas, como processar conhecimentos e o uso do raciocínio, e afeta também a capacidade de concentração e estudo.

O ambiente descrito pelos meninos que viveram no Instituto é um ambiente “psicotizante”. Os meninos devem empregar toda sua energia psíquica em prevenir sua desintegração psíquica. Este ambiente “gera psicopatas”. O ambiente se vê marcado pelo uso de violência e pela aprendizagem de violência. Não há oferecimento de contextos diferentes nos quais eles possam experimentar outros tipos de coisas.

Estas experiências não se apagam, já que permanecem na memória. Pode-se qualificar ou descrever esta situação como uma situação de trauma prolongado e complexo, ou seja, não é um, mas são múltiplos eventos traumáticos. Viviam em uma situação de terror e “a única comparação com situações similares pode ser com os campos de concentração ou sociedades que estão em guerra, onde a violência e o perigo de violência são constantes, e vivem com o temor de que a qualquer momento possam ser atacados”.

Pode-se presumir que essa situação de trauma prolongado e complexo afetou todos os menores que passaram pelo Instituto. As consequências traumáticas desta situação podem ou não ter algum tipo de impacto em relação à reincidência delitiva de alguns destes garotos, dependendo do que é oferecido a eles e de que contexto possuem fora da penitenciária.

Além disso, “ao não terem saída”, estas emoções fortes fazem com que os meninos sejam violentos entre eles. Nesse sentido, os guardas penitenciários não preveem que ocorram situações de violência entre os menores. Ao contrário,

castigavam-nos severamente levando-os ao porão de tortura. Ao não haver um espaço para serem ouvidos, geram-se dois fenômenos: um é a criação de episódios de violência entre os internos e outro a intensificação do sentimento de solidariedade entre eles.

Os meninos que estiveram nos incêndios foram impactados, já que se viram frente à morte. O principal impacto é o corporal, o que aumenta a desvalorização de si mesmos. Têm medo de ter problemas em fazer parceiros, em sua vida ou em poder se casar. Todas as memórias e todos os atos traumáticos são impressos na memória de uma maneira inapagável e reaparecem constantemente ante muitas circunstâncias. Uma das circunstâncias é quando vão dormir. Um dos meninos disse: "eu não consigo dormir porque quando fecho os olhos vejo as chamas, escuto os gritos dos meninos e não consigo dormir; tenho que abrir os olhos para poder espantar todas essas imagens".

O comportamento criminal pode se modificar e precisamente essa seria a intenção dos institutos de reeducação. Teoricamente, deve-se oferecer ao menino e ao adolescente todos os meios através dos quais se produza uma reaprendizagem e se socializem suas condutas. Estando sob a proteção do Estado, este tem a responsabilidade pela saúde mental dos internos. Presume-se que os institutos de reabilitação oferecem um meio ambiente não traumático. Presume-se que uma reabilitação implica, entre outros, programas reeducativos onde os meninos sejam motivados a aprender coisas e a ir à escola, bem como a contar com um espaço aberto. É necessário que o Estado favoreça e facilite que o indivíduo desenvolva um projeto de vida de acordo com suas aspirações.

Para conseguir a plena inserção social dos garotos que foram internados no Instituto são necessárias intervenções massivas. Estes meninos precisam de assistência psicológica para reestabelecer neles mesmos um mínimo de autoestima para reconstruir suas próprias personalidades. Além disso, precisam de atendimento médico para as sequelas do incêndio. Também precisam de um acompanhamento no qual lhes seja oferecida a possibilidade de ir à escola ou de aprender um ofício que lhes permita uma reinserção. Em resumo, precisam de uma assistência integral por meio de uma equipe interdisciplinar onde intervenham diferentes profissionais que possam abordar diferentes aspectos das deficiências que estes meninos apresentam neste momento.

A mudança de modelo, ao passar de um sistema de controle pela força com guardas para um modelo de controle da personalidade através de educadores, é um primeiro passo para ajudar a melhorar a situação do sistema. As penas alternativas à privação de liberdade seriam um modo de evitar os traumas. Ao menor privado da liberdade "não se modifica sua conduta, não se ensina o bem e o mal".

#### **j) Perícia de Luis Emilio Escobar Faella, ex-Promotor Geral do Estado do Paraguai**

É advogado e exerceu funções no Poder Judiciário durante 25 anos e na Promotoria Geral do Paraguai durante cinco anos.

No novo processo penal, é garantido o acesso ao mesmo. Tanto o acusado como a vítima podem ter acesso a ele em igualdade de condições. Também é conferido ao Ministério Público o exercício da investigação criminal, o que já havia sido consagrado na Constituição de 1992.

O novo processo penal também estabelece um sistema de juiz penal e um sistema de tribunal de sentença colegiado e versado em direito. Neste novo processo penal apareceu pela primeira vez no Código Penal a “atenuante” de todas aquelas infrações penais cometidas por menores e no Código Processual Penal se regula um procedimento especial para menores, até que fosse proferido o código que hoje é da infância e da adolescência.

Outra característica que também desenvolve o novo Código da Infância e Adolescência é a criação de figuras que têm a ver com o agente de liberdade condicional, a revisão das medidas que têm a ver com as condutas e, fundamentalmente, a redução drástica dos prazos para a privação de liberdade. Nesse sentido, no novo Código da Infância e Adolescência foi estabelecido um prazo máximo para a privação de liberdade de oito anos. Tanto o Código Penal como o Código da Infância e Adolescência estabelecem a substituição da pena privativa de liberdade por multas em muitos casos e o Código Penal incorpora a teoria de dias-multas, tendo em consideração a proporcionalidade da capacidade do condenado para o seu cumprimento. Além disso, no Código da Infância e Adolescência se estabelece uma modalidade que tem a ver com a capacidade efetiva do adolescente de cumprir as prestações materiais.

Entretanto, a implementação operativa destas reformas não pôde se realizar, pois tanto as disposições normativas anteriores como as atuais davam e dão chance a que, na realidade, o sistema seja “totalmente perverso”. Particularmente, no caso de menores, a norma tem sido transgredida.

O novo Código Penal reúne doutrinas modernas, colocando em relevância o ser humano como sujeito de todos os direitos e o sistema penal como a *ultima ratio*. No novo sistema penal se decreta com muito maior frequência a aplicação de medidas alternativas, inclusive a pedido do promotor, com o propósito de que a prisão preventiva não se constitua – como no antigo sistema – em uma pena antecipada.

Por outro lado, nunca se aprovou um *habeas corpus* quando os processos judiciais estavam pendentes de decisão. Presumia-se que a questão fática do descumprimento dos prazos era um problema do sistema em relação à sua operacionalidade. Entretanto, agora no Paraguai se estabelece um prazo razoável de três anos no qual os processos devem terminar. Ao não se terminar o processo dentro deste prazo, os acusados têm de ficar em liberdade.

Existia e segue existindo a possibilidade de que um menor colocado em liberdade regressasse imediatamente à prisão ou ao estabelecimento onde se encontrava, com uma nova acusação, sem nunca ter ficado realmente em liberdade. Assim, na prática havia um duplo sistema judicial, um dos quais estava a cargo da polícia, a qual não somente detinha, mas concedia a liberdade em muitos casos em troca de dinheiro ou em troca de questões políticas.

Em sua época de promotor recebeu várias denúncias em suas visitas ao Instituto, nas quais os menores se queixavam de que parte do "ganho", produto dos fatos ilícitos, ia parar nas mãos da polícia e que, quando eles saíam, se não cumpriam as instruções da polícia, eram enviados de volta à prisão. O processo se abria com um simples relatório policial; ou seja, bastava o que a polícia dissesse para que um juiz abrisse e decretasse imediatamente a prisão preventiva.

### C) APRECIÇÃO DA PROVA

#### *Apreciação da Prova Documental*

80. Neste caso, como em outros,<sup>39</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual ou como prova para melhor decidir, que não foram controvertidos ou objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida.

81. Em relação aos recortes de jornais, este Tribunal considerou que, mesmo quando não têm o caráter de prova documental propriamente dita, estes poderão ser considerados quando reúnam fatos públicos e notórios, declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem o estabelecido em outros documentos ou testemunhos recebidos no processo.<sup>40</sup>

82. Além disso, em relação às declarações testemunhais e periciais prestadas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai, bem como aquelas prestadas perante agente dotado de fé pública (pars. 44, 45 e 46 *supra*), este Tribunal as aprecia no conjunto do acervo probatório e as admite na medida em que correspondam ao objeto do interrogatório proposto, não tenham sido controvertidas ou objetadas, e não sejam contraditas pelo restante da prova oferecida neste caso.

83. Este Tribunal considera que as manifestações de familiares das supostas vítimas, os quais têm um interesse direto neste caso, não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. Em matéria tanto de mérito como de reparações, as declarações dos familiares das supostas vítimas são úteis na medida em que possam proporcionar maior informação sobre as consequências das violações que possam haver sido perpetradas.<sup>41</sup>

84. Os testemunhos de Pedro Iván Peña e Raúl Esteban Portillo, enviados pelas representantes (pars. 48 e 72 *supra*), consistem em perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, e as correspondentes respostas, as quais constam em um documento datado de 25 de março de 2004, e não em uma declaração juramentada prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*). Estas perguntas

<sup>39</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 50, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 73, nota 26 *supra*; e *Caso Herrera Ulloa*, par. 31, nota 29 *supra*.

<sup>40</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 51, nota 26 *supra*; *Caso Herrera Ulloa*, par. 71, nota 29 *supra*; e *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C N° 101, par. 131 *in fine*.

<sup>41</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 63, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 79, nota 26 *supra*; e *Caso Herrera Ulloa*, par. 72, nota 29 *supra*.

e respostas não foram controvertidas nem objetadas, razão pela qual a Corte as admite como prova documental e as apreciará dentro do conjunto do acervo probatório.

85. O parecer pericial do senhor Carlos Arestivo foi objetado pelo Estado, com base em que “o senhor Arestivo pertenceu à organização não governamental ‘Tekojojá’, denunciante original do caso [...]”, o que retira a objetividade e a imparcialidade da perícia realizada”. Portanto, o Estado solicitou à Corte que “não [levasse] em consideração esta prova no momento do julgamento”. Embora o parecer pericial do senhor Carlos Arestivo tenha sido objetado pelo Estado (par. 51 *supra*), esta Corte o admite na medida em que concorde com o objeto do mesmo, levando em consideração as objeções opostas pelo Estado, e o aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as regras da crítica sã.<sup>42</sup>

86. A declaração da senhora Silvia Portillo Martínez também foi objetada pelo Estado, “por não haver sido obtida na presença de agente dotado de fé pública, em contravenção à disposição contida no Regulamento [...]”. Portanto, o Estado solicitou à Corte que “não consider[asse] esta prova diligenciada no momento do julgamento”. Embora a declaração da senhora Silvia Portillo Martínez tenha sido objetada pelo Estado (par. 51 *supra*), esta Corte a admite na medida em que concorde com seu objeto, levando em consideração as objeções opostas pelo Estado, e a aprecia com o conjunto do acervo probatório, aplicando as regras da crítica sã.<sup>43</sup>

87. Em relação a algumas declarações prestadas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai apresentadas pelo Estado, a Comissão manifestou que suas “respostas são irrelevantes em relação aos termos nos quais foi apresentada a controvérsia no presente caso”. Além disso, a Comissão manifestou que uma das perguntas na declaração de Fernando Vicente Canillas Vera era “contrária ao estabelecido no artigo 42.3 do Regulamento da Corte, conforme o qual ‘não serão admitidas perguntas que induzam às respostas’”. De igual maneira, a Comissão objetou a afirmação feita pela testemunha Fernando Vicente Canillas Vera de que os dois internos que morreram na cela, “segundo testemunho de seus companheiros, foram os que emperraram o cadeado e queimaram os colchões”, devido a que “não tem apoio nem valor probatório algum e se refere a fatos que evidentemente não foram presenciados pela testemunha, mas supostamente por terceiras pessoas não identificadas”. A esse respeito, a Corte leva em consideração as observações da Comissão e admite o parecer de Fernando Vicente Canillas Vera na medida em que concorde com o objeto do mesmo e o aprecia com o conjunto do acervo probatório, aplicando as regras da crítica sã.<sup>44</sup>

88. De igual maneira, a Comissão manifestou que uma das perguntas realizadas a Estanislao Balbuena Jara era “contrária ao estabelecido no artigo 42.3 do Regulamento da Corte, conforme o qual ‘não serão admitidas perguntas que induzam às respostas’”.

<sup>42</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 54, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 65, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 23, nota 26 *supra*.

<sup>43</sup> Nota 42 *supra*.

<sup>44</sup> Nota 42 *supra*.



A esse respeito, a Corte admite o parecer de Estanislao Balbuena Jara na medida em que concorde com o objeto do mesmo, levando em consideraçaõ as objeções opostas pela Comissão, e o aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as regras da crítica sã.<sup>45</sup>

89. Além disso, a Comissão objetou a declaraçaõ da senhora Teresa de Jesús Almirón Fernández, já que suas respostas "parte[m] da premissa que supõe que todos os ex-internos do Instituto [...] eram delinquentes, o que não é verdade". A esse respeito, a Corte admite o parecer de Teresa de Jesús Almirón Fernández na medida em que concorde com o objeto do mesmo, levando em consideraçaõ as objeções opostas pela Comissão, e o aprecia no conjunto do acervo probatório aplicando as regras da crítica sã.<sup>46</sup>

90. A Corte considera úteis, para a resoluçaõ do presente caso, o disco compacto e os documentos apresentados pelo Estado em 4 de maio de 2004 durante a exposiçaõ de suas alegações orais na audiênciã pública sobre exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas (pars. 56 e 74 *supra*), bem como a documentaçãõ apresentada pela testemunha Teofista Domínguez durante sua declaraçaõ na audiênciã pública realizada em 3 de maio de 2004 (pars. 56 e 74 *supra*), em especial pois não foram controvertidos nem objetados, nem sua autenticidade ou veracidade foi colocada em dúvida, de modo que os acrescenta ao acervo probatório, em aplicaçaõ do disposto no artigo 45.1 do Regulamento.<sup>47</sup>

91. A Lei nº 2169 de 27 de junho de 2003, referente à maioria no Paraguai, é considerada documentaçãõ útil para a resoluçaõ do presente caso, de modo que é acrescentada ao acervo probatório, em aplicaçaõ do disposto no artigo 45.1 do Regulamento.<sup>48</sup>

92. No que se refere aos documentos pedidos com fundamento no artigo 45 do Regulamento, e que foram apresentados pela Comissão, pelas representantes e pelo Estado (par. 61 *supra*), é importante afirmar que as partes não enviaram a totalidade da prova documental pedida para melhor decidir, relativa às exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas.

93. Em relaçaõ à documentaçãõ e informaçaõ pedida às partes e não apresentada, a Corte observa que as partes devem apresentar ao Tribunal as provas requeridas por este, sejam documentais, testemunhais, periciais ou de outra natureza. A Comissão, as representantes e o Estado devem proporcionar todos os elementos probatórios pedidos, como prova para melhor decidir, a fim de que o Tribunal tenha o maior número de elementos de juízo para conhecer dos fatos e motivar suas decisões.

<sup>45</sup> Nota 42 *supra*.

<sup>46</sup> Nota 42 *supra*.

<sup>47</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 74, nota 26 *supra*; *Caso Herrera Ulloa*, par. 70, nota 29 *supra*; e *Caso Myrna Mack Chang*, par. 131, nota 40 *supra*.

<sup>48</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 74, nota 26 *supra*; *Caso Herrera Ulloa*, par. 70, nota 29 *supra*; e *Caso Myrna Mack Chang*, par. 131, nota 40 *supra*.

94. Em relação aos referidos documentos enviados, pedidos com fundamento no artigo 45 do Regulamento, a Corte os incorpora ao acervo probatório do presente caso em aplicação do disposto no inciso segundo dessa norma.<sup>49</sup>

95. Dada a falta de informação completa em relação à individualização de todas as possíveis vítimas neste caso, a Corte se limitará exclusivamente aos nomes das supostas vítimas apresentadas na demanda, na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002, bem como à lista enviada pela Comissão em 19 de novembro de 2002, a qual contém informação sobre as pessoas que se encontravam internadas no Instituto de 14 de agosto de 1996 até 25 de julho de 2001, a qual não foi objetada pelo Estado.

#### *Apreciação da Prova Testemunhal e Pericial*

96. Em relação às declarações prestadas pelas testemunhas e aos pareceres prestados pelos peritos no presente caso durante a audiência pública, realizada na sede da Corte nos dias 3 e 4 de maio de 2004 (par. 54 *supra*), a Corte os admite na medida em que concordem com o objeto do interrogatório proposto e na medida em que não tenham sido controvertidos ou objetados.

97. Como foi afirmado anteriormente (par. 83 *supra*), este Tribunal considera que as declarações dos familiares das supostas vítimas, as quais têm um interesse direto neste caso, não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. Em matéria tanto de mérito como de reparações, as declarações destas pessoas são úteis na medida em que possam proporcionar maior informação sobre as consequências das violações que possa haver sido perpetrada.

98. Além disso, a Comissão informou à Corte que “depois que a testemunha María Zulia Giménez prestou testemunho em relação ‘aos incêndios e posteriores acontecimentos ocorridos no Instituto’ [...], a Comissão [...] teve conhecimento de que a testemunha Giménez tem um laço de parentesco com uma das representantes das [supostas] vítimas”. A esse respeito, o Estado “tom[ou] conhecimento de que a [...] Comissão teria indagado e confirmado a existência de um vínculo de parentesco entre a testemunha Zulia [G]iménez e uma das representantes das supostas vítimas”.

99. A esse respeito, a Corte admite o testemunho da senhora María Zulia Giménez, na medida em que se ajuste ao objeto que foi definido pelo Presidente na Resolução em que ordenou recebê-lo<sup>50</sup> (par. 42 *supra*), e apreciará seu conteúdo, como fez em outros casos, dentro do contexto do acervo probatório e aplicando as regras da crítica sã.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 60, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 78, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 31, nota 26 *supra*.

<sup>50</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 54, nota 26 *supra*; *Caso Myrna Mack Chang*, par. 130, nota 40 *supra*; e *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de novembro de 2002. Série C N° 96, par. 30.

<sup>51</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 54, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 65, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 23, nota 26 *supra*.

100. Em razão do exposto, a Corte apreciará o valor probatório dos documentos, declarações e perícias apresentados por escrito ou ante si. As provas apresentadas durante o processo foram integradas em um único acervo, que se considera como um todo.<sup>52</sup>

## VI EXCEÇÕES PRELIMINARES

101. O Estado interpôs três exceções preliminares, a saber: erro jurídico na apresentação da demanda, falta de reivindicação prévia do artigo 26 da Convenção Americana e litispendência.

\*\*\*

### PRIMEIRA EXCEÇÃO PRELIMINAR ERRO JURÍDICO NA APRESENTAÇÃO DA DEMANDA

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

102. Em relação a esta exceção preliminar, o Estado alegou que:

- a) a Comissão incorreu em um erro ao apresentar a demanda sem cumprir os requisitos estabelecidos no artigo 33 do Regulamento, já que sem a acreditação e identificação das supostas vítimas não se pode estabelecer a relação jurídico-processual;
- b) nas medidas provisórias é suficiente que os beneficiários das mesmas sejam "determináveis", considerando que não se está julgando o mérito do assunto;
- c) na Resolução de 21 de junho de 2002, a Corte afirmou que era necessário que as supostas vítimas se encontrassem "devidamente identificadas e individualizadas na demanda que a Comissão Interamericana apresentou perante este Tribunal";
- d) a determinação das supostas vítimas foi materialmente possível, já que a Comissão pode haver obtido esta informação durante o trâmite de solução amistosa ou antes da consideração da admissibilidade e mérito, tendo em consideração "o alto grau de cooperação" oferecida pelo Estado no caso. Nem a Comissão nem os peticionários solicitaram esta informação ao Estado na etapa processual oportuna;

<sup>52</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyaury*, par. 66, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 82, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 36, nota 26 *supra*.

e) a Comissão teve acesso a essa informação com base na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002, já que este Tribunal solicitou ao Estado que colaborasse fornecendo a lista requerida. O Estado enviou à Comissão a informação solicitada, “coerente com sua posição de colaborador e em respeito ao princípio de boa-fé que rege o sistema internacional de direitos humanos”;

f) devem ser alegados fatos e provas para sustentar a violação de direitos. É “ostensiva e manifesta a falta de provas sobre a individualização das supostas vítimas de agosto de 1996 até julho de 2001, com relação a fatos concretos, com precisão de lugar, datas, circunstâncias, vítimas e supostos responsáveis”. A Comissão “não provou suficientemente de que maneira o Estado violou os direitos das mais de 3.000 supostas vítimas, especificamente em relação aos direitos à integridade física, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, etc.” A Comissão e as representantes somente alegaram fatos e forneceram provas sobre a suposta violação de direitos contra as supostas vítimas dos três incêndios e não forneceram provas em relação a todos os internos no Instituto;

g) caso seja acolhida a reparação *in genere* pedida pela Comissão, seria estabelecido um precedente no Sistema Interamericano contrário ao princípio de individualização das vítimas e que afetaria “a segurança jurídica, razoabilidade e equilíbrio” deste sistema. No processo de solução amistosa perante a Comissão, nem as representantes nem a Comissão apresentaram ao Estado a possibilidade de uma reparação *in genere* a todos os meninos e adolescentes reclusos no período de tempo determinado; e

h) o trâmite do presente caso somente deve compreender as supostas vítimas identificadas no ponto resolutivo 1º da Resolução da Corte de 21 de junho de 2002.

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

103. Em relação à referida exceção preliminar apresentada pelo Estado, a Comissão Interamericana solicitou à Corte que a considerasse como improcedente, devido a que:

a) a discussão do caso perante a Comissão, que começou em 14 de agosto de 1996, compreendeu sempre todos os meninos internos no Instituto e nunca se limitou aos mortos e feridos nos incêndios ocorridos em 11 de fevereiro de 2000, 5 de fevereiro de 2001 e 25 de julho de 2001;

b) a demanda não pretendeu ser uma *actio popularis* com supostas vítimas sem nome. Todo o trâmite perante a Comissão foi desenvolvido no entendimento de que as supostas vítimas estavam plenamente identificadas e que seus nomes precisos estavam em poder do Estado;

c) se fosse admitido *gratia arguendi* que houvesse havido alguma omissão na demanda em relação a alguns nomes das supostas vítimas, tal aspecto já foi resolvido definitivamente pela Corte no presente caso através de sua Resolução de 21 de junho de 2002 e carece de objeto revisá-lo novamente; e

d) em 16 de setembro de 2002, antes de vencer o prazo de três meses estabelecido pela Corte na citada Resolução, a Comissão apresentou uma lista completa com os nomes dos meninos internados no Instituto entre agosto de 1996 e julho de 2001, a qual havia sido enviada por sua vez pela Missão Permanente do Paraguai perante a Organização dos Estados Americanos, através de notas de 27 de agosto de 2002 e 5 de setembro de 2002. Nestas notas, o Estado afirmou expressamente estar cumprindo o ponto resolutivo 3 da mencionada Resolução da Corte de 21 de junho de 2002.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

104. Em relação à referida exceção preliminar apresentada pelo Estado, as representantes solicitaram à Corte que a considerasse improcedente porque:

a) ao iniciar o trâmite do caso e desde as primeiras comunicações dirigidas à Comissão, não haviam ocorrido os incêndios e nenhum dos internos havia falecido. Neste contexto, o Estado nunca apresentou uma objeção a que as supostas vítimas fossem todos os internos do Instituto;

b) não existe nenhum erro jurídico na forma em que se interpôs a demanda. A Comissão proporcionou os nomes de algumas supostas vítimas em sua demanda, bem como os dados necessários para poder identificar os demais, satisfazendo assim o requisito estabelecido no artigo 33.1 do Regulamento;

c) adicionalmente e após a oportuna colaboração do Estado, a Comissão entregou à Corte, em novembro de 2002, uma nova lista ordenada alfabeticamente, a qual permite não somente a determinação, mas a individualização das supostas vítimas; e

d) o artigo 33.1 do Regulamento da Corte dispõe que, "caso seja possível", o escrito de demanda deverá consignar o nome e o endereço das supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente provados; este artigo flexibiliza os formalismos na apresentação da demanda no litígio interamericano.

## CONSIDERAÇÕES DA CORTE

105. Este Tribunal examinará a questão processual que lhe foi submetida, com o objetivo de definir se existe algum erro na apresentação da demanda que faça com que o caso compreenda somente as supostas vítimas identificadas na demanda e na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002.

106. A Corte, através de suas reformas ao Regulamento, determinou como requisito dos elementos constitutivos da demanda que se estabeleçam as partes no caso (artigo 33 do Regulamento), entendendo dentro deste conceito as supostas vítimas devidamente identificadas (artigo 2, inciso 23 do Regulamento). Tal como a Corte afirmou em casos submetidos a seu conhecimento, “a titularidade dos direitos humanos reside em cada indivíduo e [...] por isso a [suposta] violação dos direitos deve ser analisada de maneira igualmente individual”.<sup>53</sup>

107. Em sua função jurisdicional e em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, a Corte tem competência “sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação [da] Convenção”, com o propósito de estabelecer a responsabilidade internacional de um Estado-Parte da Convenção Americana por supostas violações aos direitos humanos das pessoas sujeitas à sua jurisdição, de modo que considera necessária a devida identificação, através do nome, do suposto lesado no gozo de seu direito ou liberdade.

108. Este critério se distingue do caráter preventivo das medidas provisórias, nas quais a Corte pode ordenar a adoção de medidas especiais de proteção, em uma situação de extrema gravidade e urgência, quando se faça necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, perante a ameaça ou eventual violação de algum direito da Convenção Americana, e diante da consideração de que não se está julgando o mérito do assunto. Neste caso, é suficiente que os beneficiários sejam “determináveis”, a fim de conceder-lhes as referidas medidas de proteção.<sup>54</sup>

109. Em virtude do anterior e com o propósito de garantir o efeito útil (*effet utile*) do artigo 23 do Regulamento e a proteção efetiva dos direitos das supostas vítimas, é preciso que estas se encontrem devidamente identificadas e individualizadas na demanda que a Comissão Interamericana apresenta perante este Tribunal.

110. Nesse sentido, em sua Resolução de 21 de junho de 2002, a Corte resolveu, *inter alia*, requerer à Comissão que, em um prazo de três meses, identificasse, por seus nomes, “os meninos e adolescentes internados no Instituto de Reeducação do Menor ‘Panchito López’ entre agosto de 1996 e julho de 2001 e, posteriormente, enviados às penitenciárias de adultos do país” e manifestou que, ao não fazê-lo, o caso continuaria seu trâmite somente em relação às supostas vítimas identificadas na demanda.

<sup>53</sup> *Caso Durand e Ugarte, Exceções Preliminares*. Sentença de 28 de maio de 1999. Série C Nº 50, par. 48.

<sup>54</sup> Cf. artigo 63.2 da Convenção Americana; *Caso Carlos Nieto e outros*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 9 de julho de 2004, considerando segundo; *Caso da Penitenciária Urso Branco*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2004, considerando segundo; e *Caso Diários “El Nacional” e “Así es la Noticia”*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de julho de 2004, considerando segundo.

111. Dentro do prazo concedido pela Corte na referida Resolução, em 19 de setembro de 2002, a Comissão enviou à Secretaria uma lista das supostas vítimas (par. 34 *supra*), que, por sua vez, havia sido fornecida pelo Estado à Comissão. Além disso, depois de vencido o prazo, em 19 de novembro de 2002, a Comissão apresentou "um quadro unificado" à Secretaria (par. 36 *supra*). Em ambas as oportunidades, em conformidade com o direito de defesa e o princípio do contraditório, toda a documentação foi transmitida ao Estado e este último não apresentou nenhuma objeção nem observação em relação às duas listas. Foi assim que se reparou o erro do desconhecimento ou identificação de algumas das supostas vítimas e que, conseqüentemente, procedeu-se ao conhecimento do caso em relação aos internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, que são a totalidade de supostas vítimas identificadas e individualizadas na referida lista.

112. No entanto, este Tribunal deve destacar que a aceitação desta lista para identificar os internos no Instituto entre agosto de 1996 e julho de 2001, que são as supostas vítimas do caso, não implica em nenhuma decisão sobre o mérito e as eventuais reparações no presente caso. A existência ou inexistência de uma violação dos artigos alegados na demanda da Comissão e no escrito de petições e argumentos das representantes, em relação aos fatos expostos na demanda, será analisada pelo Tribunal nos capítulos referentes ao mérito.

113. Pelo exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar referente ao erro jurídico na apresentação da demanda interposta pelo Estado.

## **SEGUNDA EXCEÇÃO PRELIMINAR**

### **FALTA DE REIVINDICAÇÃO PRÉVIA DO ARTIGO DA CONVENÇÃO AMERICANA**

#### **ALEGAÇÕES DO ESTADO**

114. A esse respeito, o Estado alegou que:

- a) com base no princípio de igualdade das partes no processo e na defesa em juízo e em conformidade com a jurisprudência da Corte, deve-se admitir a exceção da falta de reivindicação prévia do artigo 26 da Convenção Americana;
- b) com base no artigo 61 da Convenção Americana, os que determinam os termos do litígio são a Comissão e os Estados-Partes; portanto, deve-se considerar improcedente a petição das representantes para considerar a suposta violação do artigo 26 da Convenção, em relação aos artigos XI, XII, XIII e XV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; e
- c) a pretensão das representantes referente à suposta violação por parte do Estado dos direitos consagrados no artigo 26 da Convenção

Americana, em relação aos artigos XI, XII e XV da Declaração Americana, nunca foi matéria de debate ou discussão no trâmite perante a Comissão. Prova disso é que não existe nenhuma referência ao tema no relatório de Admissibilidade e Mérito nº 126/01.

#### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

115. Em relação à exceção preliminar apresentada pelo Estado, a Comissão Interamericana afirmou que:

a) tecnicamente e no sentido mais estrito do termo “exceções preliminares”, estas, em conformidade com o artigo 36 do Regulamento da Corte, somente podem ser opostas pelo Estado em relação à demanda. Entretanto, na falta de uma oportunidade específica fixada de antemão pelo Regulamento da Corte para apresentar observações ao escrito dos representantes, a Comissão entende que o Estado tenha apresentado esta observação na oportunidade de contestar a demanda, denominando-a “exceção preliminar”;

b) na contestação da demanda, o Estado deverá declarar se aceita os fatos e as pretensões ou se os contradiz, e a Corte poderá considerar como aceitos aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido controvertidas. O anterior indica que a demanda da Comissão e a contestação do Estado determinam o objeto do processo contencioso perante a Corte;

c) a Corte tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*) no presente caso. Além disso, em virtude do princípio *iura novit curia*, “do qual tem se valido reiteradamente a jurisprudência internacional”, a Corte “tem a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, mesmo quando as partes não as invoquem expressamente”;

d) as representantes não alegaram, nem em sua petição inicial nem ao longo dos aproximadamente cinco anos que demorou o trâmite do caso perante a Comissão, que o Estado houvesse violado o artigo 26 da Convenção ou os artigos XI, XII, XIII e XV da Declaração Americana. A Comissão, portanto, não transmitiu ao Estado essas eventuais alegações de direito, nem foram estas debatidas no processo perante a Comissão; e

e) se a Corte considera que o argumento das representantes se refere à violação do artigo 19 da Convenção e que a invocação que se efetua do artigo 26 da Convenção, das demais normas invocadas da Declaração Americana e da Convenção sobre os Direitos da Criança,



é feita com a finalidade de guiar a interpretação do artigo 19 da Convenção, a Comissão não teria nenhuma objeção a esse respeito, pois o artigo 19 fez sim parte do processo perante a Comissão, do Relatório de Mérito e da demanda.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

116. Em relação à referida exceção preliminar apresentada pelo Estado, as representantes:

- a) solicitaram à Corte que a rejeitasse, pois os fatos que justificam a violação do artigo 26 da Convenção foram matéria de debate no trâmite perante a Comissão. De fato, a Comissão incluiu estas violações no Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 126/01 e em sua demanda perante a Corte, mas sob uma qualificação jurídica distinta;
- b) fundamentaram sua posição em sua faculdade, como parte no processo a partir da entrada em vigor do novo Regulamento da Corte, para interpretar de maneira autônoma os fatos do caso e os direitos violados no mesmo; e
- c) manifestaram que a qualificação jurídica distinta das violações que foram discutidas e provadas durante o trâmite perante a Comissão não afeta o princípio de igualdade de partes nem o direito de defesa do Estado.

#### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

117. Antes de examinar essa exceção preliminar interposta pelo Estado, este Tribunal considera conveniente elucidar a questão relacionada com a possibilidade apresentada pela Comissão de que o Estado possa apresentar exceções preliminares em relação a argumentos discutidos no escrito de petições e argumentos apresentado pelas representantes no presente caso.

118. Para isso, é importante fazer referência às diversas reformas regulamentares realizadas no artigo que regulamenta a participação das supostas vítimas e seus representantes legais devidamente identificados.

119. Nesse sentido, o então artigo 35.4 do Regulamento, vigente no momento da apresentação da demanda no presente caso, previa que as representantes tinham a faculdade de apresentar seu escrito de petições e argumentos autonomamente.

120. Além disso, o antigo artigo 36 do Regulamento da Corte, atual artigo 37, estabelece que:

1. As exceções preliminares só poderão ser opostas no escrito de contestação da demanda.
  2. Ao opor exceções preliminares, deverão ser expostos os fatos referentes às mesmas, os fundamentos de direito, as conclusões e os documentos que as embasem, bem como o oferecimento dos meios de prova que o autor da exceção pretenda fazer valer.
- [..]

121. Do texto do artigo citado se observa que não existia antes da reforma do Regulamento, nem existe após esta, uma menção específica em relação à possibilidade de interpor exceções preliminares ao escrito de petições e argumentos. Entretanto, a segurança jurídica e a justiça exigem que as partes tenham acesso a seu direito de defesa. Em consequência, com base no princípio do contraditório e levando em consideração que não existe um impedimento para isso, o Estado pode, em sua contestação da demanda, objetar, apresentar observações e, se for o caso, interpor exceções preliminares não somente à demanda, mas também em relação ao escrito de petições e argumentos.

122. Além disso, a prática constante do Tribunal tem sido de que o Estado faça as observações pertinentes ao escrito de petições e argumentos das representantes em seu escrito de contestação da demanda, prática que foi consagrada no artigo 38 do Regulamento, reformado em 25 de novembro de 2003 e que entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2004, que estabelece que:

1. O demandado contestará por escrito a demanda, dentro do prazo improrrogável de quatro meses seguintes à notificação da demanda, a qual conterà os mesmos requisitos assinalados no artigo 33 deste Regulamento. A referida contestação será comunicada pelo Secretário às pessoas citadas no artigo 35.1 do mesmo. Dentro deste mesmo prazo improrrogável, o demandado deverá apresentar suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas. Estas observações podem ser formuladas no mesmo escrito de contestação da demanda ou em outro separado.

123. O Tribunal reconhece que as precisões feitas pelo artigo 38 reformado não estavam vigentes no momento da apresentação da demanda, mas constituíam uma prática constante do Tribunal. Por isso, esta Corte considera que o citado artigo 38 pode guiar e trazer luz à questão apresentada, já que destaca que o Estado, em sua contestação da demanda ou em outro escrito separado, conta com a oportunidade processual de fazer valer seu direito à defesa em relação ao escrito de petições e argumentos apresentado pelos representantes e isto necessariamente deve incluir a possibilidade de interpor as exceções preliminares que considere necessárias.

124. Este Tribunal passará a analisar a questão relacionada com a possibilidade de que se aleguem outros fatos ou direitos que não estejam incluídos na demanda. Em relação aos fatos objeto do processo, este Tribunal considera, como o fez em outras oportunidades, que não é admissível alegar novos fatos diferentes dos apresentados na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda responder às pretensões do demandante.<sup>55</sup> Além disso, fatos que se qualificam como supervenientes poderão ser apresentados ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença.<sup>56</sup>

125. Além disso, em relação à incorporação de outros direitos diferentes dos já incluídos na demanda da Comissão, esta Corte estabeleceu que os peticionários podem invocar tais direitos.<sup>57</sup> São eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana e não admiti-lo seria uma restrição indevida à sua condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que o anteriormente exposto em relação a outros direitos atem-se aos fatos já contidos na demanda.<sup>58</sup>

126. Igualmente, este Tribunal tem a faculdade de analisar a possível violação de artigos da Convenção não incluídos nos escritos de demanda e contestação da demanda, bem como no escrito de petições e argumentos dos representantes, com base no princípio *iura novit curia*, solidamente respaldado na jurisprudência internacional, "no sentido de que o julgador possui a faculdade e, inclusive, o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, mesmo quando as partes não as invoquem expressamente",<sup>59</sup> no entendimento de que sempre será dada às partes a possibilidade de apresentarem os argumentos e provas que considerem pertinentes para apoiar sua posição frente a todas as disposições jurídicas que se examinam.

127. Portanto, a Corte rejeita a exceção preliminar referente à falta de reivindicação prévia do artigo 26 da Convenção Americana interposta pelo Estado.

### TERCEIRA EXCEÇÃO PRELIMINAR LITISPENDÊNCIA

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

128. No escrito de exceções preliminares, o Estado solicitou à Corte que admitisse a exceção preliminar concernente à litispendência, com base em que o

<sup>55</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 178, nota 26 *supra*; e *Caso "Cinco Aposentados"*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 153.

<sup>56</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 178, nota 26 *supra*; *Caso Myrna Mack Chang*, par. 128, nota 40 *supra*; e *Caso Bulacio*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 57.

<sup>57</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 179, nota 26 *supra*; *Caso Herrera Ulloa*, par. 142, nota 29 *supra*; e *Caso Maritza Urrutia*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C Nº 103, par. 134.

<sup>58</sup> Nota 57 *supra*.

<sup>59</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 179, nota 26 *supra*; *Caso "Cinco Aposentados"*, par. 156, nota 55 *supra*; e *Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 9, par. 58.

caso apresentava a existência de duas demandas, uma em sede interna e outra perante um tribunal internacional, com os mesmos sujeitos, objeto e causa.

129. Em suas alegações finais orais, o Estado desistiu desta exceção preliminar, o que foi confirmado em suas alegações finais escritas.

#### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

130. Em relação à citada exceção preliminar apresentada pelo Estado, a Comissão solicitou à Corte que a considerasse improcedente e afirmou seus fundamentos para isso. Ao conhecer da desistência por parte do Estado da presente exceção preliminar, a Comissão solicitou à Corte que a homologasse.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

131. Em relação à referida exceção preliminar apresentada pelo Estado, as representantes solicitaram à Corte que a rejeitasse e afirmaram seus fundamentos para isso. Após a desistência por parte do Estado da presente exceção preliminar, as representantes não se referiram a ela.

#### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

132. Uma vez que o Estado desistiu da exceção preliminar referente à litispendência, esta Corte a considera retirada e procede à tramitação do mérito do caso.

### VII FATOS PROVADOS

133. Efetuado o exame dos documentos, das declarações das testemunhas, dos pareceres dos peritos e das manifestações da Comissão, das representantes e do Estado no curso do presente processo, esta Corte considera provados os seguintes fatos:

#### ANTECEDENTES

134.1. O Instituto "*Panchito López*" dependia do Ministério da Justiça e Trabalho do Paraguai.<sup>60</sup>

134.2. Inicialmente, o Instituto estava localizado na cidade de Emboscada, Paraguai, que está situada a 50 km de Assunção e era de difícil acesso. Posteriormente, o Estado decidiu transformar o local em um centro de segurança máxima para adultos, de modo que os internos reclusos no Instituto foram transferidos ao que era originalmente uma casa particular em Assunção, destinada a ser uma residência.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Cf. relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 642).

<sup>61</sup> Cf. documento da Anistia Internacional intitulado "*El Correccional de Menores 'Panchito López': Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril

## As condições gerais de detenção do Instituto

134.3. O Instituto, ao ter sido projetado para ser uma residência, não contava com uma infraestrutura adequada como centro de detenção.<sup>62</sup>

134.4. O Instituto era um estabelecimento para internar menores em conflito com a lei, que estava integrado majoritariamente por meninos que vinham de setores marginalizados.<sup>63</sup> Esta população foi crescendo, de maneira que se originaram sérios problemas de superlotação e insegurança entre os internos.<sup>64</sup> Entre agosto de 1996 e julho de 2001, a população no Instituto superou sua capacidade máxima, alcançando, assim, um nível de superpopulação de aproximadamente 50%.<sup>65</sup> Em

---

de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 329); relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 647); extrato do livro intitulado "*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1588); declaração testemunhal prestada pelo senhor Raúl Guillermo Ramírez Bogado perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 197).

<sup>62</sup> Cf. relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 647); ata de reunião de 15 de novembro de 2000, enviada pela Missão Permanente do Paraguai perante a OEA à Comissão Interamericana por meio da comunicação de 16 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folha 276); extrato do livro intitulado "*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1588); declaração testemunhal prestada pela senhora Mirtha Isabel Herreras Fleitas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folhas 67-68).

<sup>63</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora Rosalía Figueredo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo representantes, folha 251); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Pedro Iván Peña, e suas correspondentes respostas, as quais constam em um documento com data de 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 265).

<sup>64</sup> Cf. relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 648); ata de reunião de 15 de novembro de 2000, enviada pela Missão Permanente do Paraguai perante a OEA à Comissão Interamericana por meio da comunicação de 16 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folha 276).

<sup>65</sup> Cf. relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folha 11); extrato do livro intitulado "*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1589); relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 645); relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folhas 4, 11, 13 e 14); publicação da Anistia Internacional intitulada "*El Correccional de Menores Panchito López: Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 329); declaração testemunhal prestada pelo senhor Michael Sean O'Loingsigh perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações

várias oportunidades, o Estado reconheceu estas condições de superlotação, bem como as deficiências estruturais gerais do sistema de atenção de crianças em conflito com a lei no Paraguai.<sup>66</sup>

134.5. Os internos no Instituto estavam detidos em celas insalubres com escassas instalações higiênicas.<sup>67</sup>

134.6. Os internos estavam mal alimentados e careciam de assistência médica, psicológica e dental adequada.<sup>68</sup>

---

escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 43); nota de 18 de junho de 2001 encaminhada pelo Padre Michael Sean O'Loingsigh, Vice-Diretor do Instituto "Panchito López", ao senhor Eustacio Rodríguez Benitez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexos 23, folha 395).

<sup>66</sup> Cf. comunicação de 26 de abril de 2002 encaminhada pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 123); ata de reunião de 15 de novembro de 2000, enviada pela Missão Permanente do Paraguai perante a OEA à Comissão Interamericana por meio da comunicação de 16 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folha 276); documento intitulado "Correccional de Menores 'Cel. Panchito López' [...] Memoria de 1998" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 293).

<sup>67</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 179).

<sup>68</sup> Cf. relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folhas 12, 14 e 18); declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo representantes, folha 236); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folhas 180-181); publicação da Anistia Internacional intitulada "El Correccional de Menores 'Panchito López': Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 328); documento intitulado "Correccional de Menores 'Cel. Panchito López' [...] Memoria de 1998" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 285); extrato do livro intitulado "Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1594-1595); memorando de 16 de fevereiro de 2001 encaminhado pela Diretora Geral de Direitos Humanos ao Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 18, tomo I, folha 95); relatório de 12 de abril de 1994 emitido pelos peritos psiquiatras Dr. Carlos Alberto Arestivo, Lic. Genaro Rivera Hunter e Lic. Mario Torres, o qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1D, tomo II, folha 379-380 e 382); declaração testemunhal prestada pelo jovem Osmar López Verón perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folhas 190-191); declaração testemunhal prestada pela senhora Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 229); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 282).

134.7. Os internos portadores de deficiências físicas,<sup>69</sup> doenças mentais e/ou problemas de dependência<sup>70</sup> não contavam com um atendimento médico de acordo com suas necessidades especiais.<sup>71</sup>

134.8. Os internos contavam com poucas oportunidades de fazer exercício ou de participar em atividades recreativas.<sup>72</sup>

134.9. Muitos dos internos não tinham camas, cobertores e/ou colchões, de maneira que eram obrigados a dormir no chão, em turnos com seus companheiros, ou a compartilhar camas e colchões.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Cf. nota de 18 de junho de 2001 dirigida pelo Padre Michael Sean O'Loingsigh, Vice-Diretor do Instituto "Panchito López", ao senhor Eustacio Rodríguez Benitez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexos 23, folha 395).

<sup>70</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora Gloria Carolina Noemí Nicora de Martínez perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 22 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 36); declaração testemunhal prestada pela senhora Mirtha Isabel Herrerías Fleitas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 72); declaração testemunhal prestada pelo senhor Dionisio Vega perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Rosalía Figueredo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>71</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo representantes, folha 258).

<sup>72</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante agente dotado de fé pública em 10 de dezembro de 1993, a qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1B, tomo II, folha 371); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 180-181); documento da Anistia Internacional intitulado "El Correccional de Menores 'Panchito López': Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 329); extrato do livro intitulado "Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1600); relatório de 13 de abril de 1994 emitido pelos peritos psiquiatras Dr. Carlos Alberto Arestivo, Lic. Genaro Rivera Hunter e Lic. Mario Torres, o qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1D, tomo II, folha 381).

<sup>73</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante agente dotado de fé pública em 10 de dezembro de 1993, a qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos do escrito de petições e argumentos, anexo 1B, tomo II, folha 371); declaração testemunhal prestada pelo senhor Dionisio Vega perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 260); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 180); relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "Derechos Humanos en Paraguay, 1996" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 648); declaração testemunhal prestada pela senhora

134.10. A falta de camas e colchões, juntamente com a superlotação, facilitaram a ocorrência de abusos sexuais entre os internos.<sup>74</sup>

134.11. No Instituto, ocorreram disputas e brigas entre os internos, as quais, às vezes, envolviam armas de fabricação caseira.<sup>75</sup>

### As deficiências no programa educativo do Instituto

134.12. No Instituto havia um programa educativo formal que estava a cargo do Centro de Educação de Jovens e Adultos nº 118, reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura.<sup>76</sup> Entretanto, este programa tinha sérias deficiências, já que não contava com um número adequado de professores nem com recursos suficientes,<sup>77</sup> o

---

Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 229); declaração testemunhal prestada pelo jovem Osmar López Verón perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 190).

<sup>74</sup> Cf. relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), “*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*” (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 648); relatório psicológico do jovem Sergio David Poletti Domínguez constante dos Autos nº 383 de 2000, intitulado “*Sumario instruido en averiguación de un supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso) y la integridad física (lesión grave) – Panchito López*”, e elaborado pelo Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 20, tomo II, folha 687); declaração testemunhal prestada pelo jovem Osmar López Verón perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 191); declaração testemunhal prestada pela senhora Mirtha Isabel Herreras Fleitas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 73); declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>75</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Mario Torres perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; carta de 16 de julho de 2001 dirigida pelo senhor Eustacio Rodríguez Benítez, Diretor do Instituto “*Panchito López*” ao Dr. Marciano Rodríguez Baez, Diretor Geral de Institutos Penais (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folha 417-421); carta de 17 de julho de 2001 dirigida pelo senhor Eustacio Rodríguez Benítez ao Dr. Silvio Ferreira, Ministro da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 422).

<sup>76</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora Teresa Alcaraz de Mencia perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 21); declaração testemunhal prestada pelo senhor Michael Sean O’Loingsigh perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 42); relatório de 6 de dezembro de 2002 dirigido pela senhora Teresa Alcaraz de Mencia, Supervisora Pedagógica da Região 14, à Lic. Lorenza Duarte, Diretora de Educação de Jovens e Adultos do Ministério da Educação e Cultura, relativo à educação no Centro Itauguá (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 22, tomo III, folhas 852); documento intitulado “*Correccional de Menores ‘Cel. Panchito López’ [...] Memoria de 1998*” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 285).

<sup>77</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Mario Torres perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; documento da Anistia Internacional intitulado “*El Correccional de Menores ‘Panchito López’: Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*” Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 330); extrato do livro intitulado “*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*”, cujo autor



que limitava drasticamente as oportunidades dos internos de realizar sequer estudos básicos<sup>78</sup> e/ou aprender ofícios.<sup>79</sup>

### Os guardas do Instituto

134.13. O Instituto não contava com um número adequado de guardas em relação ao número de internos.<sup>80</sup>

134.14. Os guardas não contavam com uma preparação idônea para a proteção de meninos privados de liberdade, nem estavam capacitados para responder de maneira satisfatória a situações de emergência.<sup>81</sup>

134.15. Os guardas do Instituto recorriam frequentemente ao uso de castigos violentos e cruéis com o propósito de impor disciplina à população de internos.<sup>82</sup>

é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folha 1598).

<sup>78</sup> Cf. documento intitulado “*Correccional de Menores ‘Cel. Panchito López’ [...] Memoria de 1998*” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 287).

<sup>79</sup> Cf. comunicação de 26 de abril de 2002, dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 123-124); comunicação de 26 de abril de 2002 dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 124).

<sup>80</sup> Cf. relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folha 17); e comunicação de 26 de abril de 2002, dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 124).

<sup>81</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora Mirtha Isabel Herrereras Fleitas perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 70); relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folha 17); e ata de 6 de março de 2000, relativa ao comparecimento do senhor Luis Alberto Barreto Ayala, guarda de segurança a cargo dos internos no Instituto “*Panchito López*”, perante o Juizado Penal de Execução de Sentença Número 4 (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 416).

<sup>82</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 235); declaração testemunhal prestada pela senhora Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 225-229); declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo representantes, folha 253-254); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 184); declaração testemunhal prestada pelo jovem Osmar López Verón perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 191); declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Felipa Venécia Valdez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; parecer pericial prestado pelo senhor Mario Torres perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; parecer pericial prestado pela senhora Ana Deutsch perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; nota de 30 de julho de 2001 dirigida pelo senhor Eustacio Rodríguez Benítez, Diretor do Instituto, à advogada Glorí Benítez, Promotora do Menor Infrator (expediente de

134.16. Como métodos de castigo eram utilizados, *inter alia*, isolamento, surras, torturas<sup>83</sup> e transferências a penitenciárias de adultos.<sup>84</sup>

134.17. Os guardas do Instituto vendiam substâncias entorpecentes aos internos.<sup>85</sup>

anexos à demanda, anexo 25, folha 398); extrato do livro intitulado "*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 41, tomo IV, folhas 1600-1601); relatório de 19 de abril de 1994 elaborado pela perita assistente social Stella Mary García Agüero, o qual se encontra no documento intitulado "*Extractos del Expediente de Habeas Corpus genérico [a] favor de los menores del Instituto de Reeducación "Cel. Panchito López"*" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1E, tomo II, folha 392); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Pedro Iván Peña, e suas correspondentes respostas, as quais constam em um documento com data de 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 266); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 275-276).

<sup>83</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 235-236); parecer pericial prestado pelo senhor Mario Torres perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; parecer pericial prestado pela senhora Ana Deutsch perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Felipa Venicia Valdez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pelo senhor Dionisio Vega perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 229); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Pedro Iván Peña, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 265-266); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 275-276); parecer pericial prestado pelo senhor Carlos Arestivo perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 210).

<sup>84</sup> Cf. nota de 2 de abril de 2001 do Diretor Geral de Institutos Penais, interventor do Instituto "*Panchito López*" aos diretores das Penitenciárias de Coronel Oviedo e Villa Rica, enviando-lhes 5 menores como medida disciplinar (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, tomo I, folhas 113-114).

<sup>85</sup> Cf. carta de 17 de julho de 2001 dirigida pelo senhor Eustacio Rodríguez Benítez ao Dr. Silvio Ferreira, Ministro da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 422); declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 281).

### Generalidades do contexto jurídico dos internos no Instituto

134.18. Entre 1996 e 2000, enquanto esteve em vigência o antigo Código Processual Penal, vigente para adultos e crianças, a aplicação da prisão preventiva era a regra e não a exceção.<sup>86</sup> O novo Código Processual Penal, que entrou em vigência plena no ano de 2000, prevê o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva;<sup>87</sup> entretanto, a implementação desta norma não foi realizada por completo.<sup>88</sup>

134.19. A grande maioria dos internos se encontrava processada sem sentença.<sup>89</sup>

134.20. No Instituto, os internos processados sem sentença não estavam separados dos condenados.<sup>90</sup>

134.21. Do universo de internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, pelo menos 153 ingressaram no Instituto sendo já maiores de idade segundo a legislação vigente (par. 134.58 *infra*). Destes, 118 ingressaram aos 20 anos, 28 ingressaram aos 21 anos, cinco aos 22 anos, um aos 23 anos e um aos 24 anos.<sup>91</sup> Estes internos maiores de idade não estavam separados dos internos menores de idade.<sup>92</sup>

134.22. Em geral, os processos dos internos se caracterizaram pela lentidão de sua tramitação.<sup>93</sup>

<sup>86</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Pedro Juan Mayor Martínez perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 163).

<sup>87</sup> Cf. artigos 234 a 236 do Código Processual Penal.

<sup>88</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Luis Emilio Escobar Faella perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 5 de maio de 2004.

<sup>89</sup> Cf. relatório de 21 de julho de 1999 preparado pela Direção Geral de Institutos Penais do Paraguai, relativo aos estabelecimentos penais no Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 1-A, folha 4); e publicação da Anistia Internacional intitulada "*El Correccional de Menores 'Panchito López': Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 328).

<sup>90</sup> Cf. publicação da Anistia Internacional intitulada "*El Correccional de Menores 'Panchito López': Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*" Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 328); extrato do livro intitulado "*Casas de Violencia. Situación carcelaria en el Paraguay*", cujo autor é Jorge Rolón Luna (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, tomo IV, anexo 41, folha 1602); comunicação de 26 de abril de 2002 dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 125); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 179).

<sup>91</sup> Cf. lista unificada de 19 de novembro de 2001, enviada pela Comissão à Corte, com informações sobre as pessoas que se encontravam internas no Instituto de 14 de agosto de 1996 até 25 de julho de 2001 (expediente de mérito, tomo V, folhas 1313-1435).

<sup>92</sup> Fato não controvertido.

<sup>93</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Luis Emilio Escobar Faella perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 5 de maio de 2004; documento intitulado "*Correccional de Menores 'Cel. Panchito López' [..] Memoria de 1998*" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 293); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 184).

134.23. Os internos contavam com assistência jurídica;<sup>94</sup> entretanto, esta era, em geral, deficiente.<sup>95</sup>

134.24. Diante das ameaças constantes à segurança pessoal dos internos e devido à superlotação e às graves deficiências de recursos e de infraestrutura no Instituto, eram fomentados nos internos o desespero e as tendências violentas.<sup>96</sup> Nesse sentido, ao invés de serem reabilitados no Instituto para uma reinserção satisfatória à sociedade, os internos foram submetidos a sofrimento diário e, portanto, a um processo de aprendizagem negativo e vicioso, o que, em parte, explicava o alto índice de reincidência dos mesmos.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Cf. relatório sobre o incêndio de 11 de fevereiro de 2000 elaborado pela Direção Geral de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folha 88-93 e ss); lista de meninos e adolescentes enviados a prisões de adultos (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 515 e ss); documento intitulado "*Correccional de Menores 'Cel. Panchito López'* [...] *Memoria de 1998*" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 284); relatório de 22 de fevereiro de 2001 do interventor do Instituto "*Panchito López*" dirigido ao Vice-Ministro da Justiça, relativo a atividades realizadas depois do incêndio de fevereiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 21, tomo I, folha 101); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 184); declaração testemunhal prestada pela senhora María Elizabeth Flores Negri perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 24 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 117); declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; relatório de 17 de setembro de 2001 dirigido pela Direção Geral de Direitos Humanos da República do Paraguai ao Vice-Ministro de Justiça (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 431).

<sup>95</sup> Cf. relatório de março de 2002 dirigido pelo Ministério da Justiça e Trabalho à Comissão Interamericana, relativo às ações adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu "Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 11, tomo I, folha 241); declaração testemunhal de Ana María de Jesús Llanes Ferreira, juíza, prestada perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 85); declaração testemunhal de Maureen Antoinette Herman, funcionária da PROJOVEN, prestada perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 92); declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo representantes, folha 235); declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>96</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante agente dotado de fé pública em 10 de dezembro de 1993, a qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "*Cel. Panchito López*" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1B, tomo II, folha 371); relatório de 12 de abril de 1994 emitido pelos peritos psiquiatras Dr. Carlos Alberto Arestivo, Lic. Genaro Rivera Hunter e Lic. Mario Torres, o qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "*Cel. Panchito López*" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1D, tomo II, folha 381).

<sup>97</sup> Cf. parecer pericial prestado pelo senhor Mario Torres perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; documento intitulado "*Observaciones*

## Os incêndios do Instituto

134.25. Durante a última década, ocorreram no Instituto vários enfrentamentos dos internos com os guardas e dos internos entre si.<sup>98</sup> Além disso, com posterioridade à apresentação do presente caso perante a Comissão Interamericana, em 1996, ocorreram três incêndios no Instituto (pars. 134.29, 134.33 e 134.34 *infra*).

134.26. A situação precária do Instituto como centro de detenção de meninos foi denunciada por várias organizações internacionais, organizações nacionais de caráter não governamental e indivíduos perante, *inter alia*, a Comissão de Direitos Humanos do Senado, o Embaixador do Paraguai em Washington, D.C., e o Ministério

---

*finales del Comité de Derechos del Niño: Paraguay 06/11/2001" CRC/C/15/Add.166* (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 612); documento intitulado "Correccional de Menores 'Cel. Panchito López' [...] Memoria de 1998" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 13, tomo I, folha 293); declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 235); declaração testemunhal prestada pelo senhor Juan Antonio de la Vega Elorza perante agente dotado de fé pública em 10 de dezembro de 1993, a qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1B, tomo II, folha 371-372); relatório de 12 de abril de 1994 emitido pelos peritos psiquiatras Dr. Carlos Alberto Arestivo, Lic. Genaro Rivera Hunter e Lic. Mario Torres, o qual se encontra nos autos do *Habeas Corpus* genérico interposto a favor dos menores do Instituto de Reeducação "Cel. Panchito López" perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1D, tomo II, folha 379-380 e 382); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 273).

<sup>98</sup> Cf. relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), "Derechos Humanos en Paraguay, 1996" (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folha 648); carta de 17 de julho de 2001 dirigida pelo senhor Eustacio Rodríguez Benítez ao Dr. Silvio Ferreira, Ministro da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 422); resultados da análise de laboratório realizada nos corpos dos jovens Elvio Epifanio Acosta Ocampos e Sergio Daniel Vega Figueredo (expediente de anexos à demanda, anexo 32-B, folha 470-474); Ata nº 14 de 11 de fevereiro de 2000, elaborada pelo Comissário Principal DAEP, senhor Franco Ferreira Rodríguez, Chefe do Departamento Judiciário, Assunção, Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 475); Ata de 18 de fevereiro de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Freddy Portillo perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 477); Ata de 13 de março de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Jorge Melitón Bittar Cortessi perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 35, folha 479).

da Justiça e Trabalho;<sup>99</sup> entretanto, estas denúncias não conseguiram uma mudança significativa nas condições de detenção.<sup>100</sup>

134.27. Em 12 de novembro de 1993, a Fundação Tekojóá interpôs um recurso de *habeas corpus* genérico com o propósito de denunciar as condições de reclusão do Instituto e de colocar os internos em lugares adequados.<sup>101</sup> Este recurso não foi interposto em relação aos processos de privação de liberdade que eram instruídos contra os internos.<sup>102</sup>

134.28. Na Sentença Definitiva nº 652, proferida em 31 de julho de 1998, o Juiz de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno aprovou o recurso de *habeas corpus* genérico interposto pela Fundação Tekojóá a favor dos internos do Instituto e ordenou ao Estado que tomasse as medidas necessárias para que os internos fossem colocados em locais adequados.<sup>103</sup> Apesar disso, os internos favorecidos por este *habeas corpus* permaneceram no Instituto.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Cf. documento intitulado “*Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño: Paraguay 06/11/2001*” CRC/C/15/Add.166 (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 601-613, esp 612); denúncia realizada pela Organização Defesa das Crianças Internacional (DNI) perante a Comissão de Direitos Humanos do Senado, publicada em <http://www.diarioabc.com.py> em 20 de março de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 53, folha 634); notas de 6 e 7 de fevereiro de 2001 dirigidas por organizações não governamentais e personalidades ao Embaixador do Paraguai em Washington, D.C. relativas a violações de Direitos Humanos no Instituto “*Panchito López*” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 16, tomo I, folhas 83-90); nota de 8 de fevereiro de 2001 dirigida pelo Embaixador paraguaio em Washington, D.C. ao Ministro da Justiça e Trabalho, por meio da qual lhe informa sobre notas de protesto e reivindicações sobre Direitos Humanos em relação ao caso do Instituto “*Panchito López*” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 17, tomo I, folha 92); declaração testemunhal prestada pela senhora María Elizabeth Flores Negri perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 24 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 115); declaração testemunhal prestada pelo senhor Fernando Vicente Canillas Vera perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 22 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 6); declaração testemunhal prestada pela senhora Ana María De Jesús Llanes Ferreira perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 89); relatório de 9 de março de 2001 intitulado “*Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*” elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folhas 807 e 808); nota de 26 de julho de 2001 dirigida pela senhora Gloria Elizabeth Ramírez, promotora penal juvenil, ao promotor adjunto, Dr. Diosnel Cansio Rodríguez, em relação ao incêndio de 26 de julho de 2001 e às denúncias recebidas pela Unidade Especializada do Menor Infrator em relação à constante ameaça de se produzirem motins no Instituto (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 24, tomo III, folha 900).

<sup>100</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora María Elizabeth Flores Negri perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 24 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 116).

<sup>101</sup> Cf. petição de *habeas corpus* genérico de 12 de novembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 614-633 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 39, tomo I, folha 240); relatório da Coordenadoria de Direitos Humanos do Paraguai (CODEHUPY), “*Derechos Humanos en Paraguay, 1996*” (expediente de anexos à demanda, anexo 55, tomo I, folhas 649); sentença do Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno, S.D. nº 652, de 31 de julho de 1998 (expediente de anexos à demanda, anexo 20, folhas 289 e ss).

<sup>102</sup> Cf. petição de *habeas corpus* genérico de 12 de novembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 614-633; e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 39, tomo I, folha 240)

<sup>103</sup> Cf. sentença do Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno, S.D. nº 652, de 31 de julho de 1998 (expediente de anexos à demanda, anexo 20, folhas 320); petição de *habeas corpus* genérico de 12 de novembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 614-633).

<sup>104</sup> Fato não controvertido.

## 1) O incêndio de 11 de fevereiro de 2000

134.29. Em 11 de fevereiro de 2000, ocorreu um incêndio no Instituto,<sup>105</sup> em razão do qual faleceram os seguintes nove internos: Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo e Carlos Raúl de la Cruz.<sup>106</sup>

134.30. No mesmo incêndio, os seguintes internos sofreram ferimentos ou queimaduras: Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Franco Sixto González, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benítez.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Cf. relatório de 14 de fevereiro de 2000 dirigido por funcionários do Centro de Investigação Judicial ao senhor Fabio Martínez Coronel, Chefe do Centro de Investigação Judicial, em relação à investigação do incêndio de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 556); relatório criminalístico de 16 de fevereiro de 2000 dirigido pelo Departamento de Investigação de Crimes da Polícia Nacional do Paraguai ao Comissário Nestro Vera Planas, Chefe da Divisão Criminalística (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 562-566);

<sup>106</sup> Cf. lista de atestados de óbito e listas de atestado de diagnóstico médico (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 101-111); Ata nº 14 de 11 de fevereiro de 2000, elaborada pelo Comissário Principal DAEP, senhor Franco Ferreira Rodríguez, Chefe do Departamento Judicial, Assunção, Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 475); Ata de 18 de fevereiro de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Freddy Portillo perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 477); Ata de 13 de março de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Jorge Melitón Bittar Cortessi perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 35, folha 479); relatório de 14 de fevereiro de 2000 dirigido por funcionários do Centro de Investigação Judicial ao senhor Fabio Martínez Coronel, Chefe do Centro de Investigação Judicial, em relação à investigação do incêndio de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folha 556); relatório criminalístico de 16 de fevereiro de 2000 dirigido pelo Departamento de Investigação de Crimes da Polícia Nacional do Paraguai ao Comissário Nestro Vera Planas, Chefe da Divisão Criminalística (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 562-566); atestados médicos de 11 de abril de 2000 preparados pelo Dr. Miguel Angel Insaurralde, Diretor do Centro Nacional do Queimado (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 567-591); autos nº 383 de 2000 intitulado "*Sumario instruido en averiguación de un supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso) y la integridad física (lesión grave) – Panchito López*" perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 18, tomo I, folha 340 e ss).

<sup>107</sup> Cf. lista de atestados de óbito e lista de atestados de diagnóstico médico (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 101-111); Ata nº 14 de 11 de fevereiro de 2000, elaborada pelo Comissário Principal DAEP, senhor Franco Ferreira Rodríguez, Chefe do Departamento Judicial, Assunção, Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 475); Ata de 18 de fevereiro de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Freddy Portillo perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 477); Ata de 13 de março de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Jorge Melitón Bittar Cortessi perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 35, folha 470); relatório de 14 de fevereiro de 2000 dirigido por funcionários do Centro de Investigação Judicial ao senhor Fabio Martínez Coronel, Chefe do Centro de Investigação Judicial, em relação à investigação do incêndio de 11 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 556); relatório criminalístico de 16 de fevereiro de 2000 dirigido pelo Departamento de Investigação de Crimes da Polícia Nacional do Paraguai ao Comissário Nestro Vera Planas, Chefe da Divisão Criminalística (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 562-566); atestados médicos de 11 de abril de 2000 preparados pelo Dr. Miguel

134.31. Os feridos neste incêndio foram levados aos centros assistenciais de urgência.<sup>108</sup>

134.32 Desde antes do incêndio de 11 de fevereiro de 2000, o Instituto estava em condições notoriamente inadequadas para responder a um incêndio, apesar de que era comum que os internos acendessem fogo em seus pavilhões para esquentar sua comida ou para se tatuar.<sup>109</sup> Em primeiro lugar, não havia nenhum dispositivo nem extintor de incêndio próximo aos pavilhões do local.<sup>110</sup> Além disso, apesar da situação de crise, os guardas não receberam nenhuma instrução por parte das autoridades administrativas do Instituto.<sup>111</sup>

## 2) O incêndio de 5 de fevereiro de 2001

134.33. Em 5 de fevereiro de 2001, ocorreu outro incêndio no Instituto,<sup>112</sup> no qual foram feridos ou queimados os seguintes nove internos: Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana e Juan Carlos Zarza Viveros.<sup>113</sup>

## 3) O incêndio de 25 de julho de 2001 e o fechamento do Instituto

134.34. Em 25 de julho de 2001, houve outro incêndio no Instituto. Os fatos tiveram sua origem em um motim causado por um dos internos, Benito Augusto

---

Angel Insaurralde, Diretor do Centro Nacional do Queimado (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 567-591); autos nº 383 de 2000 intitulado “*Sumario instruido en averiguación de un supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso) y la integridad física (lesión grave) – Panchito López*” perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 18, tomo I, folha 340 e ss).

<sup>108</sup> Cf. cópia do relatório sobre o incêndio de 11 de fevereiro de 2000 elaborado pela Direção Geral de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folha 78).

<sup>109</sup> Cf. relatório pericial do incêndio de 11 de fevereiro de 2000 emitido pelo perito Rubén Valdez, nomeado pelo Juízo de Primeira Instância Penal de Execução de Sentença Número 4, na investigação do “*Sumario instruido sobre homicidio doloso y lesión grave en el Panchito López*” (expediente de anexos à demanda, anexo 32-a, folha 452); autos nº 383 de 2000 intitulado “*Sumario instruido en averiguación de un supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso) y la integridad física (lesión grave) – Panchito López*” perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 18, tomo I, folha 415); declaração testemunhal prestada pelo senhor Walter Abel Mererles Congo nos Autos nº 383 de 2000 intitulado “*Sumario instruido en averiguación de un supuesto hecho punible contra la vida (homicidio doloso) y la integridad física (lesión grave) – Panchito López*” perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 43, folha 537).

<sup>110</sup> Cf. Ata de 18 de fevereiro de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Freddy Portillo perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 478).

<sup>111</sup> Cf. Ata de 18 de fevereiro de 2000, relativa à declaração informativa prestada pelo senhor Freddy Portillo perante o Juízo de Primeira Instância Criminal do Oitavo Turno (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 478).

<sup>112</sup> Cf. relatório emitido pelo Corpo de Bombeiros Voluntários do Paraguai, Comando Geral, relativo ao incêndio ocorrido em 5 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 9, folha 132).

<sup>113</sup> Cf. lista de internos queimados e internados no hospital em 5 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos do escrito de petições e argumentos, anexo 15, tomo I, folha 82).



Adorno, que foi ferido por um disparo de um funcionário do Instituto. As ações de Benito Augusto Adorno e o disparo contra ele provocaram a revolta de diversos internos que iniciaram o incêndio no Instituto.<sup>114</sup>

134.35. O jovem Benito Augusto Adorno morreu em 6 de agosto de 2001.<sup>115</sup>

134.36. O incêndio causou ferimentos ou queimaduras nos seguintes oito internos: Eduardo Vera, Cândido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Carlos Raúl Romero Giacomo e Aristides Ramón Ortiz Bernal.<sup>116</sup>

134.37. A situação de alto risco e tensão no Instituto, que provocou o incêndio de 25 de julho de 2001, havia sido previamente advertida por vários funcionários e guardas através de comunicações oficiais dirigidas a seus superiores durante as semanas anteriores.<sup>117</sup>

134.38. Depois do incêndio de 25 de julho de 2001, o Estado fechou definitivamente o Instituto.<sup>118</sup>

### Assistência fornecida pelo Estado depois dos incêndios

134.39. O Estado cobriu diversos gastos causados aos internos falecidos e feridos, tais como algumas quantias correspondentes ao atendimento médico e

<sup>114</sup> Cf. relatório sobre o motim de 25 de julho de 2001, dirigido pelo Superior da Guarda Interino, senhor Sergio Hermosilla, ao Chefe de Segurança do Centro (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 481); relatório do incêndio ocorrido no Instituto na quarta-feira, 25 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folha 495); documento intitulado "*Adolescentes privados de libertad: Algunas consideraciones.*" Propostas de intervenção elaboradas pelo Vice-Ministro da Justiça, Fernando Vicente Canillas Vera, 30 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 26, folha 405); relatório sobre o motim de 25 de julho de 2001, dirigido pelo Superior da Guarda Interino, senhor Sergio Hermosilla, ao Chefe de Segurança do Centro (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 481); relatório do incêndio ocorrido no Instituto na quarta-feira, 25 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folha 495); relatório emitido pelo Corpo de Bombeiros Voluntários do Paraguai, Comando Geral, relativo ao incêndio ocorrido em 25 de julho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 9, tomo I, folha 133); e pasta da promotoria nº 9199 intitulada "*Motim de internos*" ocorrido em 25 de julho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 24, tomo III, folhas 876).

<sup>115</sup> Cf. atestado de óbito do jovem Benito Augusto Adorno (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folha 142); e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 31, tomo I, folha 198).

<sup>116</sup> Cf. nota de 26 de julho de 2001 dirigida pelo Comissário DEJAP, Fermín Valenzuela Bado, ao Promotor Criminal de plantão (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 483); expediente do incêndio de 27 (*sic*) de julho de 2001, Promotoria da Minoridade (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 31, tomo I, folhas 125 e 127).

<sup>117</sup> Cf. nota de 18 de junho de 2001 dirigida pelo Padre Michael Sean O'Loingsigh ao senhor Eustacio Rodríguez Benítez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folha 395); nota de 16 de julho de 2001, dirigida pelo Padre Michael Sean O'Loingsigh ao senhor Eustacio Rodríguez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folha 417); e carta de 17 de julho de 2001 dirigida por funcionários do Instituto ao senhor Eustacio Rodríguez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 423).

<sup>118</sup> Cf. comunicação de 26 de abril de 2002 dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 114); e documento intitulado "*Adolescentes privados de libertad: Algunas consideraciones.*" Propostas de intervenção elaboradas pelo Vice-Ministro da Justiça, Fernando Vicente Canillas Vera, 30 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 26, folha 400).

psicológico<sup>119</sup> e gastos funerários,<sup>120</sup> mas estas medidas não beneficiaram todos os afetados, já que os familiares de algumas das supostas vítimas também tiveram que comprar medicamentos para eles e pagar gastos funerários.<sup>121</sup>

### As transferências de internos do Instituto

134.40. Depois do incêndio de 11 de fevereiro de 2000, 40 internos do Instituto foram transferidos ao Centro de Educação Integral Itaúguá (doravante denominado “CEI Itaúguá”), uma instituição para meninos criada de forma conjunta pelo Estado e pelas organizações não governamentais, localizada na cidade de Itaúguá,<sup>122</sup> cuja abertura oficial foi realizada em maio de 2001. Outro grupo de internos foi enviado à Penitenciária Regional de Emboscada, um presídio para adultos.<sup>123</sup> Os demais internos permaneceram no Instituto.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo senhor Fernando Vicente Canillas Vera perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 22 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 5); declaração testemunhal prestada pela senhora Teresa de Jesús Almirón Fernández perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 26); cópia do relatório sobre o incêndio de 11 de fevereiro de 2000 elaborado pela Direção Geral de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folha 78); relatório de 29 de agosto de 2002 elaborado pelo Diretor do Centro Nacional do Queimado em contestação à Nota NSSE nº 374 do Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 3, tomo III, folhas 1229-1232); testemunho de Teofista Domínguez, mãe de um ex-interno falecido do Instituto, prestado perante a Corte em 3 de maio de 2004 (declaração testemunhal prestada por María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 252).

<sup>120</sup> Cf. declaração testemunhal de Fernando Vicente Canillas Vera prestada perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 22 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 5); declaração testemunhal prestada pela senhora Teresa de Jesús Almirón Fernández perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 27); declaração testemunhal prestada pelo senhor Dionisio Vega perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>121</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 252); declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; e declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 185).

<sup>122</sup> Cf. comunicação de 26 de abril de 2002 dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 114); relatório de março de 2002 encaminhado pelo Ministério da Justiça à Comissão Interamericana, relativo às ações adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu “Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 11, tomo I, folha 244).

<sup>123</sup> Cf. documento da Anistia Internacional intitulado “*El Correccional de Menores ‘Panchito López’: Una oportunidad para que el gobierno de Paraguay cumpla sus promesas*” Índice AI: AMR 45/004/2001/s, Abril de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 330).

<sup>124</sup> Cf. relatório sobre o incêndio de 11 de fevereiro de 2000 elaborado pela Direção Geral de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Trabalho (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folha 85).

134.41. Posteriormente, a partir de meados de 2000, foi iniciada, de forma irregular, a transferência dos internos ao CEI Itaguá.<sup>125</sup>

134.42. Depois do incêndio de 25 de julho de 2001, os internos do Instituto foram transferidos massivamente e com urgência ao CEI Itaguá, à Penitenciária Regional de Emboscada e, em menor número, a outros centros penitenciários regionais para adultos.<sup>126</sup>

134.43. Alguns dos meninos que foram transferidos do Instituto para a Emboscada, em 25 de julho de 2001, denunciaram haver sido agredidos pelos guardas na transferência.<sup>127</sup>

### A convivência de meninos com adultos em certas penitenciárias

134.44. Depois do fechamento do Instituto, muitos dos meninos foram transferidos para distintas penitenciárias (pars. 134.42 e 134.43 *supra*), nas quais, em alguns casos, compartilhavam espaço físico com os internos adultos, como o banheiro, o refeitório e o pátio, já que estas instituições não contavam com a infraestrutura diferenciada por idade.<sup>128</sup>

<sup>125</sup> Cf. nota de 18 de junho de 2001 do Padre Michael Sean O'Loingsigh, Vice-Diretor do Instituto, a Eustacio Rodríguez Benítez, Diretor do Instituto (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folha 395); esquema do programa de transferências do Instituto "Panchito López" ao Centro Educativo de Itaguá (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 36, tomo I, folha 236).

<sup>126</sup> Cf. nota de 26 de julho de 2001 dirigida pelo chefe da Quarta Delegacia Metropolitana ao Promotor Criminal de plantão do Ministério Público, em relação ao incêndio de 25 de julho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 31, tomo I, folha 127); comunicação de 26 de abril de 2002 dirigida pelo Estado à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 114); declaração testemunhal prestada pela senhora Ana María de Jesús Llanes Ferreira perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folha 86); documento intitulado "Adolescentes privados de libertad: Algunas consideraciones." Propostas de intervenção elaboradas pelo Vice-Ministro da Justiça, Fernando Vicente Canillas Vera, 30 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 26, folha 400); nota de 17 de setembro de 2001 dirigida pela Direção Geral de Direitos Humanos da República do Paraguai ao Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 428); nota de 26 de julho de 2001 dirigida pelo Comissário DEJAP, Fermín Valenzuela Bado, ao Promotor Criminal de plantão (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 483); relatório do incêndio ocorrido no Instituto na quarta-feira 25 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folhas 496-497); relatório de 15 de agosto de 2001 dirigido por uma comissão não identificada ao Ministério da Justiça e Trabalho, relativo a visitas às penitenciárias de Villarrica e Coronel Oviedo (expediente de anexos à demanda, anexo 45, folha 544); relatório de março de 2002 dirigido pelo Ministério da Justiça à Comissão Interamericana, relativo às ações adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu "Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai" (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 11, tomo I, folhas 243 e ss); documento intitulado "Carpeta fiscal nº 9199 sobre 'motín de internos'", fato ocorrido em 25 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folha 976).

<sup>127</sup> Cf. nota de 2 de agosto de 2001 dirigida pelo Ministério Público ao Promotor Geral do Estado (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folhas 539-543 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 31, tomo I, folha 190).

<sup>128</sup> Cf. nota de 17 de setembro de 2001 dirigida pela Direção Geral de Direitos Humanos da República do Paraguai ao Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 428); declaração testemunhal prestada pela senhora Ana María de Jesús Llanes Ferreira perante o Cartório Maior de Governo da República do Paraguai em 23 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Estado, folhas 88-89); relatório de 15 de agosto de 2001 dirigido por uma comissão não identificada ao Ministério da Justiça e Trabalho, relativo a visitas às penitenciárias de Villarrica e Coronel Oviedo (expediente de anexos à demanda, anexo 45, folha 544).

Além disso, em certas oportunidades, os diretores destas penitenciárias designaram um ou dois adultos internos “de comprovada boa conduta” para que atuassem como zeladores de um grupo determinado de meninos, com o propósito de evitar qualquer conflito entre eles ou maltrato aos mesmos por parte dos demais adultos.<sup>129</sup>

134.45. Na Penitenciária Regional de Emboscada, os meninos se encontravam em dois pavilhões, um separado dos adultos e um misto.<sup>130</sup>

### **O falecimento de dois meninos<sup>131</sup> na Penitenciária Regional de Emboscada**

134.46. Em 10 de setembro de 2001, Richard Daniel Martínez, de 18 anos de idade, faleceu por causa de ferimentos produzidos por arma branca, no pavilhão de menores da Penitenciária Regional de Emboscada.<sup>132</sup> Foi enviado ao Centro de Saúde Local, onde se constatou sua morte.<sup>133</sup>

134.47. Em 14 de março de 2002, Héctor Ramón Vázquez, de 17 anos de idade, também foi ferido por arma branca na Penitenciária Regional de Emboscada.<sup>134</sup> Foi enviado ao Hospital de Emergência Médica e faleceu em 15 de março de 2002.<sup>135</sup> Ambos os internos falecidos haviam sido transferidos do Instituto.<sup>136</sup>

### **O sofrimento dos internos no Instituto e seus familiares**

134.48. As condições a que estiveram submetidos os internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001 os desmoralizaram e lhes causaram tanto

<sup>129</sup> Cf. nota de 17 de setembro de 2001 dirigida pela Direção Geral de Direitos Humanos da República do Paraguai ao Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 428); relatório do Diretor da Penitenciária Regional de Emboscada de 12 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 13, folha 60).

<sup>130</sup> Cf. nota de 17 de setembro de 2001 dirigida pela Direção Geral de Direitos Humanos da República do Paraguai ao Vice-Ministro da Justiça (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 428); comunicação do Estado de 26 de abril de 2002, dirigida à Comissão Interamericana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 115); relatório do incêndio ocorrido no Instituto na quarta-feira, 25 de julho de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folhas 496-497).

<sup>131</sup> A legislação vigente dispunha que a maioria era adquirida ao cumprir 20 anos (par. 134.58 *infra*).

<sup>132</sup> Cf. relatório de 10 de setembro de 2001 emitido pelo diretor do centro correccional de menores na penitenciária regional de Emboscada, em relação aos incidentes que levaram ao falecimento de Richard Daniel Martínez na Penitenciária Regional de Emboscada (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 33, folha 1234).

<sup>133</sup> Nota 132 *supra*.

<sup>134</sup> Cf. relatório de 15 de março de 2002 emitido pelo diretor da área de menores na penitenciária regional de Emboscada, em relação aos incidentes que levaram ao falecimento de Héctor Ramón Vázquez na Penitenciária Regional de Emboscada (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 33, folhas 1235).

<sup>135</sup> Cf. relatório de 15 de março de 2002 emitido pelo diretor da área de menores na penitenciária regional de Emboscada, em relação aos incidentes que levaram ao falecimento de Héctor Ramón Vázquez na Penitenciária Regional de Emboscada (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 33, folhas 1235); recorte de imprensa (aparentemente) de outubro de 2001 intitulado “*Ex interno del Panchito fue asesinado ayer en Emboscada*” (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folha 524).

<sup>136</sup> Cf. lista unificada de supostas vítimas, enviada pela Comissão à Corte em 8 de julho de 2002 (expediente de mérito, tomo I, folha 228). Fato não controvertido.

sequelas físicas como psicológicas.<sup>137</sup> Estas conseqüências psicológicas incluem, *inter alia*, angústia, agressividade, desesperança, depressões frequentes, desvalorização, estigmatização, autoestima diminuída, esquecimento e insônia.<sup>138</sup>

134.49. Por outro lado, os familiares identificados dos internos falecidos e feridos sofreram psíquica e moralmente como resultado das mortes e feridas sofridas pelos internos.<sup>139</sup>

### Os procedimentos JUDICIAIS internos

134.50. Na jurisdição interna, foi interposto um recurso de *habeas corpus* genérico (pars. 134.27 e 134.28 *supra*) e foram abertos dois processos civis e dois processos criminais.

<sup>137</sup> Cf. parecer pericial prestado pela senhora Ana Deutsch perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>138</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pelo jovem Hugo Antonio Vera Quintana perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 244); declaração testemunhal prestada pelo jovem Arsenio Joel Barrios Báez perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 243); declaração testemunhal prestada pelo jovem Osmar López Verón perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 188); perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Pedro Iván Peña, e suas correspondentes respostas, as quais constam em um documento com data de 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 270); declaração testemunhal prestada pela senhora Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 228); declaração testemunhal prestada pelo jovem Francisco Ramón Adorno perante agente dotado de fé pública em 26 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 183); parecer pericial prestado pela senhora Ana Deutsch perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; parecer pericial prestado pelo senhor Carlos Arestivo perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Comissão, folha 212); declaração testemunhal prestada pelo jovem Clemente Luis Escobar González perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 235).

<sup>139</sup> Cf. declaração testemunhal prestada pela senhora Rosalía Figueredo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pelo senhor Dionisio Vega perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Felipa Benicia Valdez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004; declaração testemunhal prestada pela senhora Dirma Monserrat Peña perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 231-232); declaração testemunhal prestada pela senhora María Teresa de Jesús Pérez perante agente dotado de fé pública em 30 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 253); e perguntas realizadas pela senhora Viviana Krsticevic, Diretora Executiva do CEJIL, ao jovem Raúl Esteban Portillo, e as correspondentes respostas deste, as quais constam em um documento com data de 25 de março de 2004 (expediente de declarações escritas apresentadas pelo Estado, pela Comissão Interamericana e pelas representantes das supostas vítimas, anexo Representantes, folha 285).

### 1) Os processos civis

134.51. Em novembro de 2000, os familiares de Sergio David Poletti Domínguez, que faleceu no incêndio de 11 de fevereiro de 2000, apresentaram perante o Juizado Civil e Comercial da Circunscrição Judiciária da Capital uma demanda civil contra o Estado por indenização de danos e prejuízos.<sup>140</sup>

134.52. Em 7 de janeiro de 2002, os familiares de Diego Walter Valdez, Carlos Raúl de la Cruz e Sergio Daniel Vega Figueredo, que faleceram no incêndio de 11 de fevereiro de 2000, também interpuuseram perante o Juizado Civil e Comercial da Circunscrição Judiciária da Capital uma demanda civil contra o Estado por indenização de danos e prejuízos.<sup>141</sup>

134.53. Os dois processos civis se encontram na etapa inicial.<sup>142</sup>

### 2) Os Processos Criminais

134.54. Em fevereiro de 2000, o Juizado de Primeira Instância Criminal instruiu um inquérito sobre um suposto fato punível contra a vida (homicídio doloso) e a integridade física (lesão grave), para estabelecer responsabilidades pelos acontecimentos do incêndio de 11 de fevereiro de 2000 (par. 134.29 *supra*).<sup>143</sup> Em 8 de março de 2002, o Juiz da causa, Carlos Ortiz Barrios, decretou seu arquivamento, em conformidade com o artigo 7 da Lei 1.444/99, que estabelece que “[n]os processos com acusados não individualizados o Juízo decretará o arquivamento dos autos quando o Ministério Público ou as partes, dentro do prazo de seis meses, não tiverem formulado petições ou realizado atos ou diligências pertinentes para dar continuidade à causa [...]”.<sup>144</sup>

134.55. Depois do terceiro incêndio (par. 134.34 *supra*), foi iniciada, no Ministério Público, a causa nº 9199 para esclarecer os acontecimentos do incêndio, bem como as

<sup>140</sup> Cf. autos de “Teofista Domínguez e outros contra o Estado do Paraguai sobre Indenização por Danos e Prejuízos. Juizado Civil e Comercial do 6º Turno” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 20, tomo II, folhas 682-849, esp. 691); declaração testemunhal prestada pela senhora Teofista Domínguez perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a audiência pública realizada em 3 de maio de 2004.

<sup>141</sup> Cf. autos de “Felipa Benicia Valdéz e outros contra o Estado paraguaio sobre Indenização por Danos e Prejuízos. Juizado Civil e Comercial do 1º Turno” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 19, tomo II, folhas 538-681, esp. 564).

<sup>142</sup> Cf. autos de “Teofista Domínguez e outros contra o Estado do Paraguai sobre Indenização por Danos e Prejuízos. Juizado Civil e Comercial do 6º Turno” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 20, tomo II, folhas 682-849); autos de “Felipa Benicia Valdéz e outros contra o Estado paraguaio sobre Indenização de Danos e Prejuízos. Juizado Civil e Comercial do 1º Turno” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 19, tomo II, folhas 538-681); e documento apresentado por Teofista Domínguez em 3 de maio de 2004 durante seu testemunho na audiência pública perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (expediente de mérito, tomo VII, folha 2085).

<sup>143</sup> Cf. inquérito de 11 de fevereiro de 2000 instruído em averiguação de um suposto fato punível contra a vida (homicídio doloso) e a integridade física (lesão grave) no Instituto “Panchito López” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 18, tomo I, folhas 341).

<sup>144</sup> Cf. decisão de 8 de março de 2002 em relação ao inquérito instruído em averiguação de um suposto fato punível contra a vida (homicídio doloso) e a integridade física (lesão grave) no Instituto “Panchito López” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 18, tomo II, folha 531).

circunstâncias da morte de Benito Augusto Adorno, falecido em 6 de agosto de 2001 devido a um ferimento por disparo de arma de fogo (par. 134.35 *supra*).<sup>145</sup>

134.56. Com relação à morte do jovem Benito Augusto Adorno (par. 134.35 *supra*), foi iniciada uma investigação judicial na qual se imputou a culpabilidade ao guarda Francisco Javier González Orué. Em 12 de agosto de 2002, uma juíza penal de garantias resolveu absolvê-lo de culpa e pena devido à falta de provas periciais que provassem que a bala que matou o jovem Benito Augusto Adorno saiu da arma do senhor González Orué.<sup>146</sup>

### **As reformas realizadas pelo Estado**

134.57. O Estado realizou uma série de reformas de caráter legislativo, administrativo e de infraestrutura em relação às crianças em conflito com a lei no Paraguai (par. 214 *infra*). Entre estas se destacam a criação de um novo Código Processual Penal, um novo Código Penal, a Acordão nº 214, que regulamentou as funções dos Juizados de Menores e um Código da Infância e Adolescência, bem como a criação de centros alternativos para crianças em conflito com a lei.<sup>147</sup>

134.58. Em junho de 2003, o Estado estabeleceu a maioria a partir de completados os 18 anos, modificando assim a legislação vigente à época dos fatos neste caso, a qual estabelecia a maioria a partir dos 20 anos.<sup>148</sup>

### **A representação das supostas vítimas e seus familiares perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e os gastos relativos à sua representação**

134.59. As supostas vítimas e seus familiares foram representados pela Fundação Tekojóá no âmbito interno e nos trâmites realizados perante a Comissão e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional nos trâmites realizados perante a

<sup>145</sup> Cf. pasta da promotoria nº 9199 sobre “motim de internos” ocorrido em 25 de julho de 2001 (expediente de anexos adicionais ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 24, tomo III, folhas 873-978); declaração testemunhal prestada pelos senhores Walter Abel Mererles Congo, Javier González Orué, Olivero Olmedo Osorio e Pedro Ganoso Silva perante o Ministério Público (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folhas 250-251).

<sup>146</sup> Cf. autos nº 11212001 9859 Francisco Javier González Orué sobre Homicídio culposo. (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 10, tomo I, folhas 135-226, esp. folha 225).

<sup>147</sup> Cf. decisão nº 25, de 10 de maio de 2001, proferida pela Licenciada Ana María Guerra de Casaccia, Diretora de Educação de Jovens e Adultos, “pela qual se autoriza a abertura e funcionamento do Centro Educativo Itauguá M/77 do Departamento Central, região D” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 3, tomo I, folha 58); e relatório de março de 2002 dirigido pelo Ministério da Justiça à Comissão Interamericana, relativo às ações adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu “Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Paraguai” (expediente de anexos ao escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações às petições e argumentos, anexo 11, tomo I, folha 227).

<sup>148</sup> Lei nº 2169 de 27 de junho de 2003.

Comissão e perante a Corte, de maneira que estas organizações incorreram em uma série de gastos relacionados com as referidas ações.<sup>149</sup>

## VIII VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 4 E 5 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 19 E 1.1 DA MESMA (DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL)

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

135. Quanto à violação do artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

- a) o Estado é responsável pela violação do artigo 19 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, não somente em relação às supostas vítimas que foram aceitas expressamente, mas com relação a todos os meninos que estiveram internados no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, bem como daqueles que foram enviados posteriormente a penitenciárias para adultos;
- b) o artigo 19 da Convenção Americana, lido conjuntamente com as regras específicas para a proteção da infância como a Convenção sobre os Direitos da Criança, define padrões específicos para as crianças, como a excepcionalidade da privação de liberdade;
- c) aos internos do Instituto não foi dado um tratamento em conformidade com sua dignidade de pessoas e não foram respeitados os padrões específicos para os meninos em relação à privação de liberdade. Nesse sentido, a Comissão alegou que os internos foram privados indiscriminadamente de sua liberdade; sofreram condições desumanas; houve demora em seus processos fazendo com que a grande maioria estivesse em prisão preventiva; sofreram três incêndios nos quais 10 internos perderam a vida por não haver medidas de segurança adequadas; foram transferidos a penitenciárias para adultos, o que se traduz em uma violação continuada de seus direitos; e não foram reparados corretamente, já que o Estado não tomou as medidas necessárias para solucionar o problema relacionado com superlotação, insalubridade, má alimentação, falta de pessoal capacitado, programas

<sup>149</sup> Cf. documentos em respaldo aos gastos em que o CEJIL incorreu (expediente de mérito, tomo 8, folhas 2296 a 2364); denúncia de 14 de agosto de 1996 apresentada pelo CEJIL e pela Fundação Tekojojá (expediente perante a Comissão); e petição de *habeas corpus* genérico de 12 de novembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folha 614, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 39, tomo I, folha 240).



- de educação insuficientes, bem como a manutenção de meninos em prisão preventiva por prazos maiores que os razoáveis;
- d) o Estado não somente descumpriu sua obrigação convencional de dar proteção especial às supostas vítimas, mas também incrementou a situação de vulnerabilidade dos meninos detidos no Instituto em direta violação do dispositivo convencional;
- e) o Estado não garantiu o direito  saúde, já que não proveu assistência médica regular aos internos, o pessoal médico era insuficiente, e tampouco proveu atendimento médico adequado aos internos com doenças psiquiátricas e dependências;
- f) o direito ao lazer não foi garantido pelo Estado, já que os internos permaneciam fechados na maior parte do dia e eram permitidas saídas de duas horas diárias aproximadamente;
- g) a reclusão em celas pequenas, com grave superlotação, por 22 horas diárias constitui uma violação do artigo 19 da Convenção Americana, e dos incisos 1, 2 e 6 do artigo 5 da mesma; e
- h) o direito  educação não foi garantido pelo Estado, já que os internos não tiveram um programa de educação formal contínuo e as condições físicas do local não colaboravam com a realização de aulas. Todas as ações tomadas pelo Estado para a implementação de certos programas educativos e de espaços de recreação dos internos se deram de maneira limitada, após os incêndios, em resposta às reiteradas petições da Comissão.

136. Quanto  violação do artigo 4 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

- a) ambos os artigos impõem ao Estado a obrigação razoável de prevenir a violação do direito à vida das pessoas privadas de sua liberdade; obrigação que é mais urgente em casos em que as supostas vítimas são crianças privadas de liberdade, já que se encontram em uma situação de vulnerabilidade e dependência do Estado;
- b) o Estado descumpriu sua obrigação de respeitar e garantir o direito à vida dos nove internos que faleceram dentro ou por causa dos incêndios no Instituto e de Benito Augusto Adorno, que morreu por um disparo;
- c) dois adolescentes, Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez, morreram depois de serem transferidos  penitenciária Regional de Emboscada para adultos;
- d) a injustificável carência de medidas mínimas de prevenção e extinção de incêndios e o desconhecimento das indicações do pessoal

de segurança sobre o perigo iminente fazem com que a morte das supostas vítimas não tenha sido fortuita, mas previsível e evitável e, portanto, geradoras de responsabilidade internacional do Estado; e e) ao Estado corresponde a responsabilidade internacional por não ter garantido, através de ações preventivas, que não ocorressem os incêndios, ou que pelo menos suas consequências houvessem sido muito menores, com independência da responsabilidade individual dolosa ou culposa, que possa corresponder aos guardas penitenciários ou a alguns internos que tenham iniciado o primeiro incêndio, a qual deve ser determinada pelos tribunais paraguaios.

137. Quanto à violação do artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

- a) o Estado é responsável pela violação à integridade pessoal dos internos feridos e queimados por causa dos três incêndios, de todos os internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, e daqueles que foram enviados posteriormente a penitenciárias para adultos, por não ter adotado as mínimas e mais elementares medidas necessárias que permitiriam garantir o pleno gozo do direito à integridade pessoal e prevenir sua violação;
- b) os internos feridos e queimados que sobreviveram aos incêndios claramente sofreram danos físicos e morais; portanto, o Estado é responsável pela violação ao direito à integridade pessoal destes ex-internos; e
- c) o Estado deteve os internos do Instituto em centros penitenciários para adultos em repetidas oportunidades, particularmente com após cada incêndio, colocando em risco a integridade pessoal destes meninos transferidos. Esta prática violou várias normas internacionais em relação a crianças privadas de liberdade.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

138. Quanto à violação do artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

- a) o Estado violou esta norma em prejuízo dos 3.744 meninos que estiveram detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, bem como daqueles que, posteriormente, foram enviados a prisões para adultos;

b) os meninos detidos no Instituto estavam em uma situação permanente de vulnerabilidade e alto risco, por sua tripla condição de crianças, de privados de liberdade e de impactados por condições socioeconômicas extremamente precárias;

c) as medidas de proteção especiais para crianças implicam não somente a obrigação de respeitar os direitos destas pessoas, mas também a de garantir seus direitos e de tomar todas as medidas positivas, guiadas pelos princípios de não discriminação e do interesse superior da criança, que assegurem sua proteção contra maus-tratos, seja em suas relações com as autoridades públicas, seja nas relações interindividuais ou com entes não estatais;

d) nenhuma das supostas vítimas havia alcançado a maioria no momento dos fatos. Segundo a legislação interna paraguaia, a maioria se alcançava aos 20 anos e não aos 18;

e) o Estado não desenvolveu políticas públicas de proteção integral à infância, já que não adequou sua legislação local e privou os meninos de certos benefícios. O novo Código da Infância e Adolescência entrou em vigência a partir de 2001, com uma aplicação irregular. Além disso, existiram falhas na assistência jurídica concedida pelo Ministério Público aos internos do Instituto;

f) o Estado não elaborou um sistema para crianças em conflito com a lei em conformidade com sua condição e segundo os princípios internacionais reconhecidos na matéria;

g) o reconhecimento do Estado a respeito das supostas vítimas individualizadas na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002 implica em uma incoerência e em uma "aberração jurídica", já que a omissão em adotar as medidas de proteção adequadas (tanto de caráter legislativo como administrativo e judiciário) afetou todas as pessoas que no momento dos fatos se encontravam no Instituto; ou seja, afetou tanto os internos mortos e feridos nos incêndios como os demais internos; e

h) o Estado não desenvolveu políticas levando em consideração a especial vulnerabilidade econômica ou social de alguns dos meninos.

139. Quanto à violação do artigo 4 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

a) o Estado é responsável pela privação do direito à vida dos 12 internos que faleceram;

b) o Estado não somente cumpre sua obrigação de tutelar o direito à vida das pessoas se limitando a não privá-las dela arbitrariamente,

mas a tutela deste direito requer uma atitude positiva por parte deste, sobretudo quando as pessoas privadas de liberdade são crianças. O Estado tem a obrigação de garantir a vida da pessoa detida. Por isso, uma vez que se comprovou que a suposta vítima morreu em custódia, corresponde ao Estado provar que a causa da morte não é, em nenhuma medida, de sua responsabilidade;

c) a superlotação, causada em parte pelo uso excessivo da prisão preventiva, gera reações violentas e agressivas;

d) o Estado manteve condições carcerárias contrárias aos instrumentos de proteção dos direitos da infância ao não adotar medidas para prevenir e evitar os incêndios, tal como a instalação de sistemas de detecção de fumaça, extintores e saídas de emergência;

e) o Instituto não contava com equipamento adequado nem com pessoal suficiente ou capacitado;

f) o Estado ignorou as reiteradas e sucessivas petições de instituições nacionais e internacionais em relação à criação de condições de detenção em conformidade com a dignidade humana dos meninos;

g) os motins violentos eram evitáveis; e

h) o Estado é responsável pela morte dos dois adolescentes transferidos à prisão para adultos de Emboscada, já que estes jovens se encontravam sob sua custódia. Se o Estado não tinha um lugar adequado para os meninos, o precedente – sobretudo se for considerado que a maioria deles estava em prisão preventiva – seria autorizar a detenção domiciliar ou a liberdade.

140. Quanto à violação do artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

a) o Estado não cumpriu seu dever de respeitar e garantir a integridade pessoal dos 3.744 meninos que estiveram detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, incluindo seus familiares e os 38 meninos que foram feridos e queimados nos sucessivos incêndios do Instituto, bem como dos meninos que foram transferidos para penitenciárias de adultos;

b) o ciclo de violência a que o Estado submeteu os meninos internos no Instituto constituiu uma prática sistemática de violações de direitos humanos contrária às normas internacionais de proteção da infância, o que tem como consequência a inversão do ônus da prova em relação à aplicabilidade de algumas destas condições a todos os internos;

- c) as condições de detenção existentes no Instituto incluíam, entre outras, superpopulação, superlotação, não separação entre processados e condenados, falta de higiene, má alimentação, falta de atendimento médico, odontológico e psicológico adequado, falta de programas de educação adequados, falta de recreação, falta de medidas de segurança contra incêndios, limitações no número e na capacitação dos guardas que deviam tratar os adolescentes, falta de controle da violência física e psíquica, existência de práticas de tratamentos desumanos e torturas, incluindo a existência de uma sala de torturas e de uma cela de isolamento, falta de investigação disciplinar e penal dos atos de maus-tratos e tortura resultantes na impunidade e a transferência de meninos para penitenciárias de adultos como castigo ou por falta de espaço;
- d) os meninos que foram transferidos para centros para adultos sofreram condições piores que no Instituto, já que havia mais superlotação, não tinham ventilação nem luz natural, deviam fazer suas necessidades fisiológicas no chão e foram submetidos a torturas; e
- e) o Estado violou a integridade psíquica dos familiares das supostas vítimas, pois sofreram situações de temor, dor e angústia pelas condições em que viviam os internos, por averiguarem o estado e o paradeiro de seus filhos depois dos sucessivos incêndios que provocaram as mortes e as lesões de vários deles e pelas transferências para penitenciárias com adultos.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

141. Quanto à violação do artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, o Estado aceitou as supostas vítimas individualizadas na demanda e na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002. Entretanto, rejeitou algumas acusações apresentadas pela Comissão. Além disso, o Estado alegou que:

- a) a transferência do Instituto de Emboscada para Assunção foi realizada para dar resposta à aproximação familiar e aos programas de socialização com apoio de organizações não governamentais;
- b) existem deficiências estruturais no sistema de atenção a adolescentes infratores que significaram uma desatenção integral à proteção especial que requer este setor vulnerável. Entretanto, essas deficiências foram progressivamente reparadas até chegar ao fechamento definitivo do Instituto;
- c) o fato de que houvesse deficiências no sistema penitenciário não significa que existiu um padrão violatório ao artigo 19 da Convenção;

d) na legislação nacional já está consagrado o princípio do interesse superior da criança e em torno do mesmo giram todas as políticas públicas sob a supervisão de uma instância governamental especializada em formular e executar políticas públicas para a atenção integral dos menores infratores, que é a Secretaria Executiva da Infância e Adolescência;

e) no início existia no Instituto um horário restringido para fins recreativos, mas era assim por falta de espaço e por razões de segurança, a fim de evitar confrontos de quadrilhas formadas por adolescentes provenientes de determinados bairros;

f) existia um programa educativo formal contínuo, no qual participavam todos os interessados, já que o Estado não tem a faculdade de obrigar os internos a continuarem seus estudos. É falso que as ações tomadas em relação à implementação de certos programas educativos e espaços de recreação se deram de maneira limitada após os incêndios; e

g) deve-se ter em consideração as limitações e recursos do Estado para responder de maneira ótima às obrigações em matéria de atenção integral.

142. Quanto ao artigo 4 da Convenção, em relação ao 1.1 da mesma, o Estado reconheceu a responsabilidade pela morte de Benito Augusto Adorno. Além disso, o Estado afirmou que:

a) cumpriu sua obrigação de respeitar e garantir o direito à vida de todos os menores do Instituto e não violou o direito à vida, nem por ação nem por omissão, de nenhum interno do Instituto, com exceção do caso do adolescente Benito Augusto Adorno;

b) não violou o direito à vida de Héctor Ramón Vázquez e Richard Daniel Martínez, já que os dois faleceram em brigas entre os internos no Pavilhão de Menores de Emboscada devido a ferimentos produzidos por armas de fabricação caseira. A esse respeito, afirmou que prestou atendimento imediato aos dois internos e fez todo o possível para salvar suas vidas;

c) é impossível prevenir um motim de internos, já que somente se pode confrontar a situação e buscar a forma mais eficaz de atenuar as consequências da violência;

d) os guardas arriscaram suas vidas para socorrer os internos dos pavilhões que estavam sendo afetados pela fumaça e pelo fogo, e todos os internos do Pavilhão nº 8 foram auxiliados oportunamente,

sem discriminação alguma, e encaminhados aos centros de emergência com o objetivo de assistir as supostas vítimas e salvar suas vidas;

e) nove internos morreram por queimaduras e intoxicações produzidas pelo fogo provocado no Pavilhão nº 8, como consequência de um motim registrado em fevereiro de 2000; e

f) não corresponde ao Estado assumir a responsabilidade por fatos ocasionados por indivíduos que se constituem em supostas vítimas e supostos responsáveis, sobretudo havendo culpa ou dolo. Portanto, seria "injusto" indenizar os ex-internos do Pavilhão nº 8 e seus familiares, já que um ou vários destes adolescentes, foi ou foram os causadores do incêndio "com premeditação e malícia".

143. Quanto ao artigo 5 da Convenção, em relação ao 1.1 da mesma, o Estado afirmou que:

- a) reconhecia sua responsabilidade em relação às condições de detenção incompatíveis com a dignidade pessoal e à pretensão de que se declare violado o artigo 5 da Convenção em seus incisos 1, 2, 4, 5 e 6, em detrimento das supostas vítimas identificadas no escrito de demanda e na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002;
- b) o Instituto contava com um programa educativo e esportivo contínuo para todos os internos;
- c) proibiu o isolamento como método de castigo;
- d) pela falta de disponibilidade de meios foi difícil cumprir a separação de processados e condenados. Entretanto, está realizando esforços para cumprir esta disposição;
- e) a reclusão de menores no Pavilhão de Menores da penitenciária de adultos em Emboscada não é uma forma de medida disciplinar, mas se trata de internos que "não têm o perfil adequado para se inserir no modelo socioeducativo desenvolvido nos Centros Educativos";
- f) a superpopulação, superlotação, lentidão de processos e o alto índice de processados sem condenação são fatos indiscutíveis. Existem suficientes provas documentais oficiais que detalham as deficiências do sistema penitenciário no Estado. O que deve ser provado são as supostas violações para cada caso, em particular, em relação ao direito supostamente lesado, identificando a suposta vítima de maneira clara e contundente e não de maneira geral e ambígua;
- g) o funcionamento do Centro Educativo Itauguá e do Centro Aberto La Esperanza e, em dado momento, do antigo Centro Educativo La Salle, bem como o estabelecimento do Serviço Nacional de Atenção

a Adolescentes Infratores (SENAI), foram medidas acertadas do Estado que contribuíram para melhorar as condições dos menores em conflito com a lei;

h) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores permitem que os menores que se encontrem em prisão preventiva possam estar detidos em estabelecimentos de adultos, sempre que se encontrem em recintos separados nesses mesmos estabelecimentos. Nesse sentido, o Estado buscou a forma de que os menores transferidos do Instituto não tivessem contato com os adultos enquanto estivessem detidos no presídio de Emboscada. Entretanto, pode ser o caso de que tenha existido algum contato excepcional deste tipo; e

i) as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, em sua parte pertinente, afirma que “as Regras serão aplicadas no contexto das condições econômicas, sociais e culturais imperantes em cada Estado membro”. O Paraguai não contava com uma instituição com capacidade de alojamento suficiente para abrigar todos os adolescentes em conflito com a lei do Instituto. Por falta de meios, as autoridades competentes determinaram a transferência dos mesmos a diferentes centros penitenciários.

#### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

144. Dadas as particularidades próprias deste caso, a Corte considera pertinente analisar de maneira conjunta o argumento sobre o direito à vida e à integridade pessoal dos internos, adultos e meninos, privados de liberdade no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, bem como de dois meninos que foram transferidos do Instituto para Penitenciária Regional de Emboscada.

145. O artigo 4.1 da Convenção Americana dispõe que:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

146. O artigo 5 estabelece que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.



2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

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.

147. A Corte chama a atenção de que, no presente caso, um significativo número das violações alegadas tem como supostas vítimas crianças, as quais, bem como os adultos, "possuem os direitos humanos que correspondem a todos os seres humanos [...] e têm, ademais, direitos especiais derivados de sua condição, aos que correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado"<sup>150</sup>. Assim estabelece, ademais, o artigo 19 da Convenção Americana que dispõe que "[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado". Deve-se entender esta disposição como um direito adicional, complementar, que o tratado estabelece para pessoas que, por seu desenvolvimento físico e emocional, necessitam de proteção especial.<sup>151</sup>

148. Esta Corte analisará o presente caso tendo este fato em particular consideração e decidirá sobre as violações alegadas em relação a outros direitos da Convenção Americana, à luz das obrigações adicionais que o artigo 19 da mesma impõe ao Estado. Para fixar o conteúdo e alcances deste artigo, levará em consideração as disposições pertinentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Paraguai em 25 de setembro de 1990 e que entrou em vigor em 2 de setembro de 1990, e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ratificado pelo Paraguai em 3 de junho de 1997 e que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, já que estes instrumentos e a Convenção Americana fazem parte de um mui compreensivo *corpus juris* internacional de proteção das crianças que a Corte deve respeitar.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A N° 17, par. 54.

<sup>151</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, par. 54, nota 150 *supra*; e *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 164, nota 26 *supra*.

<sup>152</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 166, nota 26 *supra*; *Caso das "Crianças de Rua"* (Villagrán Morales e outros). Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, par. 194; e *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, par. 24, nota 150 *supra*.

149. Na análise sobre o possível descumprimento do Estado de suas obrigações derivadas do artigo 19 da Convenção Americana, deve-se ter em consideração que as medidas a que esta disposição se refere excedem o campo estrito dos direitos civis e políticos. As ações que o Estado deve empreender, particularmente à luz das normas da Convenção sobre os Direitos da Criança, abarcam aspectos econômicos, sociais e culturais que fazem parte principalmente do direito à vida e do direito à integridade pessoal das crianças.

150. Deste modo, a Corte não se pronunciará neste caso sobre a violação isolada do artigo 19 da Convenção Americana, mas incluirá sua decisão a esse respeito nos capítulos correspondentes aos demais direitos cuja violação foi alegada.

151. Este Tribunal estabeleceu que os presos têm direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhes o direito à vida e à integridade pessoal.<sup>153</sup>

152. Em relação às pessoas privadas de liberdade, o Estado se encontra em uma posição especial de garante, visto que as autoridades penitenciárias exercem um forte controle ou domínio sobre as pessoas que se encontram sujeitas à sua custódia.<sup>154</sup> Deste modo, produz-se uma relação e interação especial de sujeição entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, caracterizada pela particular intensidade com que o Estado pode regulamentar seus direitos e obrigações e pelas circunstâncias próprias da reclusão, onde ao recluso é impedido satisfazer por conta própria uma série de necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna.

153. Diante desta relação e interação especial de sujeição entre o interno e o Estado, este último deve assumir uma série de responsabilidades particulares e tomar diversas iniciativas especiais para garantir aos reclusos as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e contribuir com o gozo efetivo daqueles direitos que, sob nenhuma circunstância, podem se restringir ou daqueles cuja restrição não deriva necessariamente da privação de liberdade e que, portanto, não é permissível. Se não fosse assim, a privação de liberdade implicaria em despojar a pessoa de sua titularidade em relação a todos os direitos humanos, o que não é possível aceitar.

154. A privação de liberdade traz frequentemente, como consequência inevitável, a afetação do gozo de outros direitos humanos além do direito à liberdade pessoal.<sup>155</sup> Podem, por exemplo, ver-se restringidos os direitos de privacidade e de intimidade familiar. Esta restrição de direitos, consequência da privação de liberdade

<sup>153</sup> Cf. *Caso Bulacio*, pars. 126 e 138, nota 56 *supra*; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 165; e *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 87.

<sup>154</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 98, nota 26 *supra*; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 111; e *Caso Bulacio*, par. 138, nota 56 *supra*. No mesmo sentido, cf. *Caso da Penitenciária Urso Branco*, considerando sexto, nota 54 *supra*; e *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de maio de 2004, considerando décimo terceiro.

<sup>155</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 108, nota 26 *supra*; *Caso Maritza Urrutia*, par. 87, nota 57 *supra*; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, par. 96, nota 154 *supra*.

ou efeito colateral da mesma, entretanto, deve se limitar de maneira rigorosa,<sup>156</sup> visto que toda restrição a um direito humano somente é justificável perante o Direito Internacional quando é necessária em uma sociedade democrática.<sup>157</sup>

155. A restrição de outros direitos, ao contrário – como à vida, à integridade pessoal, à liberdade religiosa e ao devido processo – não somente não tem justificação fundada na privação de liberdade, mas também está proibida pelo Direito Internacional. Estes direitos devem ser efetivamente respeitados e garantidos como os de qualquer pessoa não submetida à privação de liberdade.

156. Este Tribunal argumentou que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, em razão de que sua proteção depende da realização dos demais direitos.<sup>158</sup> Ao não ser respeitado o direito à vida, todos os demais direitos desaparecem, em razão de que se extingue seu titular.<sup>159</sup> Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para o pleno gozo e exercício desse direito.<sup>160</sup>

157. Por outro lado, o direito à integridade pessoal é de tal importância que a Convenção Americana o protege particularmente ao estabelecer, *inter alia*, a proibição da tortura, dos tratos cruéis, desumanos e degradantes e a impossibilidade de suspendê-lo durante estados de emergência.<sup>161</sup>

158. O direito à vida e o direito à integridade pessoal não somente implicam em que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas, além disso, requer que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana.<sup>162</sup>

159. Uma das obrigações que o Estado inevitavelmente deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, é a de assegurar a estas as condições mínimas compatíveis com sua dignidade enquanto permanecem nos centros de detenção, como já afirmou a Corte (pars. 151, 152 e 153 *supra*). Em igual sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que:

segundo [o artigo 3 da Convenção Europeia], o Estado deve assegurar que uma pessoa esteja detida em condições que sejam compatíveis com o respeito à sua dignidade humana, que a maneira e o método

<sup>156</sup> Cf. Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em suas resoluções 663C (XXIV) de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977, par. 57.

<sup>157</sup> Cf. *Caso "Cinco Aposentados"*, par. 116, nota 55 *supra*; e artigo 5 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

<sup>158</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 128, nota 26 *supra*; *Caso Myrna Mack Chang*, par. 152, nota 40 *supra*; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, par. 110, nota 154 *supra*.

<sup>159</sup> Nota 158 *supra*.

<sup>160</sup> Nota 158 *supra*.

<sup>161</sup> Artigos 5 e 27 da Convenção Americana.

<sup>162</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 129, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 153, nota 26 *supra*; e *Caso Myrna Mack Chang*, par. 153, nota 40 *supra*.

de exercer a medida não lhe submeta a angústia ou dificuldade que exceda o nível inevitável de sofrimento intrínseco à detenção e que, dadas as exigências práticas do encarceramento, sua saúde e bem-estar estejam assegurados corretamente, oferecendo-lhe, entre outras coisas, a assistência médica requerida.<sup>163</sup>

160. Sobre o direito à vida, quando o Estado se encontra na presença de crianças privadas de liberdade, como ocorre no presente caso, tem, além das obrigações em relação a toda pessoa, uma obrigação adicional estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana. Por um lado, deve assumir sua posição especial de garante com maior cuidado e responsabilidade e deve tomar medidas especiais orientadas pelo princípio do interesse superior da criança.<sup>164</sup> Por outro lado, a proteção da vida da criança requer que o Estado se preocupe particularmente com as circunstâncias da vida que levará enquanto se mantenha privado de liberdade, já que esse direito não se extinguiu nem se restringiu por sua situação de detenção ou prisão (par. 159 *supra*).

161. Nesse sentido, os artigos 6 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança incluem, em relação ao direito à vida, a obrigação do Estado de garantir “na máxima medida possível, a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”. O Comitê dos Direitos da Criança interpretou a palavra “desenvolvimento” de uma maneira ampla, holística, que abrange o aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social.<sup>165</sup> Visto assim, um Estado tem, em relação às crianças privadas de liberdade e, portanto, sob sua custódia, a obrigação de, *inter alia*, provê-las de assistência à saúde e educação, para assim assegurar que sua detenção não destruirá seus projetos de vida.<sup>166</sup> Nesse sentido, as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade<sup>167</sup> estabelecem que:

13. Menores privados de liberdade não devem, sob nenhuma circunstância ligada à sua situação, ser privados de direitos civis, econômicos, políticos, sociais ou culturais aos quais tenham direito por lei nacional e internacional e que sejam compatíveis com a privação de liberdade.

<sup>163</sup> Eur. Court H.R. *Kudla v. Poland*, judgement of 26 October 2000, nº 30210/96, par. 93-94.

<sup>164</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, pars. 124, 163-164, e 171, nota 26 *supra*; *Caso Bulacio*, pars. 126 e 134, nota 56 *supra*; e *Caso das “Crianças de Rua”* (Villagrán Morales e outros), pars. 146 e 191, nota 152 *supra*. No mesmo sentido, cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, pars. 56 e 60, nota 150 *supra*.

<sup>165</sup> Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, Observação Geral nº 5 de 27 de novembro de 2003, parágrafo 12.

<sup>166</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, pars. 80-81, 84, e 86-88, nota 150 *supra*; *Caso das “Crianças de Rua”* (Villagrán Morales e outros), par. 196, nota 152 *supra*; e a regra 13.5 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985.

<sup>167</sup> *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*, adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 45/113 de 14 de dezembro de 1990.

162. Em íntima relação com a qualidade de vida, estão as obrigações do Estado em matéria de integridade pessoal de crianças privadas de liberdade. A qualificação de penas ou tratamentos como cruéis, desumanos ou degradantes deve considerar necessariamente a qualidade de criança dos afetados.<sup>168</sup>

163. Em conformidade com o afirmado anteriormente, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim) dispõem que:

Menores em instituições devem receber cuidados, proteção e toda a assistência necessária – social, educacional, vocacional, psicológica, médica e física – que possam necessitar em decorrência de sua idade, sexo e personalidade e no interesse de seu desenvolvimento integral.<sup>169</sup>

164. Neste caso em concreto, a Corte deve estabelecer se o Estado, em cumprimento de sua posição de garante, adotou as iniciativas para garantir a todos os internos do Instituto, adultos e crianças, uma vida digna com o objetivo de fortalecer seu projeto de vida, apesar de sua detenção.

165. No capítulo sobre fatos provados (pars. 134.3, 134.4 e 134.24 *supra*), concluiu-se que o Instituto não contava com uma infraestrutura adequada para abrigar os internos, que havia uma superpopulação carcerária e, conseqüentemente, estes se encontravam em uma situação de superlotação permanente. Estavam detidos em celas insalubres, com escassas instalações higiênicas e muitos destes internos não tinham camas, cobertores e/ou colchões, o que os obrigava a dormir no chão, em turnos com seus companheiros, ou a compartilhar as poucas camas e colchões (pars. 134.9 e 134.10 *supra*).

166. A estas condições de superpopulação e superlotação se soma o fato de que, tal como foi provado no presente caso (par. 134.4 *supra*), os internos se encontravam mal alimentados, tinham muito poucas oportunidades de fazer exercício ou realizar atividades recreativas e não contavam com um atendimento médico, dental e psicológico adequado e oportuno (pars. 134.6 e 134.7 *supra*).

167. Além disso, utilizava-se no Instituto, como métodos de castigo, o isolamento, os maus-tratos e a incomunicabilidade, com o propósito de impor disciplina sobre a população de internos (par. 134.16 *supra*), método disciplinar proibido pela Convenção Americana.<sup>170</sup> Embora não tenha sido demonstrado que todos os internos do Instituto sofreram, esta Corte afirmou que a simples ameaça de uma conduta proibida pelo artigo 5 da Convenção Americana, quando seja suficientemente real e iminente, pode, em si mesma, estar em conflito com a norma em questão. Em outras palavras, criar

<sup>168</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 170, nota 26 *supra*.

<sup>169</sup> Regra 26.2 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985.

<sup>170</sup> Cf. *Caso Maritza Urrutia*, par. 87, nota 57 *supra*; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, par. 164, nota 153 *supra*; e *Caso Bámaca Velásquez*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par. 150.

uma situação ameaçadora ou ameaçar um indivíduo de tortura pode constituir, ao menos em algumas circunstâncias, um tratamento desumano.<sup>171</sup> No caso *sub judice*, a ameaça destes castigos era real e iminente, criando um clima de permanente tensão e violência que afetou o direito dos internos a uma vida digna.

168. De igual modo, as condições de detenção subumanas e degradantes a que se viram expostos todos os internos do Instituto, implica necessariamente em uma afetação em sua saúde mental, repercutindo desfavoravelmente no desenvolvimento psíquico de sua vida e integridade pessoal.

169. Além disso, foi estabelecido que os internos do Instituto processados sem sentença não estavam separados dos condenados e, portanto, todos os internos eram submetidos ao mesmo tratamento sem distinção alguma (pars. 134.20 e 134.21 *supra*). Esta situação contribuiu para que existisse um clima de insegurança, tensão e violência no Instituto. O próprio Estado reconheceu a falta de separação entre processados e condenados e afirmou que esta existia no Instituto “pela falta de disponibilidade de meios”.<sup>172</sup> Finalmente, não existiam oportunidades efetivas para que os internos se reformassem e se reintegrassem à sociedade (par. 134.24 *supra*).

170. Deste modo, a Corte pode concluir que em nenhum momento existiram no Instituto as condições para que os internos privados de liberdade pudessem desenvolver sua vida de maneira digna, mas, ao contrário, fizeram-nos viver permanentemente em condições desumanas e degradantes, expondo-os a um clima de violência, insegurança, abusos, corrupção, desconfiança e promiscuidade, onde era imposta a lei do mais forte com todas as suas consequências. A esse respeito, vale recordar o afirmado pelo Juiz de Primeira Instância Civil e Criminal do Nono Turno, ao resolver o *habeas corpus* genérico interposto a favor dos internos do Instituto (par. 134.28 *supra*), no sentido de que “se encontra[va]m comprovados os pressupostos de a) violência física, psíquica ou moral que agravam as condições de detenção das pessoas privadas de liberdade; [e] b) a ameaça à segurança pessoal dos menores internos”.

171. Estas circunstâncias, atribuíveis ao Estado, são constitutivas de uma violação ao artigo 5 da Convenção Americana, em relação a todos os internos que permaneceram no Instituto.

172. O Tribunal deve estabelecer agora se o Estado cumpriu, em relação aos meninos, as obrigações adicionais que emergem dos artigos 4, 5 e 19 da Convenção Americana, à luz do *corpus juris* internacional existente sobre a especial proteção que estes requerem, entre as quais se encontram a disposição do artigo 5.5 da Convenção Americana que obriga os Estados a manter os menores privados de liberdade separados dos adultos e, como se afirmou anteriormente (par. 161 *supra*), a especial supervisão periódica no âmbito da saúde e da implementação de programas de educação, derivadas de uma correta interpretação do artigo 4 da Convenção, à luz das disposições

<sup>171</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 149, nota 26 *supra*; e *Caso das “Crianças de Rua”* (Villagrán Morales e outros), par. 165, nota 152 *supra*. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Europeu. Cf. *Eur. Court. H. R. Campbell and Cosans judgment of 25 February 1982, Série A, n° 48*, p. 12, § 26.

<sup>172</sup> Escrito de contestação da demanda, par. 201, pág. 55.

pertinentes da Convenção sobre os Direitos da Criança e do artigo 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que o Paraguai ratificou em 3 de junho de 1997 e que entrou em vigência internacional em 16 de novembro de 1999. Estas medidas adquirem fundamental importância uma vez que os menores se encontram em uma etapa crucial de seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social que impactará de uma ou outra forma em seu projeto de vida.

173. Foi demonstrado neste caso (pars. 134.6 e 134.7 *supra*) que os meninos internos no Instituto não tiveram sequer o atendimento de saúde adequado que se exige para toda pessoa privada de liberdade e, portanto, tampouco a supervisão médica regular que assegurasse aos meninos um desenvolvimento normal, essencial para seu futuro.

174. Está também provado que o Estado não ofereceu aos meninos internos a educação que estes requeriam e à qual este estava obrigado, tanto em razão da proteção do direito à vida entendido no sentido afirmado anteriormente, como em razão da disposição no artigo 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O programa educativo que se oferecia no Instituto era deficiente, já que carecia de professores e recursos adequados (par. 134.12 *supra*). Este descumprimento do Estado causa consequências ainda mais sérias quando os meninos privados de liberdade provêm de setores marginalizados da sociedade, como ocorre no presente caso, pois isso limita suas possibilidades de reinserção efetiva na sociedade e o desenvolvimento de seus projetos de vida.

175. Em relação ao cumprimento da disposição do artigo 5.5 da Convenção, foi estabelecido (par. 134.16 *supra*) que em diversas oportunidades alguns internos foram transferidos do Instituto, como castigo ou por necessidade, a penitenciárias de adultos e compartilhavam espaço físico com estes, situação que expunha os meninos a circunstâncias que são altamente prejudiciais para seu desenvolvimento e os torna vulneráveis em relação a terceiros que, por sua qualidade de adultos, podem abusar de sua superioridade.

176. À luz da contestação da demanda, na qual o Estado reconheceu sua responsabilidade em relação "às condições de detenção incompatíveis com a dignidade pessoal", e do anteriormente exposto neste capítulo, pode-se concluir que o Estado não cumpriu efetivamente sua função de garante nesta relação especial de sujeição Estado – adulto/criança privada de liberdade, ao não haver tomado as medidas positivas necessárias e suficientes para garantir condições de vida digna a todos os internos e tomar as medidas especiais que se requeriam para os meninos. Mais ainda, foi o Estado quem permitiu que seus agentes ameaçassem, afetassem, violassem ou restringissem direitos que não podiam ser objeto de nenhum tipo de limitação ou violação, expondo de maneira constante todos os internos do Instituto a um tratamento cruel, desumano e degradante, bem como a condições de vida indigna que afetaram seu direito à vida, seu desenvolvimento e seus projetos de vida, configurando-se, deste modo, uma violação dos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana, em

relação ao artigo 1.1 da mesma, e, em relação aos meninos, lidos também à luz do artigo 19 da mesma Convenção. Estas violações foram perpetradas em detrimento de todos os internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001 que figuram na lista apresentada pela Comissão em 19 de novembro de 2002 (par. 36 *supra*), a qual está anexada à presente Sentença.

177. Posto isso, a Corte observa que o Estado, além de não criar as condições e tomar as medidas necessárias para que os internos do Instituto tivessem e desenvolvessem uma vida digna enquanto se encontravam privados de liberdade e além de não cumprir suas obrigações complementares em relação aos meninos, manteve o Instituto em condições tais que possibilitou que ocorressem os incêndios e que estes tivessem terríveis consequências para os internos, apesar das diversas advertências e recomendações feitas por organismos internacionais e não governamentais em relação ao perigo que essas condições representavam. Como resultado destes acontecimentos, perderam a vida os internos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo e Carlos Raúl de la Cruz (par. 134.29 *supra*).

178. Nesse sentido, dos fatos provados (par. 134.32 *supra*) se observa que o Estado não havia tomado as prevenções suficientes para enfrentar a possibilidade de um incêndio no Instituto, já que este originalmente não foi pensado como um centro de reclusão e, portanto, não contava com a implementação de todas as medidas de segurança, evacuação e emergência necessárias para um evento desta natureza. Por exemplo, não contava com alarmes nem extintores de incêndio e os guardas não tinham preparação para enfrentar situações de emergência. Vale recordar o afirmado pela Corte no sentido de que o Estado, em sua função de garante, “deve elaborar e aplicar uma política penitenciária de prevenção de situações críticas”<sup>173</sup> que poderiam colocar em perigo os direitos fundamentais dos internos sob sua custódia.

179. Em relação ao anterior, a Corte conclui que a falta de prevenção do Estado, que levou à morte de vários dos internos – e que foi, se não para todos, para muitos deles, particularmente traumática e dolorosa, já que a perda da vida foi produzida por asfixia ou por queimaduras, prolongando-se a agonia por vários dias para alguns –, equivale a uma negligência grave que o faz responsável pela violação do artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e a respeito dos meninos, lido também à luz do artigo 19 da mesma Convenção, em detrimento dos internos mencionados.

180. A Corte deseja fazer especial referência a três meninos<sup>174</sup> que faleceram nos centros penitenciários por causas diversas aos incêndios e em relação a quem se alegou que o Estado é responsável pela violação de seu direito à vida:

<sup>173</sup> *Caso da Penitenciária Urso Branco*, considerando décimo terceiro, nota 54 *supra*.

<sup>174</sup> A legislação interna vigente até esse momento estabelecia a maioridade aos 20 anos (nota 149 *supra*).



**a) em relação às mortes de Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez**

181. Em 10 de setembro de 2001, Richard Daniel Martínez, de 18 anos de idade, faleceu por ferida de arma branca no pavilhão de menores da Penitenciária Regional de Emboscada para adultos (par. 134.46 *supra*). Em 14 de março de 2002, Héctor Ramón Vázquez, de 17 anos de idade, foi ferido por arma branca na mesma penitenciária e morreu em 15 de março de 2002 (par. 134.47 *supra*). Ambos os internos falecidos haviam sido transferidos do Instituto para a referida penitenciária de Emboscada depois de seu fechamento (par. 134.47 *supra*).

182. A esse respeito, o Estado alegou que não violou o direito à vida destes dois meninos, já que ambos faleceram em brigas entre internos no Pavilhão de Menores de Emboscada devido a feridas produzidas por armas de fabricação caseira. Além disso, o Estado acrescentou que prestou atendimento imediato e fez todo o possível para salvar suas vidas.

183. Esta Corte considera que as observações realizadas em relação às condições permanentes de detenção em que se encontravam os internos (pars. 134.3 a 134.24 *supra*), que criavam o clima necessário para que se produzissem atos de violência, e o afirmado em relação aos internos falecidos por causa dos incêndios (pars. 177 a 179 *supra*), devem ser aplicados ao ocorrido com Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez.

184. Como foi destacado anteriormente, este Tribunal considera que o Estado deve garantir o direito à vida e à integridade pessoal dos internos colocados em estabelecimentos de detenção (par. 151 *supra*). Portanto, independentemente de que nenhum agente estatal foi aparentemente o responsável direto pelas mortes dos dois meninos na penitenciária de Emboscada, o Estado tinha o dever de criar as condições necessárias para evitar, ao máximo, disputas entre os internos, o que o Estado não fez, de maneira que incorreu em responsabilidade internacional pela privação da vida dos meninos Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez, configurando-se deste modo uma violação do artigo 4.1 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma.

**b) em relação à morte de Benito Augusto Adorno**

185. De acordo com o afirmado no escrito de contestação da demanda e reiterado em suas alegações finais orais e escritas, o Estado aceitou sua responsabilidade em face da violação do artigo 4 da Convenção em relação à morte de Benito Augusto Adorno, interno que foi ferido em 25 de julho de 2001 por um disparo de um funcionário do Instituto e, posteriormente, faleceu em 6 de agosto de 2001 (par. 134.35 *supra*).

186. Portanto, a Corte conclui que o Estado  responsável pela privação da vida do menino Benito Augusto Adorno, configurando-se, deste modo, uma violação do artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma.

187. A Corte observa que as mesmas considerações já efetuadas para os internos que foram privados do direito à vida (pars. 177 a 179 *supra*) podem ser reiteradas para aqueles que foram feridos nos incêndios, todos eles crianças, a saber: Abel Achar Acuña,

José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraéz, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Angel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cándido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benítez. A responsabilidade do Estado se fundamenta, portanto, em sua grave negligência ao se omitir de realizar sequer ações mínimas de prevenção diante da possibilidade de que ocorresse um incêndio.

188. Os feridos nos incêndios que conseguiram sobreviver experimentaram um intenso sofrimento moral e físico e alguns deles também continuam padecendo de sequelas corporais e/ou psicológicas (par. 134.48 *supra*). As queimaduras, feridas e intoxicações de fumaça que os meninos acima individualizados sofreram por causa destes incêndios, ocorridos sob a custódia e suposta proteção do Estado, e as sequelas dos mesmos constituem tratamentos em violação dos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento das pessoas já mencionadas (pars. 177 e 187 *supra*).

189. Há evidência clara neste caso de que o Estado não cumpriu as disposições dos incisos 4 e 5 do artigo 5 da Convenção (pars. 134.20 e 134.21 *supra*), mas a Corte não se encontra em condições de decidir sobre uma violação em relação às vítimas individualizadas, já que no acervo probatório do presente caso não existe informação completa a esse respeito. Sem prejuízo disso, o Tribunal observa com preocupação este descumprimento e insta o Estado a corrigir a situação de maneira imediata.

190. Por todas as razões anteriormente expostas, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19 desta quando se trate de crianças, em detrimento dos internos falecidos; os artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19 desta quando se trate de crianças, em detrimento de todos os internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001; e os artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento dos meninos feridos por causa dos incêndios.

191. No que se refere à alegada violação da integridade pessoal de todos os familiares dos internos mortos e feridos como consequência dos fatos deste caso, a Corte considera que são vítimas desta violação os familiares próximos, como os pais e irmãos, que se identificaram perante esta Corte, a saber: Feliciano Ocampos, Asunción Acosta, Ignacia Giménez, Teódulo Barboza, Felipa Valdez, Luis Ávila, Rosalía

Figueredo, Dionicio Vega, Teofista Domínguez, Guillermo Augusto Poletti, María Teresa de Jesús Pérez, María Estela Barrios, Fidelina de la Cruz, Rosalinda Giménez Duarte, Benito Isidoro Adorno, Apolinaria Acuña, Roque Achar, María Estella Chamorro, Andrés Cañete B., María Rosa Virginia Baes, Concepción Ramos (viúva de Duarte), Viviana Moraes, Leoncio Navarro, Silvia Portillo Martínez, Eistrudis ou Edith Aranda, Tranquilino Méndez, Dirma Monserrat Peña, Emiliana Toledo, Flora Franco, Jerónimo Gonzáles, Cristina Delgado, Antonio Vera e Felipa Vera. Isto demonstra uma relação de afeto e proximidade destas pessoas com estes internos que permite ao Tribunal presumir que as violações sofridas por eles causaram um forte sofrimento, sentimentos de angústia e impotência.

192. Neste caso, os familiares mencionados tiveram de viver a dor e o sofrimento de seus filhos e, no caso de Dirma Monserrat Peña, de seu irmão, como consequência da morte violenta e dolorosa que alguns receberam e da experiência traumática dos que ficaram vivos. Além disso, em relação aos familiares dos feridos, estes tiveram a necessidade de averiguar o paradeiro daqueles depois dos incêndios e de buscar o hospital para onde haviam sido enviados. Finalmente, todos os familiares identificados sofreram com o tratamento cruel que foi dado aos falecidos e feridos enquanto foram internos do Instituto.

193. Portanto, a Corte declara que o Estado é responsável, a respeito destes familiares, pela violação do artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma.

## IX

### VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 2 E 8.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 19 E 1.1 DA MESMA (DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO E DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS)

194. No caso *sub judice*, as alegações referentes ao artigo 19 se encontram na parte referente às alegações dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

195. A violação do artigo 2 da Convenção não foi alegada pela Comissão.

196. Quanto à violação do artigo 8 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

- a) esta norma foi violada em detrimento dos internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001;
- b) para determinar o alcance das garantias judiciais dos menores, estas devem ser lidas em consonância com o artigo 19 da Convenção e com as normas internacionais que se referem à justiça de menores,

como a Convenção sobre os Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade;

c) existiu um padrão ou situação sistemática que fez com que os menores não fossem escutados em juízo dentro de um prazo razoável, já que permaneceram por longos períodos de tempo em prisão preventiva;

d) a assistência jurídica proporcionada pelo Estado foi ineficaz, pois a grande maioria dos internos se encontrava em estado de vulnerabilidade e não contava com assistência jurídica gratuita que lhes permitisse dar acompanhamento a seus processos judiciais;

e) não houve separação entre processados e condenados, o que implica em uma violação ao princípio de presunção de inocência enunciado no parágrafo segundo do artigo 8 da Convenção;

f) a legislação penal paraguaia anterior submetia todas as crianças, a partir dos 14 anos, à jurisdição penal comum. Embora o novo Código da Infância e Adolescência tenha fixado em 18 anos a idade mínima para determinar a responsabilidade criminal, este código entrou em vigência parcialmente em novembro de 2001 e em sua totalidade em abril de 2002, de modo que os menores de idade do presente caso não foram beneficiados por este; e

g) quando os menores foram transferidos a centros penitenciários de adultos, foram afastados não somente de seus familiares ou visitantes, mas de seus advogados, o que os deixou sem possibilidade de uma defesa judicial efetiva.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

197. Quanto à violação do artigo 2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

a) o Estado violou estas normas em detrimento de todas as supostas vítimas;

b) de acordo com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos neste instrumento. O princípio de não discriminação é essencial para determinar o caráter das obrigações positivas do Estado de prover medidas de proteção à infância;

- c) a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento desta obrigação, mas comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma garantia eficaz do exercício livre e pleno dos direitos humanos; e
- d) existe no Estado um padrão de abusos que envolve graves violações aos direitos das crianças e, portanto, o dever estatal de adotar medidas adequadas para sua proteção.

198. Quanto à violação do artigo 8 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

- a) o Estado violou este artigo, lido em concordância com o artigo 19 da mesma e os artigos correspondentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, por haver mantido um sistema de justiça para crianças violatório das garantias do devido processo;
- b) era necessário aplicar medidas especiais de proteção durante os processos de crianças e limitar a discricionariedade do Estado;
- c) as garantias judiciais estabelecidas no artigo 8 da Convenção são aplicáveis não somente no contexto de disputas entre adultos, mas também no momento de resolver disputas que envolvem meninos, meninas e adolescentes, bem como em relação aos processos ou procedimentos para a determinação de seus direitos ou situações;
- d) o Estado manteve um sistema judicial anacrônico que não permitia a supervisão efetiva das sentenças judiciais nem a revisão contínua das sanções impostas;
- e) não existiram foros, defensores, nem promotores especializados para o julgamento de crianças;
- f) os meninos foram submetidos à jurisdição penal comum desde os 14 anos de idade;
- g) a assistência jurídica foi ineficaz, já que existia irregularidade nas visitas aos detidos e debilidade nas ações de defesa apresentadas;
- h) os internos sofreram longos períodos de prisão preventiva. Embora o Código do Menor estabelecesse que a internação em um estabelecimento especial não devia superar os dois anos, na prática este prazo era amplamente ultrapassado, sendo a medida arbitrária e abusiva. Antes da entrada em vigência do novo Código Processual Penal – que começou a reger *in totum* a partir de março de 2000 – os processos criminais em geral se caracterizavam por um

atraso excessivo, não razoável e injustificado. Os índices reportados pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai demonstravam que os processos iniciados segundo o código processual antigo duravam aproximadamente dois anos e oito meses;

i) não houve separação entre processados e condenados, o que constituía uma violação ao princípio de inocência;

j) o Novo Código para a Infância e a Adolescência entrou em vigor em abril de 2002, de maneira que seus efeitos não alcançaram os detidos do Instituto; e

k) não foi revisada a lei que regulamenta o sistema penitenciário, apesar de que o Estado reconheceu a necessidade de sua revisão. Tampouco existe uma Lei de Execução Penal.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

199. Em relação ao artigo 2 da Convenção, o Estado alegou que, antes de 1998, não existia um procedimento penal garantidor que contasse com um procedimento especial para crianças e tampouco existia um código para crianças adequado às normas internacionais que regem a matéria; entretanto, o cumprimento de seu dever de adotar disposições de caráter interno é “inquestionável”, em razão do desenvolvimento normativo iniciado com a reforma penal e judiciária no Paraguai a partir de 1997, um ano depois da apresentação do presente caso à Comissão.

200. Em relação ao artigo 8 da Convenção, o Estado considerou que:

a) no recurso de *habeas corpus*, a Fundação Tekojojá, denunciante original, reconheceu que os menores se encontravam privados legalmente de liberdade;

b) cumpriu sua obrigação de prestar assistência jurídica aos internos do Instituto, em relação ao artigo 8.2.e da Convenção. Os internos do Instituto, em sua maioria, recorreram ao Ministério da Defesa Pública para que lhes fossem designados defensores, os quais lhes ofereceram assistência jurídica a fim de fazer efetivas as garantias judiciais e do devido processo legal; e

c) a Comissão não demonstrou, em nenhuma circunstância, que o Estado violou o artigo 8.2.c da Convenção, direito que assegura a todo acusado que lhe seja proporcionado o tempo e os meios adequados para a preparação de sua defesa.

## CONSIDERAÇÕES DA CORTE

201. Dadas as particularidades próprias do presente caso, a Corte considera pertinente analisar de maneira conjunta os artigos 2 e 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma. Nesse sentido, o Tribunal definirá as obrigações do Estado estabelecidas pelo artigo 2 da Convenção e depois as analisará no contexto das garantias judiciais para as crianças em conflito com a lei previstas na Convenção.

202. Em primeiro lugar, esta Corte já estabeleceu a possibilidade de que as supostas vítimas ou seus representantes legais possam alegar ou invocar novos direitos em seu escrito de petições e argumentos (par. 125 *supra*), o que aconteceu com o presente artigo 2 da Convenção Americana.

203. O artigo 2 da Convenção dispõe que:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

204. Por sua vez, o artigo 8.1 da Convenção Americana dispõe que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

205. No direito de gentes, uma norma consuetudinária universalmente aceita prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas.<sup>175</sup> A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado-Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção, para garantir os direitos nela consagrados.<sup>176</sup> Este dever geral do Estado-Parte implica em que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio do *effet utile*).<sup>177</sup>

<sup>175</sup> Cf. *Caso Bulacio*, par. 140, nota 56 *supra*; *Caso "Cinco Aposentados"*, par. 164, nota 55 *supra*; e *Caso Cantos*, par. 59, nota 59 *supra*.

<sup>176</sup> Cf. *Caso Bulacio*, par. 142, nota 56 *supra*; *Caso "Cinco Aposentados"*, par. 164, nota 55 *supra*; e *Caso Cantos*, par. 59, nota 59 *supra*.

<sup>177</sup> Nota 176 *supra*.

Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção.<sup>178</sup>

206. Além disso, a Corte afirmou que o dever geral do Estado, estabelecido no artigo 2 da Convenção, inclui a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem em uma violação às garantias previstas na Convenção, bem como a adoção de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à observância efetiva destas garantias.<sup>179</sup>

207. No presente caso, as representantes alegaram o descumprimento do artigo 2 da Convenção Americana, com base em que, *inter alia*: a) a legislação interna relevante não estabelecia a subsidiariedade e excepcionalidade da medida cautelar de privação de liberdade; b) existe um padrão de abusos de violações aos direitos das crianças que origina o dever estatal de adotar as medidas adequadas para sua proteção; e c) a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento desta obrigação, mas significa que o Estado, na realidade, deve assegurar a existência de uma garantia eficaz do livre e pleno exercício dos direitos humanos.

208. No Paraguai, o Código do Menor, de 1981, submetia todas as crianças a partir dos 14 anos à jurisdição penal comum. A esse respeito, o próprio Estado afirmou que “antes de 1998 não existia um procedimento penal garantidor, com um procedimento penal para menores e muito menos um [Código da Infância] adequado às normas internacionais que regem a matéria”. Por outro lado, a Corte destaca que, embora o novo Código Processual Penal, promulgado em 1998, estabeleça o Procedimento para Menores, estas regulações não preveem uma jurisdição especializada para menores infratores. Não se estabeleceu um foro específico no Paraguai para crianças em conflito com a lei até o Acórdão nº 214, de 18 de maio de 2001, que regulamenta as funções dos Juizados de Menores (par. 134.57 *supra*). Tampouco foi estabelecido um procedimento especial adequado para avaliar as crianças em conflito com a lei.

209. Esta Corte afirmou que as garantias consagradas no artigo 8 da Convenção são reconhecidas a todas as pessoas por igual e devem se relacionar com os direitos específicos que estabelece, também, o artigo 19 deste tratado, de tal forma que se reflitam em quaisquer processos administrativos ou judiciários nos quais se discuta algum direito de uma criança.<sup>180</sup> Embora os direitos processuais e suas correlativas garantias sejam aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças o exercício destes supõe, pelas condições especiais em que elas se encontram, a adoção de certas medidas específicas com o propósito de que gozem efetivamente destes direitos e garantias.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> Nota 176 *supra*.

<sup>179</sup> Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, par. 165, nota 55 *supra*; *Caso Baena Ricardo e outros*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104, par. 180; *Caso Cantoral Benavides*, par. 178, nota 153 *supra*.

<sup>180</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, par. 95, nota 150 *supra*.

<sup>181</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, par. 98, nota 150 *supra*.



210. Este Tribunal argumentou que uma consequência evidente da necessidade de atender de forma diferenciada e específica as questões referentes às crianças, e particularmente, as relacionadas com a conduta ilícita, é o estabelecimento de órgãos jurisdicionais especializados para o conhecimento de condutas penalmente típicas atribuídas àqueles e um procedimento especial através do qual se conheçam estas infrações à lei penal.<sup>182</sup> No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança contempla o "estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido".<sup>183</sup>

211. À luz das normas internacionais pertinentes à matéria, a referida jurisdição especial para crianças em conflito com a lei no Paraguai, bem como suas leis e procedimentos correspondentes, devem se caracterizar, *inter alia*, pelos seguintes elementos: 1) em primeiro lugar, a possibilidade de adotar medidas para tratar essas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais;<sup>184</sup> 2) caso um processo judicial seja necessário, este Tribunal disporá de diversas medidas, tais como assessoramento psicológico para a criança durante o procedimento, controle em relação à maneira de tomar o testemunho da criança e regulamentação da publicidade do processo; 3) disporá também de uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nas distintas etapas da administração de justiça de crianças;<sup>185</sup> e 4) os que exerçam estas faculdades deverão estar especialmente preparados e capacitados sobre os direitos humanos da criança e em psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam idôneas e proporcionais.<sup>186</sup>

212. Estes elementos, os quais procuram reconhecer o estado geral de vulnerabilidade da criança perante os procedimentos judiciais, bem como o maior impacto que gera à criança o fato de ser submetida a um processo penal, não se encontravam na legislação pertinente do Paraguai até, pelo menos, o ano de 2001.

213. Por todo o exposto, a Corte conclui que o Estado, ao não estabelecer um órgão jurisdicional especializado para crianças em conflito com a lei até o ano de 2001, nem um procedimento diferente ao dos adultos que tivesse em consideração de maneira adequada sua situação especial, violou os artigos 2 e 8.1 da Convenção, ambos em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma, a respeito dos meninos que estiveram detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001.

214. Por outro lado, a Corte aprecia e destaca o trabalho que o Estado realizou, através de suas recentes reformas legislativas, administrativas e de outro caráter (par.

<sup>182</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, par. 109, nota 150 *supra*.

<sup>183</sup> Artigo 40.3 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>184</sup> Cf. artigo 40.3.b) da *Convenção sobre os Direitos da Criança*.

<sup>185</sup> Cf. Regra 6.1 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985.

<sup>186</sup> Cf. Regra 6.3 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985, adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985; e Artigo 40.4 da *Convenção sobre os Direitos da Criança*.

134.57 *supra*), já que estas adquirem particular importância no contexto da proteção dos menores infratores. A esse respeito, não corresponde a este Tribunal se pronunciar sobre a compatibilidade da atual legislação com a Convenção Americana.

215. No caso *sub judice*, a Corte observa que tanto a Comissão como as representantes alegaram a existência de padrões ou práticas sistemáticas que violaram o artigo 8 da Convenção Americana em detrimento de todos os internos que estiveram no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001. Nesse sentido, a Comissão argumentou que esta prática fez com que, *inter alia*, os internos não fossem escutados em juízo dentro de um prazo razoável, pois permaneceram por longos períodos de tempo em prisão preventiva. Por sua vez, as representantes manifestaram que existiu uma prática sistemática contrária às normas internacionais de proteção da infância, na qual, houve, *inter alia*, a) atraso injustificado na resolução dos processos; b) deficiências na assistência jurídica dos meninos; e c) falta de investigação dos responsáveis pela manutenção das condições de detenção no Instituto. Em razão disso, a Comissão e as representantes consideraram que recaiu sobre o Estado o ônus da prova a respeito destas supostas práticas violatórias do artigo 8 da Convenção; ou seja, que corresponde ao Paraguai provar casos particulares nos quais não ocorreram violações às garantias judiciais dos internos do Instituto.

216. Este Tribunal considera que foram estabelecidos (pars. 134.18 a 134.24 *supra*) fatos gerais relacionados com certas garantias judiciais dos internos do Instituto, tais como a lentidão dos processos e as deficiências na assistência jurídica oferecida a estes. Apesar disso, para que a Corte possa determinar a existência ou inexistência de uma violação das garantias judiciais específicas do artigo 8.2 da Convenção é indispensável que a Comissão e/ou o representante da suposta vítima lhe proporcionem a informação necessária para que o Estado possa demonstrar perante este Tribunal que cumpriu as obrigações previstas na disposição indicada. Isso não aconteceu neste caso.

217. Ainda que a Corte frequentemente tenha utilizado a existência de padrões ou práticas de condutas como um meio probatório para determinar violações de direitos humanos, sempre o fez quando eles estavam acompanhados de outras provas específicas. No caso do artigo 8 da Convenção Americana, requer-se uma informação individualizada das supostas vítimas e das circunstâncias de seu tratamento perante os tribunais locais, da qual carece a Corte.

218. Em consequência, este Tribunal considera que foi violado o artigo 8.1 da Convenção, em relação aos artigos 19, 2 e 1.1 da mesma, em detrimento dos meninos que estiveram detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, mas a Corte não tem elementos para se pronunciar sobre se houve ou não violação ao artigo 8.2 da Convenção em relação a supostas vítimas específicas.

**X**  
**ARTIGO 7 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AO**  
**ARTIGO 1.1 DA MESMA**  
**(DIREITO À LIBERDADE PESSOAL)**

**ALEGAÇÕES DA COMISSÃO**

219. Quanto à violação do artigo 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

- a) o Estado violou o artigo 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos menores detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, bem como daqueles que posteriormente foram enviados a penitenciárias para adultos; e
- b) o direito à liberdade pessoal foi violado, já que existiu um padrão que afetou todos os menores que estiveram detidos no Instituto. Este padrão consistia em:
  - i. os internos se encontravam em uma situação de detenção preventiva generalizada, na qual 95% eram processados e somente 5% condenados. Desta forma, o Estado violou os princípios de excepcionalidade, determinação temporal, brevidade e *ultima ratio* que regem a aplicação da privação da liberdade, como medida cautelar e como punição, para as pessoas menores de dezoito anos;
  - ii. a falta de garantia por parte do Estado em relação à efetividade do recurso de *habeas corpus*, decidido por meio da sentença de 31 de julho de 1998, tentado a favor dos internos para que fossem alojados em locais adequados;
  - iii. as condições de detenção em que se encontravam, tais como a superlotação, insalubridade, falta de ventilação, recreação e alimentação adequada;
  - iv. a falta de pessoal capacitado e suficiente, já que isso não proporcionava nenhuma garantia de segurança às supostas vítimas, uma vez que havia um guarda por cada 20 internos; e
  - v. os incêndios ocorridos.

## ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

220. Quanto à violação do artigo 7 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

- a) o Estado violou o direito à liberdade e segurança pessoal, em detrimento dos 3.744 meninos que estiveram detidos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, bem como dos que foram transferidos para prisões com adultos;
- b) no momento dos fatos denunciados, além de existir uma legislação que autorizava as autoridades jurisdicionais a aplicar medidas privativas de liberdade de maneira ampla, estas faziam uso da faculdade de dispor da prisão preventiva de modo generalizado, abusivo e arbitrário;
- c) foi configurada uma violação dos princípios internacionalmente reconhecidos em matéria de privação da liberdade de menores, já que o Estado não previu medidas substitutivas da prisão para os menores de idade em conflito com a lei. Tampouco se teve como objetivo a busca da educação e reintegração social dos detidos como fim primordial da pena;
- d) o Código do Menor não estabelecia a subsidiariedade e excepcionalidade da medida cautelar de privação da liberdade, ficando esta decisão à inteira discricionariedade do juiz;
- e) os artigos incorporados ao Código Processual Penal em matéria de encarceramento preventivo (que entrou em vigência a partir de julho de 1999) são adequados ao princípio de subsidiariedade e *ultima ratio*. Entretanto, não se pode dizer o mesmo do código processual anterior, o Código de Procedimentos Penais, já que este último autorizava esta medida em todos os casos em que houvesse prova semiplena da existência de um crime e indícios de que o acusado houvesse intervindo nele. Estas normas não se adequam aos padrões internacionais nesta matéria;
- f) mesmo quando a detenção tenha sido realizada em conformidade com a legislação vigente, pode ser considerada arbitrária se for irrazoável, imprevisível ou desproporcional;
- g) o ciclo de violência a que o Estado submeteu os meninos internos no Instituto constituiu uma prática sistemática de violações de direitos humanos contrária às normas internacionais de proteção da infância. O estabelecimento de uma prática generalizada tem como consequência importante a inversão do ônus da prova em relação à aplicabilidade de algumas destas condições a todos os meninos; e

h) sistema jurídico incluiu aspectos como o uso generalizado, abusivo e arbitrário da prisão preventiva, a aplicação de uma legislação penal que não atendia à condição de crianças, o atraso injustificado na resolução dos processos e as deficiências na assistência jurídica dos internos.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

221. Em relação ao artigo 7 da Convenção, o Estado alegou que:

- a) a acusação da violação desta norma não foi devidamente fundamentada e provada;
- b) todos os internos foram reclusos no Instituto por ordem judicial. Portanto, não se esteve diante de uma situação de detenções arbitrárias, mas, pelo contrário, frente a medidas ou sanções criminais adotadas legalmente. Em consequência, não é objeto de discussão a legalidade das medidas privativas de liberdade adotadas por juízes competentes contra os menores do Instituto;
- c) o recurso de *habeas corpus* teve um objetivo específico e não se vincula com os direitos tutelados nos artigos 7.5 ou 7.6 da Convenção. O objeto da sentença definitiva nº 652, de 31 de julho de 1998, por meio da qual se resolveu o referido recurso, era colocar os adolescentes infratores em lugares adequados. O juiz que entrevistou no recurso não questionou, como tampouco fez o peticionário original, a legalidade das medidas privativas de liberdade dispostas contra os internos do Instituto;
- d) da análise da lista unificada de supostas vítimas apresentada pela Comissão se constata, à primeira vista, a grande maioria de menores que se encontram em liberdade por ordem judicial, depois de terem cumprido medidas de restrição de liberdade ordenadas por juízes competentes;
- e) não violou, em detrimento das supostas vítimas, os princípios de excepcionalidade, determinação temporal, brevidade e *ultima ratio*, já que estes princípios não estavam contemplados no Código Processual vigente no momento de se iniciar a petição. Além disso, com o desenvolvimento progressivo do Direito Penal, em especial o Direito Penal juvenil (como, por exemplo, com o Código da Infância e Adolescência) esta situação foi retificada e, com isso, os princípios antes mencionados estão plenamente incorporados ao direito positivo nacional. A Comissão não individualizou nem um caso que demonstre que estes princípios foram violados;

f) no antigo procedimento penal e com a vigência do anterior Código do Menor, foram verificadas deficiências no manejo dos processos criminais; entretanto, foram reparadas, em grande medida, com a aplicação do novo procedimento criminal e com a aplicação da lei 1444/99 “De Transição ao Novo Sistema Penal”, de cujos resultados a Comissão tomou conhecimento em reiteradas ocasiões; e

g) em maio de 2001, a Corte Suprema de Justiça proferiu o Acórdão 214, que regulamenta a competência de Juizados de Menores e ordena a redistribuição dos processos. Além disso, dispôs as modalidades para o rápido encerramento das causas iniciadas sob o antigo Código de Procedimentos Penais.

### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

222. A Convenção Americana regulamenta as garantias necessárias para proteger a liberdade pessoal em seu artigo 7, o qual estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
  2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
  3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
  4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
  5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
  6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
- [...]

223. O conteúdo essencial do artigo 7 da Convenção é a proteção da liberdade do indivíduo contra a interferência arbitrária ou ilegal do Estado e, por sua vez, a garantia do direito de defesa do indivíduo detido.<sup>187</sup> Este Tribunal afirmou que com a proteção da liberdade podem ser protegidas tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, em um contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação das formas mínimas de proteção legal aos detidos.<sup>188</sup>

224. Os incisos 2 e 3 do artigo 7 estabelecem limites ao poder público e proíbem expressamente tanto as detenções ilegais como as arbitrárias. Nesse sentido, a Corte afirmou o seguinte:

[s]egundo o primeiro destes pressupostos normativos, ninguém pode ser privado da liberdade, exceto pelas causas, casos ou circunstâncias expressamente tipificadas na lei (aspecto material), mas, também, com estrita sujeição aos procedimentos objetivamente definidos na mesma (aspecto formal).<sup>189</sup>

225. A análise do direito à liberdade pessoal no presente caso não deve ser realizada sem considerar que se está, sobretudo, ante a presença de crianças. Ou seja, não se pode distinguir o conteúdo do direito à liberdade pessoal das crianças do interesse superior da mesma, razão pela qual requer a adoção de medidas especiais para sua proteção, em atenção à sua condição de vulnerabilidade.

226. No caso *sub judice*, a Corte observa que tanto a Comissão como as representantes alegaram a existência de padrões ou práticas sistemáticas que violaram o artigo 7 da Convenção Americana em detrimento de todos os internos que estiveram no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001. Nesse sentido, a Comissão argumentou que esta prática fez com que, *inter alia*, os internos permanecessem por longos períodos de tempo em prisão preventiva. Por sua vez, as representantes manifestaram que existiu uma prática sistemática contrária às normas internacionais de proteção da infância, na qual houve, *inter alia*, uso "generalizado, abusivo e arbitrário" da prisão preventiva e atraso injustificado na resolução dos processos. Em razão disso, a Comissão e as representantes consideraram que o ônus da prova a respeito destas supostas práticas violatórias das referidas normas recai sobre o Estado; ou seja, que correspondia ao Paraguai provar que não foi violada a liberdade pessoal dos internos do Instituto.

<sup>187</sup> Cf. *Caso Maritza Urrutia*, par. 66, nota 57 *supra*; *Caso Bulacio*, par. 129, nota 56 *supra*; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, pars. 82-83, nota 154 *supra*.

<sup>188</sup> Cf. *Caso Gómez Paquiyaury*, par. 82, nota 26 *supra*; *Caso Maritza Urrutia*, par. 64, nota 57 *supra*; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, par. 77, nota 154 *supra*.

<sup>189</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyaury*, par. 83, nota 26 *supra*; *Caso Maritza Urrutia*, par. 65, nota 57 *supra*; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, par. 78, nota 154 *supra*.

227. Levando em consideração as generalidades indicadas sobre o direito em análise, bem como sua especial proteção quando se trata de crianças, a seguir, a Corte analisa se, nas circunstâncias do caso em particular, o Estado violou a liberdade pessoal de cada uma das supostas vítimas.

228. A Corte considera indispensável destacar que a prisão preventiva é a medida mais severa que pode ser aplicada ao acusado de um crime, motivo pelo qual sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelo direito à presunção de inocência, bem como pelos princípios de necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática.<sup>190</sup>

229. A esse respeito, este Tribunal observa que a prisão preventiva deve se restringir estritamente ao disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana, no sentido de que não pode demorar além de um prazo razoável nem além da persistência da causa invocada para justificá-la. Não cumprir estes requisitos equivale a antecipar uma pena sem sentença, o que contradiz princípios gerais do direito universalmente reconhecidos.<sup>191</sup>

230. No caso de privação da liberdade de crianças, a regra da prisão preventiva deve ser aplicada com maior rigor, já que a regra deve ser a aplicação de medidas substitutivas da prisão preventiva. Estas medidas podem ser, *inter alia*, a supervisão estrita, a custódia permanente, a designação a uma família, a transferência a um lar ou a uma instituição educativa, bem como o cuidado, as ordens de orientação e supervisão, o assessoramento, a liberdade vigiada, os programas de ensino e formação profissional e outras possibilidades alternativas à internação em instituições.<sup>192</sup> A aplicação destas medidas substitutivas tem a finalidade de assegurar que as crianças sejam tratadas de maneira adequada e proporcional a suas circunstâncias e à infração.<sup>193</sup> Este preceito está regulamentado em diversos instrumentos e regras internacionais.<sup>194</sup>

231. Além disso, quando se considere que a prisão preventiva é precedente no caso de crianças, esta deve ser aplicada sempre durante o prazo mais breve possível, tal como estabelece o artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança que dispõe que os Estados-Partes assegurarão que:

nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será

<sup>190</sup> Cf. *Caso Suárez Rosero*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 77.

<sup>191</sup> Cf. *Caso Suárez Rosero*, par. 77, nota 190 *supra*. No mesmo sentido, cf. Regra 13.2 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985; e Regra 17 das *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*, adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 45/113 de 14 de dezembro de 1990.

<sup>192</sup> Cf. Artigo 40.4 da *Convenção sobre os Direitos da Criança*.

<sup>193</sup> Nota 192 *supra*.

<sup>194</sup> Cf. Regra 13.1 das *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores* (Regras de Pequim), adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985; Regra 17 das *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*, adotadas pela Assembleia Geral em sua resolução 45/113 de 14 de dezembro de 1990; e Artigos 37 e 40.4 da *Convenção sobre os Direitos da Criança*; artigo 10.3 do *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*.



efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado [...].

232. A Corte deve ter presente que, do acervo probatório do presente caso, é impossível elucidar a maneira como haveria sido violado o artigo 7 da Convenção a respeito de cada uma das supostas vítimas. Para tomar uma determinação sobre o citado artigo é preciso conhecer as particularidades da aplicação da prisão preventiva a cada interno para poder analisar se foi cumprido cada um dos requisitos indicados neste artigo. A respeito do universo de internos do Instituto a respeito de quem tanto a Comissão como as representantes solicitam que se declare violado o artigo 7 da Convenção em função da aplicação desmedida da prisão preventiva, a Corte observa que alguns internos já se encontravam condenados com sentença definitiva e outros estavam em prisão preventiva por crimes graves como homicídio e estupro. A mesma Comissão, quando analisa o referido artigo 7 em seu Relatório do artigo 50 da Convenção, afirma que do total de internos detidos no Instituto, 93,2% eram possíveis sujeitos de violação do direito à liberdade pessoal, mas não todos. Este Tribunal nota que nem as representantes nem o Estado proporcionaram a informação necessária para poder fazer esta determinação. A Corte não pode deixar de expressar sua profunda preocupação com a falta de vigilância ou cuidado do Estado em relação à prisão preventiva de crianças que se observa nos fatos provados neste caso.

233. Ainda que a Corte frequentemente tenha utilizado a existência de padrões ou práticas de condutas como um meio probatório para determinar violações de direitos humanos, sempre o fez quando eles estavam acompanhados de outras provas específicas (par. 217 *supra*). No caso do artigo 7 da Convenção Americana, requer-se uma informação individualizada, de que não dispõe a Corte no presente caso, uma vez que as partes não a apresentaram.

234. Em consequência, este Tribunal considera que não possui elementos para se pronunciar sobre se houve ou não violação do artigo 7 da Convenção em relação às supostas vítimas específicas.

## XI VIOLAÇÃO DO ARTIGO 25, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 (DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL)

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

235. Quanto à violação do artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, a Comissão alegou que:

a) esta norma foi violada em detrimento dos menores internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001;

- b) os menores não tiveram um recurso rápido e efetivo perante os juízes ou tribunais competentes para o caso de que sua integridade física, psíquica e moral, sua liberdade ou sua segurança fossem colocadas em perigo dentro de um centro de detenção para menores;
- c) o recurso de *habeas corpus*, oportunamente interposto e acolhido favoravelmente, foi paralisado por dois anos, retomado e depois dilatado por mais de um ano até o proferimento da sentença, sem obter o resultado “breve e sumário” que deve caracterizá-lo, de acordo com a Constituição Nacional;
- d) o recurso de *habeas corpus* foi ineficaz, pois as autoridades estatais não deram cumprimento à sentença que deu provimento ao mesmo, já que não ocorreu a transferência das supostas vítimas a um centro adequado nem foi dado o acompanhamento às medidas junto aos juizados, como fora ordenado judicialmente;
- e) houve um sistema anacrônico que impedia a supervisão efetiva da sentença judicial e a revisão contínua das sanções impostas;
- f) os recursos iniciados para determinar as responsabilidades correspondentes das autoridades respectivas pelas violações a direitos humanos ocorridas no Instituto não foram eficazes; e
- g) não houve resultados concretos nas investigações relativas à causa dos incêndios, às mortes e às feridas produzidas como consequência destes incêndios.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

236. Quanto à violação do artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, as representantes alegaram que:

- a) o Estado violou este artigo, lido em concordância com o artigo 19 da mesma, e os artigos correspondentes da Convenção sobre os Direitos da Criança, por haver mantido um sistema de justiça para menores violatório das garantias do devido processo;
- b) era necessário aplicar medidas especiais de proteção durante os processos de menores e limitar a discricionariedade do Estado;
- c) a proteção judicial estabelecida no artigo 25 da Convenção é aplicável não somente no contexto de disputas entre adultos, mas também no momento de resolver disputas que envolvem meninos, meninas e adolescentes, bem como em relação a processos ou procedimentos para a determinação de seus direitos ou situações;

- d) não existiu um recurso efetivo e rápido para a defesa dos direitos dos menores;
- e) não se deu cumprimento à sentença que deu provimento ao *habeas corpus* genérico (cuja tramitação levou cinco anos), o qual ordenou levar todas as supostas vítimas a um centro de detenção adequado. A situação foi especialmente grave, já que a vida e a integridade física dos beneficiados pelo recurso estavam em jogo;
- f) os recursos destinados a determinar as responsabilidades das respectivas autoridades por violações aos direitos humanos dos detidos não foram efetivos;
- g) não existiu tutela judicial efetiva no caso das supostas vítimas fatais, dos queimados e dos feridos e seus familiares, já que não foram utilizados todos os meios à disposição do Estado para realizar uma investigação séria e para punir os culpados das violações dos direitos humanos denunciadas; e
- h) o Estado é responsável pela falta de investigação dos responsáveis pela manutenção das condições de detenção, bem como dos responsáveis pelas torturas. Esta disposição deve ser interpretada tendo em consideração o objetivo da Convenção sobre os Direitos da Criança, que protege os direitos daquelas pessoas, pertencentes a um grupo etário determinado, que ainda não contam com capacidade jurídica plena.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

237. Quanto ao artigo 25 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, o Estado:

- a) aceitou sua responsabilidade a respeito da violação do artigo 25.1 da Convenção, com relação à ineficácia do recurso constitucional de *habeas corpus*, no sentido de transferir os menores do Instituto a um lugar adequado, e não com respeito à suposta violação do artigo 7 da Convenção, como erroneamente apresenta a Comissão;
- b) solicitou à Corte que levasse em consideração que a falta de cumprimento da decisão judicial foi por causa de meios, tendo em consideração que, no momento em que a sentença foi proferida, o Estado não contava com um lugar adequado para onde enviar os internos do Instituto;
- c) manifestou que o verdadeiro sentido e alcance do reconhecimento de responsabilidade a respeito da violação do artigo 25.1 da Convenção se refere aos internos individualizados na Sentença 652,

de 31 de julho de 1998, que deu provimento ao citado recurso de *habeas corpus* e que a mesma se estendia às pessoas identificadas no inciso c) do petitório do escrito de contestação da demanda, caso algumas destas pessoas pudessem haver estado detidas no citado centro no ano de 1998, no qual foi proferida a citada sentença;

d) a petição da Comissão é ambígua quanto à eficácia dos recursos para determinar as responsabilidades das respectivas autoridades pelas violações dos direitos humanos que se demonstram na presente demanda, já que na mesma não se individualizam casos particulares, mas, ao contrário, as acusações são de caráter geral;

e) agentes estatais, na área de suas respectivas competências, promoveram as investigações necessárias para esclarecer a causa dos incêndios;

f) a Comissão não indagou o suficiente sobre as investigações judiciais dos fatos ocorridos no Instituto, já que o Estado enviou as provas periciais, os relatórios elaborados pelo Corpo de Bombeiros Voluntários do Paraguai e os expedientes judiciais e pastas fiscais. Uma investigação já foi decidida por uma Juíza Penal de Garantias, um ano depois do ocorrido, em um prazo razoável. Em relação à ação de fevereiro de 2000, o juiz decidiu arquivar a causa, em conformidade com o ordenamento penal vigente, ao não estar individualizado o autor ou autores do incêndio; e

g) se não foi alcançado o estado de sentença nas investigações dos incêndios, é porque há impossibilidade material para o julgador determinar a autoria do fato. Há uma regra básica do Direito Constitucional e Penal que afirma que “ninguém poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo”. Como é lógico, nenhuma das testemunhas, ex-internos do Pavilhão nº 8, ofereceu indícios para identificar o autor ou autores do fato ilícito grave.

## CONSIDERAÇÕES DA CORTE

238. O artigo 25 da Convenção afirma que:

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 decis3o em que se tenha considerado procedente o recurso.

239. Este Tribunal afirmou que a proteç3o da pessoa frente ao exerc3io arbitr3rio do poder p3blico 3 o objetivo primordial da proteç3o internacional dos direitos humanos.<sup>195</sup>

240. A Corte deve determinar, 3 luz dos fatos provados do presente caso, se o recurso de *habeas corpus* gen3rico, interposto em 12 de novembro de 1993 a favor dos internos no Instituto naquele momento e resolvido em 31 de julho de 1998 a favor de 239 internos presentes naquela data nesse Instituto (pars. 134.27 e 134.28 *supra*), cumpriu os requisitos estabelecidos no artigo 25 da Convenç3o.

241. O Estado aceitou sua responsabilidade pela violaç3o do artigo 25 da Convenç3o, em relaç3o ao artigo 1.1 da mesma, "devido 3 inefic3cia do *habeas corpus* gen3rico interposto na jurisdiç3o interna a fim de transferir os internos [do Instituto] a um local adequado de acordo com sua dignidade de pessoas humanas". Entretanto, o Estado limitou este reconhecimento de responsabilidade 3s pessoas identificadas no inciso c) do petit3rio da contestaç3o da demanda, "no caso que algumas destas pessoas pudessem haver estado reclusas [no Instituto] no ano de 1998 em que foi proferida a citada sentenç3a".

242. A seguir, a Corte far3 a an3lise do presente artigo levando em consideraç3o os fatos provados e o reconhecimento de responsabilidade.

243. Este Tribunal toma nota de que, no Paraguai, o *habeas corpus* gen3rico interposto neste caso pode demandar a retificaç3o de circunst3ncias que restrinjam a liberdade ou ameacem a seguranç3a pessoal; al3m disso, este recurso tem como finalidade proteger os direitos e garantias das pessoas legalmente detidas e cuja situaç3o se agrava, uma vez que s3o submetidas 3 viol3ncia f3sica, ps3quica ou moral. No caso *sub judice*, portanto, o referido *habeas corpus* gen3rico n3o foi interposto em relaç3o aos processos que eram instruídos em relaç3o aos internos para analisar a legalidade de sua detenç3o, mas em relaç3o 3s condiç3es de detenç3o em que se encontravam os internos do Instituto; isto significa que se trata de um recurso a que as pessoas t3m direito em virtude do artigo 25 da Convenç3o. No referido recurso, foi alegado que o Instituto era "uma penitenci3ria ao estilo medieval", j3 que n3o reunia os m3nimos requisitos de salubridade, privacidade e higiene, e na qual havia

<sup>195</sup> Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, par. 78, nota 179 *supra*; *Caso "Cinco Aposentados"*, par. 126, nota 55 *supra*; e *Caso do Tribunal Constitucional. Compet3ncia*. Sentenç3a de 24 de setembro de 1999. S3rie C N3 55, par. 89.

constante superlotação, promiscuidade e violência. Por tudo isso, os internos sofriam todo tipo de carências e condições de vida desumanas.

244. A análise da suposta violação do artigo 25 da Convenção será realizada sob duas perspectivas: a) a efetividade do recurso de *habeas corpus* genérico interposto em 12 de novembro de 1993, o que inclui a rapidez com que este foi resolvido; e b) seu cumprimento por parte do Estado.

*a) A efetividade do recurso de habeas corpus genérico*

245. A Corte afirmou em seu Parecer Consultivo OC-9/87 que, para que um recurso seja efetivo, “se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se se incorreu em uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para repará-la”.<sup>196</sup> É claro que o recurso não será realmente eficaz se não for resolvido dentro de um prazo que permita amparar a violação que é reivindicada.

246. O artigo 133 da Constituição Nacional da República do Paraguai, de 1992, estabelece, em relação ao *habeas corpus*, que “[...] procedimento será breve, sumário e gratuito”. Nesse sentido, a Corte Suprema de Justiça do Paraguai estabeleceu a esse respeito que, “por se tratar de uma garantia constitucional estabelecida precisamente para a defesa dos direitos humanos das pessoas, é exigível de imediato”.

247. Foi estabelecido (par. 134.27 *supra*) que, em 12 de novembro de 1993, foi interposto um recurso de *habeas corpus* genérico com o propósito de denunciar as condições de reclusão em que viviam os internos no Instituto nesse momento e de colocá-los em locais adequados. Além disso, foi demonstrado (par. 134.28 *supra*) que o Juiz de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno deu provimento a este recurso em 31 de julho de 1998, ou seja, quase cinco anos depois de haver sido interposto. Isso posto, qualquer que seja o parâmetro que se utilize para determinar se um recurso interno foi rápido, a Corte não pode senão concluir que a tramitação do recurso de *habeas corpus* excedeu qualquer limite permissível. Além disso, a demora em resolvê-lo faz pensar que, com toda certeza, algumas das pessoas em favor de quem se interpôs o recurso já não se encontravam no Instituto quando esse foi provido, de modo que ele não foi efetivo para aqueles que tentava proteger, o que constitui uma violação do artigo 25.1 da Convenção.

*b) A falta de cumprimento da decisão sobre o recurso de habeas corpus genérico*

248. O artigo 25.2.c) da Convenção estabelece a obrigação do Estado de garantir “o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

<sup>196</sup> *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (artigos 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 24. No mesmo sentido, cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, par. 136, nota 55 *supra*; *Caso Cantos*, par. 52, nota 59 *supra*; e *Caso Ivcher Bronstein*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, pars. 136-137.

249. No presente caso, foi provado (par. 134.28 *supra*) que na Sentença Definitiva nº 652, proferida em 31 de julho de 1998, o Juiz de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno deu provimento ao recurso de *habeas corpus* genérico interposto a favor dos internos do Instituto. Nesse sentido, esta sentença decidiu, *inter alia*:

[...] ACEITAR a demanda de *HABEAS CORPUS* GENÉRICA promovida [...] em benefício dos menores identificados [...] nesta decisão, detidos no Instituto de Reeducação "*Cnel Panchito López*".

[...] que o Diretor do Correccional, Instituto de Reeducação "*Cnel Panchito López*", o Diretor de Institutos Penais e o Ministério da Justiça e Trabalho, por meio do procedimento correspondente, adotem de imediato as medidas administrativas e orçamentárias, eficazes e idôneas, destinadas a conseguir a retificação das circunstâncias ilegítimas que ha[via]m sido explicitadas [...] e que afetam os menores identificados também no preâmbulo, os quais dever[ia]m continuar sua reclusão em locais adequados em conformidade com o disposto no artigo 21 da Constituição Nacional, sob pena de responsabilidade.

[...] que as autoridades e instituições mencionadas no parágrafo precedente, inform[em] a este Juizado sobre as gestões realizadas para o cumprimento do estabelecido [...] em um prazo não maior que trinta dias e, periodicamente, a cada três meses, até seu cumprimento total, sob pena de lei.<sup>197</sup>

250. Estes pontos resolutivos estabeleciam claramente que deviam ser adotadas "de imediato", por parte das autoridades pertinentes, todas as medidas necessárias para "conseguir a retificação das circunstâncias ilegítimas" no Instituto a favor dos que estavam detidos naquele momento. Provavelmente, já não eram os mesmos internos da data em que o recurso havia sido interposto. Entretanto, após a referida sentença, os internos amparados pelo recurso continuaram sofrendo as mesmas condições insalubres e de superlotação, sem atendimento adequado de saúde, mal alimentados, sob a ameaça de serem castigados, em um clima de tensão, violência, vulnerabilidade e sem o gozo efetivo de vários de seus direitos humanos. Tanto é assim que, após a decisão do *habeas corpus* genérico, ocorreram os três incêndios mencionados anteriormente (pars. 134.29, 134.33 e 134.34 *supra*). Em outras palavras, o descumprimento da decisão do mencionado recurso, já violatoriamente tardia, não conduziu à mudança das condições de detenção degradantes e subumanas em que se encontravam os internos. O próprio Estado reconheceu essa situação e afirmou que os internos não foram transferidos do Instituto "pela falta de um lugar adequado".

<sup>197</sup> Sentença do Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial do Nono Turno, S. D. nº 652, de 31 de julho de 1998 que aprovou o recurso de *habeas corpus* interposto pela Fundação Tekojojá (expediente de anexos à demanda, anexo 20, folha 327).

251. Por todas as razões anteriormente expostas, a Corte conclui que o Estado não ofereceu um recurso rápido aos internos do Instituto no momento da interposição do *habeas corpus* genérico, tampouco ofereceu um recurso efetivo a 239 internos no Instituto no momento do proferimento da sentença que deu provimento ao mesmo, razão pela qual violou o artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma. Esta violação se viu agravada, por sua vez, pelo descumprimento por parte do Estado da obrigação de fornecer aos internos medidas especiais de proteção por sua condição de crianças. A lista destes internos está anexada à presente Sentença e faz parte dela.

## XII

### ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA, EM RELAÇÃO AO ARTIGO 1.1 DA MESMA (DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS)

#### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

252. A violação ao artigo 26 da Convenção Americana não foi alegada pela Comissão. A esse respeito, a Comissão considerou que:

- a) tal como afirma o Estado, as representantes não alegaram que o Estado houvesse violado o artigo 26 da Convenção ou os artigos XI, XII, XIII e XV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nem em sua petição inicial nem ao longo dos aproximadamente cinco anos que levou o trâmite do caso perante a Comissão. A Comissão, portanto, não transmitiu ao Estado essas eventuais alegações de direito, as quais tampouco foram debatidas no processo perante a Comissão;
- b) se a alegação das representantes configura para a Corte um argumento de violação autônoma ao artigo 26 da Convenção Americana por parte do Estado, isso excederia o objeto do processo por haver precluído a oportunidade processual que havia para isso; e
- c) não teria nenhuma objeção se a Corte considerasse que a invocação do artigo 26 da Convenção, das demais normas invocadas da Declaração Americana e da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi feita com a finalidade de guiar a interpretação do artigo 19 da Convenção.

#### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

253. Em relação ao artigo 26 da Convenção Americana, as representantes afirmaram que:



- a) o artigo 26 da Convenção deve ser estudado em relação ao artigo 19 da mesma, aos artigos XI, XII, XIII e XV da Declaração Americana dos Direitos Humanos e aos artigos 24, 28, 29 e 31 da Convenção sobre os Direitos da Criança;
- b) o Estado descumpriu sua obrigação de garantir os níveis mínimos de satisfação destes direitos em relação aos menores do Instituto, que se encontravam em uma situação de vulnerabilidade;
- c) com relação à violação do direito à saúde, essa ocorre em três níveis. Primeiro, porque o Estado não adotou sequer pautas mínimas de higiene, alimentação e atendimento primário da saúde que permitissem prevenir doenças e alcançar pelo menos um mínimo de saúde para todas as supostas vítimas do presente caso, de acordo com sua dignidade humana. Segundo, porque, uma vez doentes, os internos do Instituto não receberam o tratamento médico nem odontológico adequado. Finalmente, não deu tratamento especial aos adolescentes que sofriam doenças mentais ou dependências;
- d) com relação ao direito à educação, o Estado não ofereceu programas de educação formais e contínuos. Apesar da capacitação técnica e das oficinas de alfabetização, não houve profissionais capacitados nem designações orçamentárias para a área. As aulas não eram parte de um programa de educação integral orientado à reeducação e reabilitação dos menores, pois o Instituto não contava com as condições para que uma política de reeducação pudesse ser exitosa. Quando os menores estão privados de liberdade, estão somente privados da liberdade e não da educação ou da dignidade; e
- e) com relação ao direito ao descanso, ao lazer, à recreação, bem como à vida cultural e artística, o Estado não ofereceu um programa contínuo a esse respeito, nem promoveu o contato com as famílias ou com a comunidade. Além disso, o Estado não garantiu o direito dos internos do Instituto ao descanso e à recreação, nem o direito a jogos e atividades recreativas de acordo com sua idade. Ao contrário, os menores permaneciam trancados a maior parte do dia em celas pequenas com saídas de somente duas horas diárias.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

254. Em relação ao artigo 26 da Convenção, o Estado considerou que:

- a) os direitos econômicos, sociais e culturais estão fora do objeto do caso, tal como a Comissão afirmou; e

b) na tramitação do caso perante a Comissão, as representantes não apresentaram suas reivindicações sobre o particular, o que leva o Estado a rejeitar essas alegações, por considerá-las improcedentes, referindo-se, para tal efeito, aos argumentos discutidos no escrito de exceções preliminares.

### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

255. Na presente sentença, a Corte já realizou uma análise a respeito das condições referentes à vida digna, saúde, educação e recreação nas considerações a respeito dos artigos 4 e 5 da Convenção, em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma e ao artigo 13 do Protocolo de San Salvador. Por isso, este Tribunal considera que não é necessário se pronunciar a respeito do artigo 26 da Convenção.

## XIII REPARAÇÕES APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA

### OBRIGAÇÃO DE REPARAR

256. De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, a Corte decidiu que o Estado é responsável pela violação dos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19 desta quando se trate de crianças, em detrimento de todos os internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001 (par. 176 *supra*); do artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19 desta quando se trate de crianças, em detrimento dos 12 internos falecidos (pars. 179, 184 e 186 *supra*); dos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento dos meninos feridos por causa dos incêndios (pars. 188 e 190 *supra*); do artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 desta, em detrimento dos familiares identificados dos internos falecidos e feridos (par. 193 *supra*); dos artigos 2 e 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento de todos os meninos internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001 (par. 213 *supra*); e do artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos 239 internos nomeados na resolução do *habeas corpus* genérico (par. 251 *supra*).

257. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência constante que é um princípio de Direito Internacional que toda violação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.<sup>198</sup> Para tais efeitos, o artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que:

<sup>198</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 187, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 219, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par 39, nota 26 *supra*.

[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.

258. Tal como a Corte indicou, o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado surge de imediato sua responsabilidade internacional pela violação da norma internacional em questão, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação.<sup>199</sup>

259. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), a qual consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja possível, como no presente caso, cabe ao tribunal internacional determinar uma série de medidas para, além de garantir os direitos violados, reparar as consequências que as infrações produziram, bem como estabelecer o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados.<sup>200</sup> O Estado obrigado não pode invocar disposições de direito interno para modificar ou descumprir suas obrigações de reparar, as quais são regulamentadas em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo Direito Internacional.<sup>201</sup>

260. É preciso levar em consideração que em muitos casos de violações de direitos humanos, como o presente, não é possível a *restitutio in integrum*, razão pela qual, tendo em conta a natureza do bem afetado, a reparação se realiza, *inter alia*, segundo a jurisprudência internacional, através de uma justa indenização ou compensação pecuniária. É necessário acrescentar que o Estado deve adotar as medidas de caráter positivo necessárias para assegurar que não se repitam fatos lesivos como os ocorridos no presente caso.<sup>202</sup>

261. As reparações, como o termo indica, consistem em medidas dirigidas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e sua quantia dependem do dano causado tanto no plano material como imaterial. As reparações não podem implicar em enriquecimento nem empobrecimento para a vítima ou

<sup>199</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 188, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 220, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 40, nota 26 *supra*.

<sup>200</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 189, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 221, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 42, nota 26 *supra*.

<sup>201</sup> Nota 200 *supra*.

<sup>202</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 189, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 222, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 42, nota 26 *supra*.

seus sucessores.<sup>203</sup> Nesse sentido, as reparações que se estabeleçam devem guardar relação com as violações declaradas anteriormente.<sup>204</sup>

262. Para a determinação das reparações, a Corte tem presente que neste caso há meninos que se encontravam em um estado manifesto de pobreza e que foram vítimas de graves violações de seus direitos humanos.

263. Por outro lado, esta Corte tem presente que, no âmbito legislativo do Paraguai, foi criado um sistema penal acusatório que substituiu o antigo sistema inquisitivo e foi estabelecido um tratamento diferenciado para as crianças em conflito com a lei. Nesse sentido, em 26 de novembro de 1998, entrou em vigência um novo Código Penal; em 18 de junho de 1998, foi sancionado o Código Processual Penal e, em 30 de novembro de 2001, entrou em vigor o Código da Infância e Adolescência, o qual estabelece em detalhe uma jurisdição especializada com juizados e tribunais para menores de idade (pars. 134.57 e 214 *supra*).

264. Além disso, no âmbito administrativo, em fevereiro de 1999, foi iniciado o Projeto de Atendimento Integral de Menores em Situação de Alto Risco; a partir de agosto de 2001, foi estabelecida uma Comissão Interinstitucional para realizar visitas aos centros penitenciários e, em outubro de 2001, foi criado o Serviço Nacional de Atendimento a Adolescentes Infratores. Além disso, em relação às modificações físicas de infraestrutura, o Instituto teve algumas reformas, principalmente em 2001; em 10 de maio de 2001, foi habilitado o Centro Educativo Integral de Itauguá e, em dezembro de 2001, foi habilitado o Centro Educativo Integral La Salle, o qual foi posteriormente fechado.

265. A Corte aprecia as iniciativas do Estado através das mencionadas reformas (pars. 134.57, 214, 263 e 264 *supra*), por constituir uma contribuição positiva para o cumprimento de suas obrigações derivadas do artigo 19 da Convenção Americana.

266. Em conformidade com os elementos probatórios recolhidos durante o processo e à luz dos critérios anteriores, a Corte analisará as pretensões apresentadas pela Comissão e pelas representantes em relação às reparações, com o objetivo de determinar, em primeiro lugar, quem são os beneficiários das reparações, para depois determinar as medidas de reparação dirigidas a reparar os danos materiais e imateriais, outras formas de reparação e, finalmente, o relativo a custas e gastos.

## A) BENEFICIÁRIOS

267. A Corte resume agora os argumentos da Comissão Interamericana, das representantes e do Estado sobre quem devem ser considerados beneficiários das reparações que a Corte venha a ordenar.

<sup>203</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 223, nota 26 *supra*; *Caso Cantos*, par. 68, nota 59 *supra*; e *Caso do Caracazo. Reparaciones* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 78.

<sup>204</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 190, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 223, nota 26 *supra*; e *Caso Herrera Ulloa*, par. 194, nota 29 *supra*

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

268. Em relação aos beneficiários, a Comissão alegou que:

- a) deve-se reparar tanto individual como coletivamente todas as vítimas que estiveram privadas de sua liberdade no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001;
- b) é possível identificar todas as vítimas que perderam sua vida ou foram feridas durante a ocorrência dos três incêndios; os diversos meninos privados de sua liberdade no Instituto em distintos momentos; e todos os menores que se encontravam detidos no Instituto no momento de seu fechamento definitivo em julho de 2001 e que foram transferidos; e
- c) as vítimas não são indeterminadas, já que existe uma série de elementos que permitem identificá-las individual e pessoalmente. Portanto, a Comissão afirmou que não está solicitando uma reparação inominada, mas individual, a favor de cada uma das vítimas.

### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

269. As representantes manifestaram que os beneficiários das reparações são todos os internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001. Entretanto, no caso dos 12 internos falecidos, os beneficiários das reparações seriam seus familiares.

### ALEGAÇÕES DO ESTADO

270. O Estado solicitou ao Tribunal que somente considerasse como beneficiários as pessoas identificadas no escrito de demanda e na Resolução da Corte de 21 de junho de 2002, em conformidade com as regras do procedimento e a jurisprudência desta. Em consequência, no caso de serem determinadas reparações, estas deviam se dar a título individual e, para o propósito, a Comissão deveria ter identificado as supostas vítimas, tal como estabelece o Artigo 33.1 do Regulamento da Corte.

### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

271. A Corte procederá agora a determinar quais pessoas devem ser consideradas como "parte lesada", nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, e que serão credoras das reparações que o Tribunal venha a ordenar, tanto em relação ao dano material como em relação ao dano imaterial.

272. Em primeiro lugar, a Corte considera como "parte lesada" os internos falecidos, em seu caráter de vítimas da violação ao direito consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19, quando

se trate de crianças; todos os internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, em seu caráter de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, e também em relação ao artigo 19, quando se trate de crianças; os meninos feridos por causa dos incêndios, em seu caráter de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma; os familiares identificados dos internos falecidos e feridos, em seu caráter de vítimas da violação ao direito consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma; todos os meninos internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, em seu caráter de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 2 e 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana; e os 239 internos nomeados na decisão do *habeas corpus* genérico, em seu caráter de vítimas da violação ao direito consagrado no artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma. Todos eles serão credores das reparações que o Tribunal venha a ordenar, a título de dano imaterial e/ou material.

273. Este Tribunal recorda que, quando se está na presença de um caso contencioso perante a Corte, é preciso que a parte interessada determine quem é ou quem são os beneficiários. Por esta circunstância, a Corte não está em condições de decidir sobre indenização alguma em relação a possíveis familiares dos internos, vítimas de violações de direitos humanos que não tenham sido identificados.

274. Cem por cento (100%) das indenizações a título de perda de ingressos e do dano imaterial correspondentes aos internos falecidos serão entregues aos familiares que foram identificados pelas representantes, que correspondem em sua totalidade aos pais de alguns destes. Esta quantia deverá ser distribuída em partes iguais, caso se encontrem identificados ambos os pais, e, se somente estiver identificado um, corresponderá a este a totalidade desta indenização. Se um dos pais identificados morreu, a parte que lhe corresponde será acrescida à do outro.

275. Caso ambos os pais identificados tenham falecido, o que lhes haveria correspondido como herdeiros dos internos falecidos deverá ser distribuído em conformidade com as regras do direito sucessório interno.

276. Se a identidade dos pais for desconhecida, as indenizações correspondentes aos falecidos serão também distribuídas em conformidade com as regras do direito sucessório interno.

277. Em relação à indenização que corresponda por direito próprio aos familiares identificados dos ex-internos mortos, a indenização será entregue a cada um destes em sua qualidade de vítima. Se um dos pais identificados morreu, a parte que lhe corresponde será acrescida à do outro. Caso ambos os pais das vítimas tenham falecido, o que lhes haveria correspondido deverá ser distribuído em conformidade com as regras do direito sucessório interno.

278. Os nomes dos familiares identificados dos internos falecidos que são considerados como vítimas pela Corte são:

EX-INTERNOS FALECIDOS	FAMILIARES
1. Elvio Epifanio Acosta Ocampos	a) Feliciano Ocampos (mãe) b) Asunción Acosta (pai)
2. Marco Antonio Jiménez	a) Ignacia Giménez (mãe) b) Teóduo Barboza (pai)
3. Diego Walter Valdez	a) Felipa Valdez (mãe) b) Luis Ávila (pai)
4. Sergio Daniel Vega Figueredo	a) Rosalía Figueredo (mãe) b) Dionicio Vega (pai)
5. Sergio David Poletti Domínguez	a) Teofista Domínguez (mãe) b) Guillermo Augusto Poletti (pai)
6. Mario del Pilar Álvarez Pérez	a) María Teresa de Jesús Pérez (mãe)
7. Juan Alcides Román Barrios	a) María Estela Barrios (mãe)
8. Carlos Raúl de la Cruz	a) Fidelina de la Cruz (mãe)
9. Benito Augusto Adorno	a) Rosalinda Giménez Duarte (mãe) b) Benito Isidoro Adorno (pai)

279. Em relação à indenização que corresponde aos pais identificados dos ex-internos feridos, esta será entregue a cada um destes em sua qualidade de vítima. Se um dos pais identificados faleceu, a parte que lhe corresponde será acrescida à do outro.

280. Caso ambos os pais das vítimas tenham falecido, o que lhes haveria correspondido, deverá ser distribuído em conformidade com as regras do direito sucessório interno.

281. Este Tribunal nota que a senhora Dirma Monserrat Peña, irmã do ex-interno ferido Pedro Iván Peña, foi a única familiar determinada pelas representantes. Portanto, esta Corte dispõe que a indenização correspondente ao dano sofrido por ela seria restringida aos parâmetros dos pais identificados dos ex-internos feridos. Caso ela tenha falecido, o que lhe haveria correspondido deverá ser distribuído em conformidade com as regras do direito sucessório interno.

282. Os nomes dos familiares identificados dos ex-internos feridos que são considerados como vítimas pela Corte são:

EX-INTERNOS FERIDOS	FAMILIARES
1. Abel Achar Acuña	a) Apolinaria Acuña (mãe) b) Roque Achar (pai)
2. José Milciades Cañete Chamorro	a) María Estella Chamorro (mãe) b) Andrés Cañete B. (pai)
3. Arsenio Joel Barrios Báez	a) María Rosa Virginia Baes (mãe)
4. Alfredo Duarte Ramos	a) Concepción Ramos (viúva de Duarte) (mãe)
5. Sergio Vincent Navarro Moraes	a) Viviana Moraes (mãe) b) Leoncio Navarro (pai)
6. Raúl Esteban Portillo	a) Silvia Portillo Martínez (mãe)
7. Ismael Méndez Aranda	a) Eristrudis o Edith Aranda (mãe) b) Tranquilino Méndez (pai)
8. Pedro Iván Peña	a) Dirma Monserrat Peña (irmã)
9. Jorge Daniel Toledo	a) Emiliana Toledo (mãe)
10. Sixto Gonzáles Franco	a) Flora Franco (mãe) b) Jerónimo Gonzáles (pai)
11. Antonio Delgado	a) Cristina Delgado (mãe) b) Antonio Vera (pai)
12. Eduardo Vera	a) Felipa Vera (mãe)

## B) DANO MATERIAL

283. A Corte determinará nesta seção o correspondente ao dano material, o qual supõe a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso *sub judice*, para o que fixará uma quantia indenizatória que busque compensar as consequências patrimoniais das violações que foram declaradas na



presente Sentença.<sup>205</sup> Para isso, terá em consideração as provas reunidas neste caso, a jurisprudência do próprio Tribunal e as pretensões apresentadas pela Comissão, pelas representantes e pelo Estado.

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

284. Em relação à indenização a título de dano material, a Comissão afirmou que:

a) o dano emergente já foi coberto pelo Estado, uma vez que pagou diversos gastos funerários das vítimas falecidas, a menos que exista prova em contrário; e de igual maneira pagou as quantias correspondentes ao atendimento médico dos meninos que foram feridos nos incêndios; e

b) para determinar a perda de ingressos de uma maneira justa e equitativa, a Corte deve considerar os salários que as vítimas deixaram de receber como consequência da violação de seu direito à vida por parte do Estado, as idades destas no momento de sua morte, o número de anos que faltavam até chegar à expectativa de vida média no Paraguai e o salário mínimo vigente. A esse respeito, a Comissão considerou que os internos falecidos, ao saírem da penitenciária, incorporar-se-iam aos setores produtivos; e, já que no momento de seu falecimento os internos não se encontravam trabalhando, a Corte deve fixar uma soma em equidade para determinar a quantia indenizatória que corresponde a cada um dos internos falecidos, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada um deles. Finalmente, a Comissão considerou que deve ser determinada uma indenização monetária com relação às consequências posteriores aos incêndios, sofridas pelos meninos que foram feridos, tais como os danos permanentes que terão um impacto em seu desempenho laboral futuro.

### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

285. As representantes alegaram que, segundo o testemunho de determinadas vítimas, alguns gastos médicos e de enterro não foram cobertos pelo Estado. Entretanto, não foram apresentados documentos que comprovassem o dano emergente e a perda de ingressos, já que, segundo as representantes, foi difícil contatar as vítimas e seus familiares. Por outro lado, os familiares ou os menores que puderam ser contatados não recordam os gastos em que incorreram nem têm registros disso. Em razão do

<sup>205</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 205, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 236, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 39, nota 26 *supra*.

anterior, as representantes solicitaram à Corte que fixasse, em relação a cada um dos menores que em algum momento estiveram no Instituto, entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, uma soma a título de dano material, que tenha em conta:

a) em relação aos falecidos, a idade no momento da morte, a média do salário mínimo vigente no Paraguai entre 1996 e 2001 e os anos que lhes faltavam para alcançar a expectativa de vida. Além disso, consideraram que ao determinar a quantia total da indenização, deve-se ter em consideração a perda da “chance”, possibilidade de cada uma das vítimas fatais de aumentar sua renda, o ofício ou profissão que desempenhavam as vítimas no momento de sua morte e o potencial que o mesmo haveria tido em seu futuro salário;

b) em relação aos feridos, uma quantia que contemple as consequências, tais como danos ou afetações permanentes, que terão um impacto em seu desempenho laboral futuro, segundo a avaliação individual que a equipe interdisciplinar de profissionais destinados a seu atendimento médico e psicológico vier a realizar;

c) em relação a todos os menores que estiveram no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 julho de 2001, as condições desumanas a que foram submetidos e o impacto que terão em seu desempenho laboral futuro. Com base nisso, solicitaram uma quantia em equidade pelo impacto em suas vidas por terem passado por esse “lugar infernal” e que leve em consideração cada dia de prisão; e

d) em relação aos transferidos a penitenciárias com adultos, que seja fixada uma quantia em equidade por cada dia passado neste tipo de penitenciária, devido ao impacto que esta circunstância terá em seu desempenho laboral futuro.

#### ALEGAÇÕES DO ESTADO

286. O Estado manifestou que, ao não ter violado o direito à vida (Artigo 4 da Convenção), salvo o reconhecimento de responsabilidade que fez em relação ao menor Benito Augusto Adorno, nem à liberdade pessoal (Artigo 7 da Convenção), nem às garantias judiciais (Artigo 8 da Convenção), em conexão com o Artigo 1.1 da Convenção, não há responsabilidade internacional atribuível a este pela violação das normas estabelecidas na Convenção ou em outro instrumento internacional e, em consequência, não tem o dever de reparar. A esse respeito, solicitou que, em relação à integridade física e psíquica dos internos que foram vítimas dos incêndios e que permaneceram privados de sua liberdade durante a tramitação do caso

perante a Comissão, seja no Instituto ou em outro centro de reclusão, seja aberto um período probatório para determinar se houve ou não devida diligência do Estado para evitar que as lesões nos incêndios lhes produzissem danos permanentes que possam ter impacto em seu desempenho laboral futuro ou possam afetar sua saúde mental e emocional.

### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

287. A Corte, tendo presente a informação recebida no transcurso deste processo, os fatos considerados provados, as violações declaradas e sua jurisprudência constante, declara que a indenização por dano material neste caso deve compreender os itens que serão indicados nesta seção.

#### *a) Perda de renda*

288. Em relação à renda deixada de receber pelos internos falecidos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario de Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo, Carlos Raúl de la Cruz, Benito Augusto Adorno, Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez, a Corte considera que não há um fato preciso que permita estabelecer a atividade ou profissão que desenvolveriam no futuro. Este item deve ser considerado a partir de um prejuízo certo, com suficiente fundamento, para determinar a provável realização deste prejuízo.<sup>206</sup> Nas circunstâncias do presente caso, não há provas suficientes para determinar a renda deixada de receber. Portanto, a Corte tomará como uma das referências para uma determinação equitativa o salário mínimo do Paraguai para calcular a perda de ingressos.

289. Em razão do exposto no parágrafo anterior, a Corte, tendo em consideração, *inter alia*, as circunstâncias do caso,<sup>207</sup> a expectativa de vida no Paraguai e o salário mínimo legal,<sup>208</sup> fixa em equidade a quantia de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, para cada um deles. Estas quantias deverão ser entregues aos familiares dos 12 doze internos falecidos, segundo o estipulado nos parágrafos 279 a 281 desta Sentença.

<sup>206</sup> Cf. *Caso Molina Theissen*, par. 57, nota 26 *supra*; *Caso Bulacio*, par. 84, nota 56 *supra*; e *Caso Castillo Páez*, *Reparações* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 43, par. 74.

<sup>207</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 240, nota 26 *supra*; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Interpretação da Sentença sobre Exceções Preliminares, Mérito e *Reparações*. (artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de novembro de 2003. Série C Nº 102, par. 56; e *Caso Bulacio*, par. 150, nota 56 *supra*.

<sup>208</sup> Cf. *Caso 19 Comerciantes*, par. 240, nota 26 *supra*; *Caso do Caracazo*, par. 88, nota 203 *supra*; e *Caso das "Crianças de Rua"* (Villagrán Morales e outros). *Reparações* (artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 79.

290. Em relação à perda de renda dos ex-internos feridos,<sup>209</sup> todos eles crianças, esta Corte considera que é possível inferir que as feridas sofridas por estas vítimas significaram para eles, ao menos, uma impossibilidade temporal de trabalhar. Considera também que não há prova que permita estabelecer a atividade ou profissão que estas vítimas desenvolveriam caso não tivessem sido feridas. Como base para o propósito de determinar a perda de ingressos e em ausência de outra prova que pudesse haver sido proporcionada pelas partes, a Corte utilizará para seu cálculo a porcentagem de queimadura sofrida por estes e que consta em atestados médicos, por considerar que é o critério mais objetivo possível. Portanto, fixa como indenização pelo correspondente conceito, em equidade, as seguintes quantias: US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 20% ou mais; US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 10% a 20%; US\$ 11.000,00 (onze mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 5% a 10% e US\$ 9.000,00 (nove mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja inferior a 5%.

291. Esta Corte conta com a seguinte informação em relação à porcentagem de queimadura de alguns dos ex-internos feridos, a saber:

EX-INTERNO FERIDO	PORCENTAGEM DA LESÃO
1. Juan Carlos Zarza Viveros	36%
2. Miguel Ángel Coronel Ramírez	35%
3. Sergio Vincent Navarro Moraez	35%
4. Alberto David Martínez	34%
5. Miguel Ángel Martínez	34%
6. Raúl Esteban Portillo	30%

<sup>209</sup> Abel Achar Acuña, José Milcíades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Ismael Méndez Aranda, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cándido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benitez.

7. César Fidelino Ojeda Acevedo	30%
8. Pedro Iván Peña	27%
9. Ever Ramón Molinas Zárate	25%
10. Arsenio Joel Barrios Báez	22%
11. Francisco Ramón Adorno	20%
12. Alfredo Duarte Ramos	18%
13. Abel Achar Acuña	17%
14. Osvaldo Mora Espinola	16%
15. Ismael Méndez Aranda	16%
16. Hugo Antonio Vera Quintana	14%
17. Clemente Luis Escobar González	7%
18. Juan Ramón Lugo	5%
19. Carlos Román Feris Almirón	5%
20. Pablo Ayala Azola	4%
21. Julio César García	4%
22. José Amado Jara	3%
23. Rolando Benítez	2%

292. Por não contar com informação sobre 19 ex-internos feridos,<sup>210</sup> este Tribunal presume que estes sofreram menos de 5% de queimadura e, portanto, designa para eles a quantia correspondente.

<sup>210</sup> Antonio Delgado, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Claudio Coronel Quiroga, Demetrio Silguero, Eduardo Vera, Francisco Noé Andrada, Heriberto Zarate, Hugo Olmedo, Jorge Daniel Toledo, José Milciades Cañete Chamorro, Nelson Rodríguez, Osmar López Verón, Osvaldo Daniel Sosa, Pablo Emmanuel Rojas, Oscar Rafael Aquino Acuña, Sixto Gonzáles Franco, Cândido Ulises Zelaya Flores e Walter Javier Riveros Rojas.

*b) Dano emergente*

293. Este Tribunal leva em consideração que a Comissão afirmou que o dano emergente havia sido coberto pelo Estado (par. 284.a *supra*) e que as representantes não apresentaram prova para sustentar o contrário. Sem prejuízo disso, diversas declarações presentes no acervo probatório do presente caso<sup>211</sup> demonstram que o Estado não cobriu todos os gastos médicos de Francisco Ramón Adorno, nem todos os gastos médicos e funerários de Sergio David Poletti Domínguez e Mario del Pilar Álvarez Pérez, mas somente cobriu alguns destes custos. Como não foram apresentados elementos probatórios específicos em relação aos supostos gastos, esta Corte considera pertinente a entrega, em equidade, de US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) aos familiares de cada um dos ex-internos mencionados. Essa quantia total deverá ser distribuída da seguinte maneira e entregue às pessoas em relação às quais se encontra comprovado que realizaram os respectivos gastos:

- i) a quantia total correspondente aos gastos médicos em relação à vítima Francisco Ramón Adorno deverá ser entregue à sua mãe, que deverá comparecer perante a autoridade e se identificar;
- ii) a quantia total correspondente aos gastos médicos e funerários em relação à vítima Sergio David Poletti Domínguez deverá ser distribuída, em partes iguais, entre seus pais, Teofista Domínguez e Guillermo Augusto Poletti; e
- iii) a quantia total correspondente aos gastos médicos e funerários em relação à vítima Mario del Pilar Álvarez Pérez deverá ser entregue à sua mãe, senhora María Teresa de Jesús Pérez.

294. Com base em todo o anterior, a Corte fixa como indenização pelos danos materiais ocasionados pelas violações declaradas na presente Sentença, as seguintes quantias:

INDENIZAÇÕES A TÍTULO DE DANO MATERIAL			
INTERNOS FALECIDOS			
VÍTIMAS	PERDA DE RENDA	DANO EMERGENTE	TOTAL
1) Antonio Damián Escobar Morinigo	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00

<sup>211</sup> Cf. declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Francisco Ramón Adorno e María Teresa de Jesús Pérez e testemunho da senhora Teofista Domínguez Riveros prestado perante esta Corte em 3 de maio de 2004.

2) Benito Augusto Adorno	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
3) Carlos Raúl de la Cruz	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
4) Diego Walter Valdez	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
5) Elvio Epifanio Acosta Ocampos	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
6) Héctor Ramón Vázquez	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
7) Juan Alcides Román Barrios	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
8) Marco Antonio Jiménez	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
9) Mario del Pilar Álvarez Pérez	US\$ 40.000,00	US\$ 1.000,00 Entregar essa quantia à senhora María Teresa de Jesús Pérez.	US\$ 41.000,00
10) Richard Daniel Martínez	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
11) Sergio Daniel Vega Figueredo	US\$ 40.000,00		US\$ 40.000,00
12) Sergio David Poletti Domínguez	US\$ 40.000,00	US\$ 1.000,00 Distribuir esta quantia, em partes iguais, entre Teofista Domínguez e Guillermo Augusto Poletti.	US\$ 41.000,00
TOTAL DE DANO MATERIAL EM RELAÇÃO AOS FALECIDOS			US\$ 482.000,00

INDENIZAÇÕES A TÍTULO DE DANO MATERIAL			
INTERNOS FERIDOS			
VÍTIMAS	PERDA DE RENDA	DANO EMERGENTE	TOTAL
1. Abel Achar Acuña	US\$ 13.000,00		US\$ 13.000,00

2. Alberto David Martínez	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
3. Alfredo Duarte Ramos	US\$ 13.000,00		US\$ 13.000,00
4. Antonio Delgado	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
5. Aristides Ramón Ortiz Bernal	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
6. Arsenio Joel Barrios Báez	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
7. Carlos Raúl Romero Giacomo	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
8. Carlos Román Feris Almirón	US\$ 11.000,00		US\$ 11.000,00
9. César Fidelino Ojeda Acevedo	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
10. Claudio Coronel Quiroga	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
11. Clemente Luis Escobar González	US\$ 11.000,00		US\$ 11.000,00
12. Demetrio Silguero	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
13. Eduardo Vera	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
14. Ever Ramón Molinas Zárate	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
15. Francisco Noé Andrada	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
16. Francisco Ramón Adorno	US\$ 15.000,00	US\$ 1.000,00 Entregar esta quantia à sua mãe.	US\$ 16.000,00
17. Heriberto Zarate	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
18. Hugo Antonio Vera Quintana	US\$ 13.000,00		US\$ 13.000,00
19. Hugo Olmedo	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
20. Ismael Méndez Aranda	US\$ 13.000,00		US\$ 13.000,00
21. Jorge Daniel Toledo	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
22. José Amado Jara Fernández	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00



23. José Milciades Cañete Chamorro	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
24. Juan Carlos Zarza Viveros	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
25. Juan Ramón Lugo	US\$ 11.000,00		US\$ 11.000,00
26. Julio César García	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
27. Miguel Ángel Martínez	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
28. Miguel Ángel Coronel Ramírez	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
29. Nelson Rodríguez	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
30. Osmar López Verón	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
31. Osvaldo Daniel Sosa	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
32. Osvaldo Mora Espinola	US\$ 13.000,00		US\$ 13.000,00
33. Pablo Ayala Azola	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
34. Pablo Emmanuel Rojas	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
35. Pedro Iván Peña	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
36. Oscar Rafael Aquino Acuña	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
37. Raúl Esteban Portillo	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
38. Rolando Benítez	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
39. Sergio Vincent Navarro Moraez	US\$ 15.000,00		US\$ 15.000,00
40. Sixto Gonzáles Franco	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
41. Cándido Ulises Zelaya Flores	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
42. Walter Javier Riveros Rojas	US\$ 9.000,00		US\$ 9.000,00
TOTAL DE DANO MATERIAL EM RELAÇÃO AOS FERIDOS			US\$ 471.000,00
TOTAL DE DANO MATERIAL			US\$ 953.000,00

### C) DANO IMATERIAL

295. A Corte passa a considerar os efeitos lesivos dos fatos do caso que não têm caráter econômico ou patrimonial. O dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações nas condições de existência da vítima ou sua família. Não sendo possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, este somente pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral às vítimas, de duas maneiras. Em primeiro lugar, através do pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços quantificáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos de equidade. E, em segundo lugar, através de outros meios cujo objetivo seja comprometer o Estado com os esforços voltados para que fatos similares não voltem a ocorrer.

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

296. A Comissão manifestou que, para a determinação dos danos morais no presente caso, a Corte deve ter em conta fatores como a gravidade das violações e o sofrimento emocional das vítimas e seus familiares. A Comissão considerou que não somente a perda de um ente querido causa danos morais, já que as condições desumanas de detenção, as condições indignas do tratamento e o sentimento permanente de vulnerabilidade por estarem em penitenciárias para adultos, pelos incêndios ou pela falta de meios adequados de defesa são condições que causam uma dor e um sofrimento extremo, não somente à vítima, mas também a seus familiares que compartilham de perto esta dor. Portanto, a Comissão solicitou à Corte que:

- a) ordenasse ao Estado pagar uma soma em equidade a título de dano moral aos familiares dos internos que perderam a vida. A esse respeito, a Comissão solicitou que fossem levados em consideração o sofrimento originado pela morte lenta causada por queimaduras produto de um incêndio e o sofrimento ocasionado às famílias ao saber que seus filhos, que estavam sob a proteção do Estado, morreram queimados; os internos que foram feridos em cada um dos incêndios; e cada um dos internos que estiveram no Instituto, pelos sofrimentos, angústias e indignidade a que foram submetidos;
- b) fixasse uma quantia em equidade para a criação de um fundo especial de reparações para as vítimas do Instituto, levando em consideração a violação global de direitos que a existência do mesmo produziu. A Comissão considerou que este fundo deve ter por finalidade o financiamento de programas educativos, de capacitação laboral, de atendimento psicológico e médico para todos os meninos e adolescentes que tenham sido privados ilegal e arbitrariamente de sua liberdade no Instituto; e

c) em relação às vítimas que estiveram internadas no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho 2001, que não foram mortos nem feridos nos incêndios e que não foram enviados a penitenciárias para adultos, o Estado deve indenizá-los pelas condições desumanas de vida a que foram submetidos durante sua internação. Devido à dificuldade de quantificar monetariamente esta reparação, a Comissão solicitou que a Corte fixasse uma quantia baseada no princípio de equidade para cada uma das vítimas.

### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

297. As representantes manifestaram que é evidente a dor que marcou as vítimas, bem como seus familiares. A esse respeito, afirmaram que:

- a) os meninos sofreram pelas condições desumanas de detenção, pelas condições indignas de tratamento e pela submissão permanente a situações de vulnerabilidade ao estarem em penitenciárias para adultos, bem como pelas sequelas dos sucessivos incêndios nos quais houve queimados e feridos. Portanto, solicitaram à Corte que fixasse, em equidade, uma cifra para compensar o "impacto psicológico severo", o "trauma prolongado e complexo" e as "consequências devastadoras" que sofreram todos os meninos devido às condições de detenção, às torturas e aos maus-tratos, o que lhes gerou sentimentos de amargura, ressentimento, humilhação, depressão, deficiência, impotência, desproteção e violência;
- b) o Estado não investigou nem puniu oportunamente os responsáveis pelas violações aos direitos humanos ocorridas; e
- c) devido às dificuldades para contatar os ex-internos e suas famílias, as representantes consideraram que a soma que a Corte fixe deveria levar em consideração o parentesco com as crianças que estiveram detidas no Instituto. Além disso, em relação à Teofista Domínguez, Felipa Valdez, Dionicio Vega e Rosalía Figueredo, solicitaram à Corte que fixasse uma indenização com base nos testemunhos prestados perante a mesma.

### ALEGAÇÕES DO ESTADO

298. O Estado manifestou que, ao não ter violado o direito à vida (Artigo 4 da Convenção), salvo o reconhecimento de responsabilidade que fez em relação ao menor Benito Augusto Adorno, nem o direito à liberdade pessoal (Artigo 7 da Convenção),

ou às garantias judiciais (Artigo 8 da Convenção), em conexão com o Artigo 1.1 da Convenção, não há responsabilidade internacional atribuível a este pela violação das normas estabelecidas na Convenção ou outro instrumento internacional; em consequência, não há dever de reparar.

## CONSIDERAÇÕES DA CORTE

299. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação.<sup>212</sup> Entretanto, pelas circunstâncias do caso *sub judice*, os sofrimentos que os fatos causaram às pessoas declaradas vítimas neste caso, a mudança nas condições de existência dos ex-internos feridos e dos familiares dos internos falecidos e feridos, bem como as demais consequências de ordem não material ou não pecuniária que sofreram, a Corte considera pertinente o pagamento de uma compensação, em conformidade com o princípio de equidade, a título de dano imaterial.<sup>213</sup>

300. Tal como a Corte afirmou, o dano imaterial infligido às vítimas é evidente, pois é próprio da natureza humana que toda pessoa submetida, *inter alia*, a tratamentos contrários à integridade pessoal e ao direito a uma vida digna experimente um profundo sofrimento, angústia moral, medo e insegurança, razão pela qual este dano não requer provas.<sup>214</sup>

301. Nesse sentido, os internos do Instituto sofriam condições desumanas de detenção, as quais incluíam, *inter alia*, superpopulação, violência, superlotação, má alimentação, falta de atendimento médico adequado e tortura. Além disso, se encontravam detidos em celas insalubres com escassas instalações higiênicas e tinham muito poucas oportunidades de realizar atividades recreativas. Neste contexto de condições desumanas de detenção no Instituto, nove internos<sup>215</sup> faleceram e 42<sup>216</sup> foram feridos por causa dos incêndios e um menino<sup>217</sup> foi morto por um disparo

<sup>212</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 215, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 247, nota 26 *supra*; e *Caso Maritza Urrutia*, par. 166, nota 57 *supra*.

<sup>213</sup> Nota 212 *supra*.

<sup>214</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 217, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 248, nota 26 *supra*; e *Caso Maritza Urrutia*, par. 168, nota 57 *supra*.

<sup>215</sup> Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo e Carlos Raúl de la Cruz.

<sup>216</sup> Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraes, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cándido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero y Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benitez.

<sup>217</sup> Benito Augusto Adorno.

de arma de fogo. Posteriormente, dois meninos<sup>218</sup> que haviam sido transferidos do Instituto à penitenciária para adultos de Emboscada faleceram nesta última devido a feridas de arma branca.

302. Este Tribunal considera que estes sofrimentos se incrementam ao levar em consideração que a grande maioria das vítimas eram meninos e o Estado tinha obrigações complementares às que tem em relação aos adultos.<sup>219</sup>

\*\*\*

303. Tendo em consideração as distintas facetas do dano aduzidas pela Comissão e pelas representantes e aplicando as presunções anteriores, a Corte fixa em equidade o valor das compensações a título de dano imaterial, nos termos que são indicados no quadro transcrito mais adiante (par. 309 *infra*), em conformidade com os seguintes parâmetros:

a) para fixar as indenizações pelos danos imateriais sofridos pelos internos falecidos<sup>220</sup> a Corte levou em consideração que estas vítimas estavam submetidas a condições carcerárias desumanas, que eram, em sua maioria, crianças e que morreram de maneira violenta estando sob a custódia do Estado. Estas situações lhes geraram, *inter alia*, medo, angústia, desespero e impotência, já que a situação em que se encontravam era contínua e muito provavelmente não tinham esperanças de que mudasse a curto prazo. Além disso, esta Corte levou em consideração as circunstâncias particularmente traumáticas de suas mortes e o fato de que a maioria dos falecidos não morreu imediatamente, mas agonizou em meio a dores terríveis. Em relação aos feridos,<sup>221</sup> a Corte considerou, além das condições carcerárias desumanas nas quais permaneceram enquanto se

<sup>218</sup> Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez.

<sup>219</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros)*, par. 91.b), nota 208 *supra*; e *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, pars. 54, 60, e 93, nota 150 *supra*.

<sup>220</sup> Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo, Carlos Raúl de la Cruz, Benito Augusto Adorno, Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez.

<sup>221</sup> Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraez, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Angel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cândido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benítez.

encontravam internos, a magnitude das lesões que sofreram como consequência dos incêndios e que significará, para aqueles com lesões maiores, uma alteração permanente nos diversos aspectos da vida normal que poderiam haver levado; e

b) na determinação das indenizações que correspondem aos familiares identificados dos falecidos e dos feridos, declarados vítimas por esta Corte, devem ser levados em consideração os sofrimentos que padeceram como consequência direta das feridas e/ou da morte destes internos. Nesse sentido, estes familiares padeceram de um profundo sofrimento e angústia em detrimento de sua integridade psíquica e moral. Além disso, os fatos a que se viram submetidos geraram grande dor, impotência, insegurança, tristeza e frustração, o que causou uma grave alteração em suas condições de existência e em seus relacionamentos familiares e sociais, representando um sério prejuízo em sua forma de vida.

304. Em relação aos danos imateriais dos nove internos mortos no, ou por causa do, primeiro incêndio, esta Corte considera pertinente fixar como indenização a esse título, em equidade, a quantia de US\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América); nos casos de Benito Augusto Adorno, Héctor Ramón Vázquez e de Richard Daniel Martínez, que não morreram como consequência dos incêndios, a quantia será de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América).

305. Em relação aos danos imateriais dos ex-internos feridos, esta Corte, com base, entre outros critérios, na porcentagem de queimadura sofrida pelos internos, considera pertinente fixar como indenização pelo correspondente conceito, em equidade, as seguintes quantias: US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 30% ou mais; US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 20% a 30%; US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 10% a 20%; US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja de 5% a 10%, e US\$ 22.000,00 (vinte e dois mil dólares dos Estados Unidos da América) àqueles cuja porcentagem de lesão seja inferior a 5%. Este Tribunal já estabeleceu as porcentagens das queimaduras de alguns dos meninos feridos (par. 291 *supra*), as quais constam no acervo probatório do presente caso.

306. Ao não contar com a informação sobre 19 ex-internos feridos,<sup>222</sup> este Tribunal presume que estes sofreram menos de 5% de queimadura e, portanto, designa para eles a quantia correspondente.

<sup>222</sup> Antonio Delgado, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Claudio Coronel Quiroga, Demetrio Silguero, Eduardo Vera, Francisco Noé Andrada, Heriberto Zarate, Hugo Olmedo, Jorge Daniel Toledo, José Milciades Cañete Chamorro, Nelson Rodríguez, Osmar López Verón, Osvaldo Daniel Sosa, Pablo Emmanuel Rojas, Oscar Rafael Aquino Acuña, Sixto Gonzáles Franco, Cándido Ulises Zelaya Flores e Walter Javier Riveros Rojas.

307. Em relação aos danos imateriais dos familiares identificados dos internos mortos, esta Corte considera pertinente fixar como indenização pelo correspondente conceito, em equidade, a quantidade de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos pais. Em relação aos familiares identificados dos feridos nos incêndios, esta Corte considera pertinente fixar como indenização pelo correspondente conceito, em equidade, a quantia de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um deles.

308. Em relação ao pagamento das indenizações, serão aplicadas as previsões dispostas nos parágrafos 274 a 282 desta Sentença.

309. Com base no anterior, as quantias que a Corte determinou são as seguintes:

<b>DANO IMATERIAL EX-INTERNOS FALECIDOS E SEUS FAMILIARES</b>	
<b>EX-INTERNOS FALECIDOS E SEUS FAMILIARES</b>	<b>QUANTIA</b>
1. Elvio Epifanio Acosta Ocampos (falecido)	US\$ 65.000,00
Feliciano Ocampos (mãe)	US\$ 25.000,00
Asunción Acosta (pai)	US\$ 25.000,00
2. Marco Antonio Jiménez (falecido)	US\$ 65.000,00
Ignacia Giménez (mãe)	US\$ 25.000,00
Teódulo Barboza (pai)	US\$ 25.000,00
3. Diego Walter Valdez (falecido)	US\$ 65.000,00
Felipa Valdez (mãe)	US\$ 25.000,00
Luis Ávila (pai)	US\$ 25.000,00
4. Sergio Daniel Vega Figueredo (falecido)	US\$ 65.000,00
Rosalía Figueredo (mãe)	US\$ 25.000,00
Dionicio Vega (pai)	US\$ 25.000,00
5. Sergio David Poletti Domínguez (falecido)	US\$ 65.000,00
Teofista Domínguez (mãe)	US\$ 25.000,00
Guillermo Augusto Poletti (pai)	US\$ 25.000,00
6. Mario del Pilar Álvarez Pérez (falecido)	US\$ 65.000,00
María Teresa de Jesús Pérez (mãe)	US\$ 25.000,00
7. Juan Alcides Román Barrios (falecido)	US\$ 65.000,00
María Estela Barrios (mãe)	US\$ 25.000,00
8. Antonio Damián Escobar Morinigo (falecido)	US\$ 65.000,00
9. Carlos Raúl de la Cruz (falecido)	US\$ 65.000,00

Fidelina de la Cruz (mãe)	US\$ 25.000,00
10. Benito Augusto Adorno (falecido)	US\$ 50.000,00
Rosalinda Giménez Duarte (mãe)	US\$ 25.000,00
Benito Isidoro Adorno (pai)	US\$ 25.000,00
11. Richard Daniel Martínez (falecido)	US\$ 50.000,00
12. Héctor Ramón Vázquez (falecido)	US\$ 50.000,00
<b>TOTAL</b>	<b>US\$ 1.110.000,00</b>

<b>DANO IMATERIAL EX-INTERNOS FERIDOS E SEUS FAMILIARES</b>	
<b>EX-INTERNOS FERIDOS E SEUS FAMILIARES</b>	<b>DANO IMATERIAL</b>
1. Abel Achar Acuña (ferido)	US\$ 40.000,00
Apolinaria Acuña (mãe)	US\$ 15.000,00
Roque Achar (pai)	US\$ 15.000,00
2. José Milciades Cañete Chamorro (ferido)	US\$ 22.000,00
María Estella Chamorro (mãe)	US\$ 15.000,00
Andrés Cañete B. (pai)	US\$ 15.000,00
3. Ever Ramón Molinas Zárata (ferido)	US\$ 45.000,00
4. Arsenio Joel Barrios Báez (ferido)	US\$ 45.000,00
María Rosa Virginia Baes (mãe)	US\$ 15.000,00
5. Alfredo Duarte Ramos (ferido)	US\$ 40.000,00
Concepción Ramos (viúva de Duarte) (mãe)	US\$ 15.000,00
6. Sergio Vincent Navarro Moraes (ferido)	US\$ 50.000,00
Viviana Moraes (mãe)	US\$ 15.000,00
Leoncio Navarro (pai)	US\$ 15.000,00
7. Raúl Esteban Portillo (ferido)	US\$ 50.000,00
Silvia Portillo Martínez (mãe)	US\$ 15.000,00
8. Ismael Méndez Aranda (ferido)	US\$ 40.000,00
Eristrudis o Edith Aranda (mãe)	US\$ 15.000,00
Tranquilino Méndez (pai)	US\$ 15.000,00
9. Pedro Iván Peña (ferido)	US\$ 45.000,00
Dirma Monserrat Peña (irmã)	US\$ 15.000,00
10. Osvaldo Daniel Sosa (ferido)	US\$ 22.000,00
11. Walter Javier Riveros Rojas (ferido)	US\$ 22.000,00
12. Osmar López Verón (ferido)	US\$ 22.000,00



13. Miguel Ángel Coronel Ramírez (ferido)	US\$ 50.000,00
14. César Fidelino Ojeda Acevedo (ferido)	US\$ 50.000,00
15. Heriberto Zarate (ferido)	US\$ 22.000,00
16. Francisco Noé Andrada (ferido)	US\$ 22.000,00
17. Jorge Daniel Toledo (ferido)	US\$ 22.000,00
Emiliana Toledo (mãe)	US\$ 15.000,00
18. Pablo Emmanuel Rojas (ferido)	US\$ 22.000,00
19. Sixto Gonzáles Franco (ferido)	US\$ 22.000,00
Flora Franco (mãe)	US\$ 15.000,00
Jerónimo Gonzáles (pai)	US\$ 15.000,00
20. Francisco Ramón Adorno (ferido)	US\$ 45.000,00
21. Antonio Delgado (ferido)	US\$ 22.000,00
Cristina Delgado (mãe)	US\$ 15.000,00
Antonio Vera (pai)	US\$ 15.000,00
22. Claudio Coronel Quiroga (ferido)	US\$ 22.000,00
23. Clemente Luis Escobar González (ferido)	US\$ 30.000,00
24. Julio César García (ferido)	US\$ 22.000,00
25. José Amado Jara Fernández (ferido)	US\$ 22.000,00
26. Alberto David Martínez (ferido)	US\$ 50.000,00
27. Miguel Ángel Martínez (ferido)	US\$ 50.000,00
28. Osvaldo Mora Espinola (ferido)	US\$ 40.000,00
29. Hugo Antonio Vera Quintana (ferido)	US\$ 40.000,00
30. Juan Carlos Zarza Viveros (ferido)	US\$ 50.000,00
31. Eduardo Vera (ferido)	US\$ 22.000,00
Felipa Vera (mãe)	US\$ 15.000,00
32. Cándido Ulises Zelaya Flores (ferido)	US\$ 22.000,00
33. Hugo Olmedo (ferido)	US\$ 22.000,00
34. Oscar Rafael Aquino Acuña (ferido)	US\$ 22.000,00
35. Nelson Rodríguez (ferido)	US\$ 22.000,00
36. Demetrio Silguero (ferido)	US\$ 22.000,00
37. Aristides Ramón Ortiz Bernal (ferido)	US\$ 22.000,00
38. Carlos Raúl Romero Giacomo (ferido)	US\$ 22.000,00
39. Carlos Román Feris Almirón (ferido)	US\$ 30.000,00
40. Pablo Ayala Azola (ferido)	US\$ 22.000,00
41. Juan Ramón Lugo (ferido)	US\$ 30.000,00

42. Rolando Benítez (ferido)	US\$ 22.000,00
<b>TOTAL</b>	<b>US\$ 1.596.000,00</b>
<b>TOTAL DO DANO IMATERIAL</b>	<b>US\$ 2.706.000,00</b>

#### D) OUTRAS FORMAS DE REPARAÇÃO

310. Nesta seção, o Tribunal determinará as medidas de satisfação que buscam reparar o dano imaterial.<sup>223</sup> Estas medidas buscam, *inter alia*, o reconhecimento da dignidade das vítimas, a consolação dos direitos humanos em questão, bem como evitar que se repitam violações como as do presente caso.<sup>224</sup>

#### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

311. A Comissão considerou que, dadas as características especiais deste caso, as medidas de reparação não pecuniárias adquirem uma relevância essencial. Por isso, solicitou à Corte que ordenasse ao Estado uma reparação integral, a qual implicaria não somente em uma reparação adequada para as vítimas que foram privadas de sua liberdade no Instituto, mas que constituiria uma garantia suficiente de não repetição destas violações no futuro. Para que a reparação integral fosse realizada, a Comissão solicitou que a Corte ordenasse ao Estado:

- a) garantir o respeito dos direitos dos meninos e adolescentes privados de sua liberdade;
- b) a adequação legislativa em matéria de privação de liberdade de crianças e adolescentes e seu cabal cumprimento por todas as autoridades do Estado, em conformidade com as normas internacionais que regem a matéria. Em particular, afirmou que o Estado deve estabelecer que a privação da liberdade deve ser uma medida excepcional e de utilização somente como *ultima ratio*;
- c) que implemente programas que claramente diferenciem entre inocentes e condenados, e que levem em consideração sua condição de menores ao privá-los de sua liberdade;
- d) a construção de centros como os de Itauguá e La Salle, que estejam em condições de albergar internos sem superpopulação;
- e) a separação imediata e urgente dos meninos e adolescentes que se encontrem em penitenciárias de adultos;
- f) a criação de um sistema de assistência jurídica especializada e adequada para acompanhar os processos judiciais que enfrentam

<sup>223</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 223, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 253, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 77, nota 26 *supra*.

<sup>224</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 223, nota 26 *supra*; *Caso Myrna Mack Chang*, par. 268, nota 40 *supra*; e *Caso Bulacio*, par. 105, nota 56 *supra*.

os meninos e adolescentes, com faculdades e recursos suficientes para exercer a defesa jurídica;

g) a revisão de todos os processos contra as vítimas que estiveram detidas no Instituto, em conformidade com o que estabelece o Artigo 249, incisos *b* e *c* do Código da Infância e Adolescência, que recentemente entrou em vigência. O Estado deverá informar no prazo de seis meses sobre os resultados de tal revisão; e

h) a investigação, ajuizamento de ações e a punição dos funcionários que por ação ou omissão permitiram ou facilitaram a ocorrência dos três incêndios, bem como dos funcionários que elaboraram, implementaram e executaram a política institucional que permitiu que os meninos e adolescentes fossem detidos em condições desumanas no Instituto.

### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

312. As representantes manifestaram que, dadas as circunstâncias e a gravidade do presente caso, as medidas de satisfação e as garantias de não repetição adquiriam especial relevância. A esse respeito, as representantes solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado o seguinte:

a) a adequação de todo o sistema de privação da liberdade de crianças e adolescentes às exigências convencionais. Afirmaram que o novo código específico, embora represente um avanço significativo, ainda não satisfaz plenamente o requerido pelas disposições internacionais. Para isso, as representantes solicitaram que o Estado forme um espaço, com participação de organizações da sociedade civil e especialistas no tema, para estudar tanto a legislação como as práticas atuais, e para propor as reformas necessárias para esta adequação definitiva;

b) a construção de centros de detenção, para menores em conflito com a lei, adequados às diretrizes internacionalmente reconhecidas;

c) a implementação de programas adequados nos centros de detenção de menores;

d) a separação de processados e condenados;

e) a capacitação e a formação dos funcionários judiciais e penitenciários, da polícia e de todos aqueles relacionados com a privação de liberdade de menores de idade, sobre os padrões internacionais e princípios nessa matéria;

f) a revisão de todos os processos contra as vítimas, em conformidade com o que estabelece o Artigo 249, incisos *b* e *c* do Código da Infância e Adolescência, que recentemente entrou em vigor;

- g) a determinação de quais vítimas continuam privadas de sua liberdade, onde e em que condições;
- h) a liberação imediata dos menores que estiveram no Instituto e que continuam detidos em centros de detenção com prisão preventiva;
- i) a transferência imediata dos menores de idade detidos em penitenciárias com adultos a penitenciárias adequadas e, se elas não estiverem disponíveis, a liberdade imediata destes menores;
- j) a comutação ou redução das penas que agora estão cumprindo os que estiveram no Instituto e hoje se encontram condenados e detidos em outros estabelecimentos, que tenha em consideração o tempo que permaneceram detidos no Instituto entre agosto de 1996 e julho de 2001, para reduzir a condenação atual;
- k) a assistência médica e psicológica integral, a qual seria oferecida por uma equipe interdisciplinar de profissionais com experiência em atendimento de adolescentes com este tipo de danos e carências;
- l) as cirurgias ou tratamentos necessários em relação aos feridos nos incêndios, em conformidade com o parecer da equipe interdisciplinar. Em especial, solicitaram a cirurgia imediata de Raúl Esteban Portillo e Pedro Iván Peña;
- m) a implementação de um programa de educação especial e exclusivo para os adolescentes que estiveram no Instituto, em atendimento aos danos causados pela ausência de uma política de reeducação e com o fim de reverter esta situação;
- n) o reconhecimento público de responsabilidade estatal por parte do Presidente da República do Paraguai, que consista em uma desculpa, ou retratação pública, a todos os meninos que estiveram no Instituto e a suas famílias;
- o) a publicação da sentença da Corte, em dois jornais de ampla circulação no Paraguai;
- p) a elaboração e difusão de um vídeo que manifeste que quem chegava ao Instituto eram menores injusta e arbitrariamente detidos; que a pobreza os conduzia à penitenciária, bem como que os maltratavam e os torturavam “de forma selvagem e brutal”; e
- q) a investigação, julgamento e punição dos fatos de maneira integral, completa e imparcial, para individualizar os responsáveis pelas violações denunciadas neste caso e puni-los adequadamente.

313. A esse respeito, o Estado manifestou que:

- a) em relação à pretensão das representantes de que o Presidente da República faça um reconhecimento público, o Estado realizou importantes reconhecimentos de responsabilidade no caso em questão, os quais se tornarão públicos na sentença da Corte;
- b) o fato de que o caso tenha chegado à Corte Interamericana e que o Estado tenha reconhecido suas falências em matéria de atenção integral a menores em conflito com a lei e privados de liberdade dará plena e suficiente resposta ao solicitado pelas representantes em relação ao reconhecimento público; e
- c) aceitou o pedido de capacitação de guardas, com o único esclarecimento de que na atualidade não existem guardas penitenciários, mas educadores, que foram capacitados pelo Projeto AMAR, da Comunidade Europeia. Além disso, manifestou que a capacitação é um componente prioritário do modelo socioeducativo que está sendo aplicado no CEI Itauguá e outros centros, ainda com as limitações orçamentárias e de recursos humanos, e que no processo de capacitação estiveram envolvidas organizações da sociedade civil como RONDAS e RAICES.

#### ALEGAÇÕES DA CORTE

314. Nesta seção, o Tribunal determinará as medidas de satisfação que buscam reparar o dano imaterial e garantir que fatos similares a este caso não voltem a se repetir.

##### *a) Publicação das partes pertinentes da Sentença da Corte*

315. Como ordenou em outras oportunidades,<sup>225</sup> a Corte considera que, como medida de satisfação, o Estado deve publicar dentro do prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, ao menos por uma vez, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, tanto a Seção denominada Fatos Provados desta Sentença, sem as notas de rodapé e a parte resolutiva da mesma.

*b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de declaração de uma política de Estado em matéria de crianças em conflito com a lei consistente com os compromissos internacionais do Paraguai*

316. A Corte considera necessário que, no prazo de seis meses, as instituições pertinentes do Estado, em consulta com a sociedade civil, elaborem e definam uma política de Estado de curto, médio e longo prazo em matéria de crianças em conflito

<sup>225</sup> Cf. Caso Irmãos Gómez Paquiyauri, par. 235, nota 26 *supra*; Caso 19 Comerciantes, par. 233, nota 26 *supra*; e Caso Molina Theissen, par. 86, nota 26 *supra*.

com a lei, que seja plenamente consistente com os compromissos internacionais do Paraguai. Esta política de Estado deve ser apresentada por altas autoridades do Estado em um ato público no qual, ademais, seja reconhecida a responsabilidade internacional do Paraguai pelas carências das condições de detenção imperantes no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001.

317. Esta política de Estado deve contemplar, entre outros aspectos, estratégias, ações apropriadas e a designação dos recursos indispensáveis para que as crianças privadas de liberdade permaneçam separadas dos adultos; para que as crianças processadas permaneçam separadas dos condenados; bem como para a criação de programas de educação, médicos e psicológicos integrais para todas as crianças privadas de liberdade.

### c) Tratamento médico e psicológico

318. Alguns dos ex-internos feridos nos incêndios, bem como alguns dos familiares dos internos falecidos e feridos que prestaram testemunho perante o Tribunal ou prestaram sua declaração perante agente dotado de fé pública (*affidavit*), expressaram sofrer sequelas físicas e/ou problemas psicológicos como consequência dos fatos deste caso. A Corte considera que é preciso que se determine uma medida que tenha o propósito de reduzir os padecimentos psicológicos de todos os ex-internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, que figuram na lista apresentada pela Comissão em 19 de novembro de 2002 (pars. 36 e 176 *supra*), os padecimentos físicos e/ou psicológicos dos ex-internos feridos nos incêndios,<sup>226</sup> bem como os padecimentos psicológicos dos familiares dos falecidos e dos feridos, derivados das violações, se isso for necessário e se eles assim o desejarem.<sup>227</sup>

319. Com o fim de contribuir com a reparação destes danos, o Tribunal estabelece a obrigação a cargo do Estado de oferecer gratuitamente, através de suas instituições de saúde especializadas, o tratamento psicológico requerido pelas pessoas mencionadas no parágrafo anterior, bem como o tratamento médico que os ex-internos feridos nos incêndios requeiram, incluindo, *inter alia*, os medicamentos e as operações cirúrgicas que possam ser necessárias. Ao prover o tratamento psicológico, devem ser consideradas as circunstâncias particulares de cada pessoa, as necessidades de cada um deles, de maneira que sejam oferecidos tratamentos

<sup>226</sup> Abel Achar Acuña, José Milciades Cañete Chamorro, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez, Alfredo Duarte Ramos, Sergio Vincent Navarro Moraéz, Raúl Esteban Portillo, Ismael Méndez Aranda, Pedro Iván Peña, Osvaldo Daniel Sosa, Walter Javier Riveros Rojas, Osmar López Verón, Miguel Ángel Coronel Ramírez, César Fidelino Ojeda Acevedo, Heriberto Zarate, Francisco Noé Andrada, Jorge Daniel Toledo, Pablo Emmanuel Rojas, Sixto Gonzáles Franco, Francisco Ramón Adorno, Antonio Delgado, Claudio Coronel Quiroga, Clemente Luis Escobar González, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Alberto David Martínez, Miguel Angel Martínez, Osvaldo Mora Espinola, Hugo Antonio Vera Quintana, Juan Carlos Zarza Viveros, Eduardo Vera, Cándido Ulises Zelaya Flores, Hugo Olmedo, Oscar Rafael Aquino Acuña, Nelson Rodríguez, Demetrio Silguero, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Carlos Román Feris Almirón, Pablo Ayala Azola, Juan Ramón Lugo e Rolando Benítez.

<sup>227</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 207, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 277, nota 26 *supra*; e *Caso Myrna Mack Chang*, par. 253.2), nota 40 *supra*.

coletivos, familiares e individuais, segundo o que concorde com cada um deles e depois de uma avaliação individual. Para estes efeitos, o Estado deverá criar um comitê para avaliar a condição física e psíquica, bem como as medidas que a respeito de cada uma haveria de tomar.

320. Neste comitê, a Fundação Tekojojá deverá ter uma participação ativa e, no caso de que esta não consinta ou não se encontre em condições de assumir a tarefa, o Estado deverá identificar outra organização não governamental que possa substituí-la. O Estado deverá informar a esta Corte sobre a constituição deste comitê, no prazo de seis meses. Em relação ao tratamento médico e psicológico, este deve ser iniciado imediatamente depois da constituição do comitê.

d) *Programa de educação e assistência vocacional para todos os ex-internos do Instituto*

321. Este Tribunal dispõe, como medida de satisfação, que o Estado ofereça assistência vocacional, bem como um programa de educação especial destinado aos ex-internos do Instituto que estiveram nesta instituição entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, dentro de um prazo de seis meses.

e) *Concessão de um lugar para os restos de Mario del Pilar Álvarez Pérez*

322. A Corte observa que a senhora María Teresa de Jesús Pérez, mãe do interno falecido Mario del Pilar Álvarez Pérez, em sua declaração perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pediu uma "sepultura para o cadáver de seu filho", pois este será expulso do cemitério porque não tem dinheiro para pagar. Portanto, esta Corte dispõe que o Estado ofereça a esta senhora um espaço para depositar o cadáver de seu filho em um cemitério próximo à sua residência, no prazo de 15 dias.

323. Em relação às demais pretensões sobre reparações, a Corte considera que a presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.<sup>228</sup>

324. A Corte observou com preocupação que a senhora Dirma Monserrat Peña, irmã do ex-interno Pedro Iván Peña, ao prestar declaração perante agente dotado de fé pública (*affidavit*), bem como os ex-internos Pedro Iván Peña e Raúl Esteban Portillo, ao responderem a um questionário (pars. 48, 72 e 84 *supra*), manifestaram seu temor de que sejam feitas represálias contra si e/ou contra sua família. A esse respeito, a Corte considera indispensável que o Estado se ocupe particularmente de garantir a vida, integridade e segurança destas pessoas e suas famílias, e lhes proveja a proteção necessária frente a quaisquer pessoas, levando em consideração as circunstâncias do presente caso.

<sup>228</sup> Cf. Caso Irmãos Gómez Paquiyaury, par. 215, nota 26 *supra*; Caso 19 Comerciantes, par. 247, nota 26 *supra*; e Caso Maritza Urrutia, par. 166, nota 57 *supra*.

## XIV CUSTAS E GASTOS

### ALEGAÇÕES DA COMISSÃO

325. A Comissão solicitou à Corte que, escutando os petionários, ordenasse ao Estado o pagamento das custas originadas no âmbito nacional, na tramitação dos processos judiciais iniciados pelas vítimas ou seus representantes no foro interno, bem como as originadas no âmbito internacional, na tramitação do caso perante a Comissão e as que se originem como consequência da tramitação do caso perante a Corte que sejam devidamente provadas pelos petionários.

### ALEGAÇÕES DAS REPRESENTANTES

326. As representantes solicitaram o ressarcimento de um total de US\$ 40.237,42 (quarenta mil, duzentos e trinta e sete mil dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e dois centavos) pelos gastos e custas efetuados em sua busca por justiça no âmbito nacional e internacional no presente caso. Em particular, solicitaram as seguintes quantias:

- a) US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e custas incorridos pela Fundação Tekojojá na tramitação do caso perante o Sistema Interamericano e pela tramitação do *habeas corpus* genérico iniciado em 1993 e finalizado em 1998; e
- b) US\$ 30.237,42 (trinta mil, duzentos e trinta e sete dólares dos Estados Unidos da América e quarenta e dois centavos) como reembolso dos gastos em que incorreu o CEJIL para litigar o caso perante o Sistema Interamericano.

### ALEGAÇÕES DO ESTADO

327. O Estado solicitou que a Corte determine que cada parte assumira os gastos do juízo. Em relação às pretensões apresentadas pelas representantes, o Estado manifestou que:

- a) a pretensão da Fundação Tekojojá de receber um ressarcimento do Estado pelo trabalho realizado na esfera interna, a título de custas e gastos, especificamente por haver promovido o *habeas corpus* genérico, não deve ser considerada, já que deve ser apresentada na jurisdição interna;



- b) a pretensão da Fundação Tekojjá de ressarcimento pelos gastos em que supostamente incorreu em sede internacional não está suficientemente justificado;
- c) não se detalham nem justificam com documentos idôneos os gastos em que incorreu em sede internacional a citada Fundação e, em consequência, pode-se presumir que as mesmas não existiram;
- d) não há registro da participação da Fundação nas audiências realizadas perante a Comissão e, portanto, não corresponde ao Estado pagar as custas e gastos relacionados a essa tramitação; e
- e) resulta "estranho" que o CEJIL pretenda cobrar por supostos gastos em que incorreram seus representantes para participar nas audiências realizadas na Comissão que também tem sua sede na mesma cidade. Além disso, o Estado acrescentou que não lhe constava que os diretores do CEJIL houvessem se deslocado a Assunção para participar em audiências na tramitação da solução amistosa ou para outros fins. Em consequência, o Estado solicitou à Corte que fosse rechaçado o pedido sobre custas e gastos neste caso.

### CONSIDERAÇÕES DA CORTE

328. Como já foi afirmado pela Corte em oportunidades anteriores,<sup>229</sup> as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana, já que a atividade realizada pelos familiares das vítimas com o fim de obter justiça, tanto no âmbito nacional como internacional, implica em gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada por meio de uma sentença condenatória. Em relação a seu reembolso, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, que compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional da proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em consideração os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.

329. Em relação ao reconhecimento das custas e gastos, a assistência jurídica às vítimas não se inicia apenas na etapa de reparações, mas começa perante os órgãos judiciais nacionais e continua nas sucessivas instâncias do Sistema Interamericano de tutela dos direitos humanos, ou seja, nos procedimentos perante a Comissão e perante a Corte. Portanto, no conceito de custas, para os fins que agora se examinam,

<sup>229</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 242, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 283, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 95, nota 26 *supra*.

ficam compreendidas tanto aquelas correspondentes à etapa de acesso à justiça no âmbito nacional, como as que se referem à justiça no âmbito internacional perante duas instâncias: a Comissão e a Corte.<sup>230</sup>

330. Neste caso, a Corte considera equitativo ordenar, em equidade, as seguintes quantias a título de custas e gastos: a quantia de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, a qual deverá ser entregue à Fundação Tekojajá, por sua participação na interposição do recurso de *habeas corpus* genérico e da denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e a quantia de US\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, a qual deverá ser entregue ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) por litigar o caso perante a Comissão Interamericana e perante a Corte Interamericana. A Corte decidiu pela entrega direta destas quantias às organizações mencionadas em função da ausência de um representante comum das partes e pela pluralidade e dispersão das vítimas.

## XV MODALIDADE DE CUMPRIMENTO

331. Para dar cumprimento à presente Sentença, o Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações (pars. 294 e 309 *supra*) e o reembolso de custas e gastos (par. 330 *supra*) dentro do prazo de um ano contado a partir de sua notificação. Em relação à publicação da Sentença (par. 315 *supra*), ao ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional (par. 316 *supra*), à constituição do comitê (par. 320 *supra*), bem como ao programa de educação especial e assistência vocacional (par. 321 *supra*), o Estado deverá dar cumprimento a estas medidas dentro de um prazo de seis meses. Em relação ao tratamento médico e psicológico (pars. 318 e 319 *supra*), este deve ser iniciado imediatamente depois da constituição do comitê. Com relação à concessão de um lugar para os restos de Mario del Pilar Álvarez Pérez (par. 322 *supra*), o Estado deverá dar cumprimento a esta medida dentro do prazo de 15 dias.

332. O pagamento das indenizações estabelecidas a favor das vítimas será realizado de acordo com o disposto nos parágrafos 271 a 282 da presente Sentença.

333. Os pagamentos correspondentes ao reembolso de custas e gastos gerados pelas gestões realizadas pelos representantes, na esfera interna e no processo internacional perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, serão efetuados a favor destes representantes (par. 330 *supra*).

334. O Estado pode cumprir suas obrigações de caráter pecuniário através do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda nacional do Estado, utilizando para o respectivo cálculo a taxa de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na praça de Nova York, Estados Unidos da

<sup>230</sup> Cf. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, par. 243, nota 26 *supra*; *Caso 19 Comerciantes*, par. 284, nota 26 *supra*; e *Caso Molina Theissen*, par. 96, nota 26 *supra*.

América, no dia anterior ao pagamento. No caso da constituição de depósito bancário, este deverá ser realizado em dólares dos Estados Unidos da América, nos termos dos parágrafos 335 e 336 desta Sentença.

335. Se, por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações, não for possível que as recebam dentro do prazo de um ano indicado, contado a partir da notificação da presente Sentença, o Estado consignará estas quantias a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária paraguaia idônea, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se, depois de 10 anos, a indenização não for reclamada, a quantia será devolvida ao Estado com os juros acumulados.

336. No caso da indenização ordenada a favor dos beneficiários menores de idade, o Estado deverá aplicar sua quantia em um depósito bancário em seu nome, em uma instituição paraguaia idônea, em dólares estadunidenses. O investimento será feito dentro do prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária enquanto sejam menores de idade. Poderá ser retirado pelos beneficiários quando alcancem a maioridade ou quando, de acordo com o interesse superior da criança e por determinação de uma autoridade judicial competente, assim se disponha. Se, transcorridos dez anos contados a partir da aquisição da maioridade, esta indenização não for reclamada, a soma será devolvida ao Estado com os juros acumulados.

337. As quantias designadas na presente Sentença a título de indenização do dano material, imaterial e custas e gastos não poderão ser afetadas, reduzidas ou condicionadas por motivos fiscais atuais ou futuros. Em consequência, deverão ser entregues aos beneficiários de forma íntegra em conformidade com o estabelecido na Sentença.

338. Caso o Estado incorra em demora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no Paraguai.

339. Em conformidade com sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade inerente a suas atribuições de supervisionar o cumprimento integral da presente Sentença. O caso será dado por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na presente decisão. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Paraguai deverá apresentar à Corte um primeiro relatório sobre as medidas tomadas para dar cumprimento a esta Sentença.

## XVI PONTOS RESOLUTIVOS

340. Portanto,

**A CORTE,**

**DECIDE,**

Por unanimidade,

1. rejeitar as exceções preliminares referentes ao erro jurídico na apresentação da demanda e à falta de reivindicação prévia do artigo 26 da Convenção Americana, interpostas pelo Estado.

2. retirar, em razão da desistência do Estado, a exceção preliminar referente à litispendência, interposta pelo Estado.

3. continuar o conhecimento do presente caso.

### **DECLARA,**

Por unanimidade, que:

4. o Estado violou os direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 5.6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma e também em relação ao artigo 19 desta, quando as vítimas eram crianças, em detrimento de todos os internos no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, nos termos dos parágrafos 176 e 190 da presente Sentença.

5. o Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma e também em relação ao artigo 19 desta, quando as vítimas eram crianças, em detrimento dos 12 internos falecidos, nos termos dos parágrafos 179, 184, 186 e 190 da presente Sentença.

6. o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado nos artigos 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento das crianças feridas por causa dos incêndios; e o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 desta, em detrimento dos familiares identificados dos internos falecidos e feridos, todo o anterior nos termos dos parágrafos 188, 190 e 193 da presente Sentença.

7. o Estado descumpriu o dever de adotar disposições de direito interno e violou o direito às garantias judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 2 e 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, em detrimento de todas as crianças detidas no Instituto, entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, nos termos do parágrafo 213 da presente Sentença.

8. o Estado violou o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos 239 internos indicados na decisão do *habeas corpus* genérico, nos termos do parágrafo 251 da presente Sentença.

### **E DISPÕE,**

Por unanimidade, que:

9. esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação, nos termos dos parágrafos 299 e 323 da presente Sentença.

10. o Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, ao menos por uma vez, o capítulo relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as notas de rodapé, e a parte resolutiva da mesma, nos termos do parágrafo 315 da presente Sentença.

11. o Estado deve realizar, em consulta com a sociedade civil, no prazo de seis meses, um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de declaração que contenha a elaboração de uma política de Estado de curto, médio e longo prazo em matéria de crianças em conflito com a lei que seja plenamente consistente com os compromissos internacionais do Paraguai. Esta política de Estado deve:

a) ser apresentada por altas autoridades do Estado em um ato público no qual também seja reconhecida a responsabilidade internacional do Paraguai pelas carências das condições de detenção imperantes no Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001; e

b) contemplar, entre outros aspectos, estratégias, ações apropriadas e a designação dos recursos indispensáveis para que as crianças privadas de liberdade permaneçam separadas dos adultos; para que as crianças processadas permaneçam separadas dos condenados; bem como para a criação de programas de educação, médicos e psicológicos integrais para todas as crianças privadas de liberdade.

12. o Estado deve oferecer tratamento psicológico a todos os ex-internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001; tratamento médico e/ou psicológico aos ex-internos feridos nos incêndios, e tratamento psicológico aos familiares dos internos falecidos e feridos, nos termos dos parágrafos 318 a 320 da presente Sentença.

13. o Estado deve oferecer assistência vocacional, bem como um programa de educação especial, destinado aos ex-internos do Instituto entre 14 de agosto de 1996 e 25 de julho de 2001, nos termos do parágrafo 321 da presente Sentença.

14. o Estado deve oferecer à senhora María Teresa de Jesús Pérez, no prazo de 15 dias contado a partir da notificação desta Sentença, um espaço para depositar o cadáver de seu filho, Mario del Pilar Álvarez Pérez, em um cemitério próximo à sua residência, nos termos do parágrafo 322 da presente Sentença.

15. o Estado deve se ocupar particularmente de garantir a vida, integridade e segurança das pessoas que prestaram declaração e de suas famílias, e deve lhes prover a proteção necessária frente a quaisquer pessoas, levando em consideração as circunstâncias deste caso, nos termos do parágrafo 324 da presente Sentença.

16. o Estado deve pagar a quantia total de US\$ 953.000,00 (novecentos e cinquenta e três mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em

moeda nacional do Estado, a título de dano material, nos termos dos parágrafos 288 a 294 da presente Sentença, distribuída da seguinte maneira:

a) aos internos falecidos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo, Carlos Raúl de la Cruz, Benito Augusto Adorno, Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez, a quantia de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 288, 289 e 294 da presente Sentença;

b) a Juan Carlos Zarza Viveros, Miguel Ángel Coronel Ramírez, Sergio Vincent Navarro Moraes, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Raúl Esteban Portillo, César Fidelino Ojeda Acevedo, Pedro Iván Peña, Ever Ramón Molinas Zárate, Arsenio Joel Barrios Báez e Francisco Ramón Adorno, a quantia de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 290, 291 e 294 da presente Sentença;

c) a Alfredo Duarte Ramos, Abel Achar Acuña, Osvaldo Mora Espinola, Ismael Méndez Aranda e Hugo Antonio Vera Quintana, a quantia de US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 290, 291 e 294 da presente Sentença;

d) a Clemente Luis Escobar González, Juan Ramón Lugo e Carlos Román Feris Almirón, a quantia de US\$ 11.000,00 (onze mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 290, 291 e 294 da presente Sentença;

e) a Pablo Ayala Azola, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Rolando Benítez, Antonio Delgado, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Claudio Coronel Quiroga, Demetrio Silguero, Eduardo Vera, Francisco Noé Andrada, Heriberto Zárate, Hugo Olmedo, Jorge Daniel Toledo, José Milciades Cañete Chamorro, Nelson Rodríguez, Osmar López Verón, Osvaldo Daniel Sosa, Pablo Emmanuel Rojas, Oscar Rafael Aquino Acuña, Sixto Gonzáles Franco, Cándido Ulises Zelaya Flores e Walter Javier Riveros Rojas, a quantia de US\$ 9.000,00 (nove mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 290, 291, 292 e 294 da presente Sentença; e

f) aos familiares dos ex-internos Francisco Ramón Adorno, Sergio David Poletti Domínguez e Mario del Pilar Álvarez Pérez, US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 293 e 294 da presente Sentença.

17. o Estado deve pagar a quantia de US\$ 2.706.000,00 (dois milhões, setecentos e seis mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, a título de indenização por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 304 a 309 da presente Sentença, distribuída da seguinte maneira:

a) aos internos falecidos Elvio Epifanio Acosta Ocampos, Marco Antonio Jiménez, Diego Walter Valdez, Sergio Daniel Vega Figueredo, Sergio David Poletti Domínguez, Mario del Pilar Álvarez Pérez, Juan Alcides Román Barrios, Antonio Damián Escobar Morinigo e Carlos Raúl de la Cruz, a quantia de US\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 304 e 309 da presente Sentença;

b) aos internos falecidos Benito Augusto Adorno, Richard Daniel Martínez e Héctor Ramón Vázquez, a quantia de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 304 e 309 da presente Sentença;

c) a Juan Carlos Zarza Viveros, Miguel Ángel Coronel Ramírez, Sergio Vincent Navarro Moraez, Alberto David Martínez, Miguel Ángel Martínez, Raúl Esteban Portillo e César Fidelino Ojeda Acevedo, a quantia de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 305 e 309 da presente Sentença;

d) a Pedro Iván Peña, Ever Ramón Molinas Zárte, Arsenio Joel Barrios Báez e Francisco Ramón Adorno, a quantia de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 305 e 309 da presente Sentença;

e) a Alfredo Duarte Ramos, Abel Achar Acuña, Osvaldo Mora Espinola, Ismael Méndez Aranda e Hugo Antonio Vera Quintana, a quantia de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 305 e 309 da presente Sentença;

f) a Clemente Luis Escobar González, Juan Ramón Lugo e Carlos Román Feris Almirón, a quantia de US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados

Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 305 e 309 da presente Sentença;

g) a Pablo Ayala Azola, Julio César García, José Amado Jara Fernández, Rolando Benítez, Antonio Delgado, Aristides Ramón Ortiz Bernal, Carlos Raúl Romero Giacomo, Claudio Coronel Quiroga, Demetrio Silguero, Eduardo Vera, Francisco Noé Andrada, Heriberto Zarate, Hugo Olmedo, Jorge Daniel Toledo, José Milciades Cañete Chamorro, Nelson Rodríguez, Osmar López Verón, Osvaldo Daniel Sosa, Pablo Emmanuel Rojas, Oscar Rafael Aquino Acuña, Sixto González Franco, Cándido Ulises Zelaya Flores e Walter Javier Riveros Rojas, a quantia de US\$ 22.000,00 (vinte e dois mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos dos parágrafos 305, 306 e 309 da presente Sentença;

h) aos familiares identificados dos internos falecidos, a quantia de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado para cada um dos pais, nos termos dos parágrafos 307 e 309; e

i) aos familiares identificados dos ex-internos feridos nos incêndios, a quantia de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado para cada um deles, nos termos dos parágrafos 307 e 309 da presente Sentença.

18. o Estado deve pagar à Fundação Tekojojá, a título de custas e gastos, a quantia de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado e ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a quantia de US\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda nacional do Estado, nos termos do parágrafo 330 da presente Sentença.

19. o Estado deve efetuar o pagamento das indenizações e o reembolso de custas e gastos, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 331 desta, exceto quando sejam fixados prazos distintos, em conformidade com o indicado nos parágrafos 315 a 322 e 331 desta Sentença.

20. o Estado deve depositar a indenização ordenada a favor das vítimas que sejam crianças em um investimento bancário em seu nome, em uma instituição paraguaia idônea, em dólares estadunidenses, dentro do prazo de um ano e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias enquanto sejam menores de idade, nos termos do parágrafo 336 desta Sentença.

21. o Estado pode cumprir suas obrigações de caráter pecuniário através do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda nacional do Estado, utilizando para o cálculo respectivo a taxa de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na praça de Nova York, Estados Unidos



da América, no dia anterior ao pagamento. No caso da constituição do investimento bancário, este deverá ser realizado em dólares dos Estados Unidos da América, nos termos dos parágrafos 335 e 336 desta Sentença.

22. os pagamentos a título de dano material, imaterial e custas e gastos estabelecidos na presente Sentença não poderão ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros, nos termos do parágrafo 337 da presente Sentença.

23. caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no Paraguai.

24. se, por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações, não for possível que estes as recebam dentro do prazo de um ano indicado, contado a partir da notificação da presente Sentença, o Estado consignará estas quantias a favor dos beneficiários em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária paraguaia idônea, nos termos do parágrafo 335 da presente Sentença.

25. supervisionará o cumprimento integral desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento, nos termos do parágrafo 339 da mesma.

O Juiz Cançado Trindade comunicou à Corte seu Voto Fundamentado, o qual acompanha esta Sentença.

**SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**  
Presidente

**ALIRIO ABREU BURELLI**  
**ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE**  
**MANUEL E. VENTURA ROBLES**

**LIVER JACKMAN**  
**CECILIA MEDINA QUIROGA**  
**DIEGO GARCÍA-SAYÁN**

**VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ R.**  
Juiz *ad hoc*

**PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI**  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

**SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**  
Presidente

**PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI**  
Secretário

## VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor da adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso do *Instituto de Reeducação do Menor*, relativo ao Estado paraguaio, a qual, na mesma linha de pensamento inaugurada pela Corte no caso histórico e paradigmático das “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros Vs. Guatemala*, 1999-2001), retrata uma situação real do cotidiano em toda a América Latina (e outras regiões do mundo) e demonstra que a consciência humana alcançou um grau de evolução que tornou possível fazer justiça por meio da proteção dos direitos dos que se encontram em situação de grande vulnerabilidade, ao conceder a estes, bem como a todo ser humano, acesso direto a uma instância judicial internacional para fazer valer seus direitos, como verdadeira parte demandante. Em relação à presente Sentença que a Corte acaba de adotar, vejo-me na obrigação de fazer constar minhas reflexões pessoais sobre dois pontos, como fundamentação de minha posição a esse respeito. Refiro-me, em particular, às questões da titularidade dos direitos em situações de extrema adversidade e da ampla dimensão do devido processo legal.

### I. A Titularidade dos Direitos em Situações de Extrema Adversidade

2. O contencioso das “*Crianças de Rua*”, concluído perante esta Corte há três anos, revelou a importância do acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional, possibilitando-lhes reivindicar seus direitos contra as manifestações do poder arbitrário e fornecendo um conteúdo ético às normas tanto do Direito Público interno como do Direito Internacional. Sua relevância foi claramente demonstrada perante a Corte no curso daquele procedimento contencioso, no qual as mães dos meninos assassinados, tão pobres e abandonadas como os filhos, tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram ao juízo<sup>231</sup> e, graças às Sentenças de mérito e reparações desta Corte<sup>232</sup> que as ampararam, puderam, ao menos, recuperar a fé na justiça humana.

3. Agora, transcorridos três anos, o presente caso do *Instituto de Reeducação do Menor* vem, uma vez mais, demonstrar que o ser humano, ainda nas condições mais adversas, irrompe como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídico-processual internacional. O direito de acesso do indivíduo à justiça internacional se cristaliza, desse modo, na jurisprudência da Corte Interamericana. Um passo significativo nesse sentido foi dado no ano passado na Sentença da Corte no caso dos *Cinco Aposentados Vs. Peru* (de 28.02.2003), na qual se observa o amplo alcance do direito de acesso à justiça (tanto no plano nacional como internacional):<sup>233</sup> tal direito não se reduz ao acesso formal, *stricto sensu*, à instância judicial, mas significa, *lato sensu*, o direito a obter justiça, ou seja, um direito autônomo à própria realização da justiça.

<sup>231</sup> Audiências públicas de 28-29.01.1999 e 12.03.2001 perante esta Corte.

<sup>232</sup> De 19.11.1999 e de 26.05.2001, respectivamente.

<sup>233</sup> Para um estudo sobre a matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao: Universidade de Deusto, 2001, p. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne*, 14 *Revue québécoise de droit international*. Montreal (2001) n° 2, p. 207-239.

4. Aquele foi o primeiro caso contencioso inteiramente tramitado sob o novo Regulamento da Corte (adotado em 24 de novembro de 2000 e em vigência a partir de 1 de junho de 2001), que concedeu *locus standi in judicio* aos peticionários em todas as etapas do procedimento perante a Corte. Agora, um ano e meio depois, a presente Sentença da Corte no caso do *Instituto de Reeducação do Menor* reconhece a relevância das reformas históricas introduzidas pela Corte em seu atual Regulamento (pars. 106, 119-120 e 125), a favor da *titularidade*, dos indivíduos, dos direitos protegidos, concedendo-lhes *locus standi in judicio* em todas as etapas do procedimento contencioso perante a Corte. Os casos das "*Crianças de Rua*" e do *Instituto de Reeducação do Menor* são testemunhos eloquentes desta titularidade, inclusive em situações da mais extrema adversidade.

5. Tal como destaquei em meu Voto Concordante no caso dos *Cinco Aposentados*, a Corte argumentou corretamente que "a consideração que deve prevalecer é a da *titularidade*, dos indivíduos, de todos os direitos protegidos pela Convenção, como verdadeira parte substantiva demandante e como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos" (par. 16). Este foi um "significativo passo adiante dado pela Corte desde a adoção de seu atual Regulamento" (par. 17), porquanto "a afirmação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano atende a uma verdadeira *necessidade* do ordenamento jurídico internacional contemporâneo" (par. 23). E acrescentei:

De fato, a afirmação destas personalidades e capacidades jurídicas constitui o legado verdadeiramente revolucionário da evolução da doutrina jurídica internacional na segunda metade do século XX. Chegou o momento de superar as limitações clássicas da *legitimatío ad causam* no Direito Internacional, que tanto têm freado seu desenvolvimento progressivo para a construção de um novo *jus gentium*. Um papel importante está aqui sendo exercido pelo impacto da consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional, no sentido de humanizar este último: tais direitos foram proclamados como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias. O indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional e ao reconhecimento dos direitos que lhe são inerentes corresponde, incontestavelmente, a capacidade processual de reivindicá-los, tanto no plano nacional como internacional (par. 24).

6. Mais recentemente, e na mesma linha de raciocínio, em meu Voto Fundamentado no *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri*, referente ao Peru (Sentença de 08.07.2004), permiti-me insistir "na necessária prevalência da *titularidade* dos indivíduos de todos os direitos protegidos pela Convenção sobre quaisquer outras considerações, como sujeitos que são do Direito Internacional dos Direitos Humanos" (par. 27). Esse desenvolvimento é "uma consequência direta" do passo adiante dado pela Corte desde

a adoção de seu atual Regulamento, o quarto de sua história, concedendo *locus standi in judicio* aos indivíduos petionários em todas as etapas do procedimento perante o Tribunal (par. 27). Além disso, como eu vinha sustentando ao longo dos últimos anos, “estamos em meio ao processo histórico de *consolidação da emancipação do indivíduo vis-à-vis seu próprio Estado*” (par. 28).

7. Há seis anos, em meu Voto Concordante no *Caso Castillo Petruzzi e Outros Vs. Peru* (Exceções Preliminares, 1998) perante esta Corte, assim resumi o “salto qualitativo” que deveria ser dado à luz da Convenção Americana:

Trata-se de buscar assegurar, já não somente a representação direta das vítimas ou de seus familiares (*locus standi*) no procedimento perante a Corte Interamericana em casos já enviados a esta pela Comissão (...), mas também o direito de acesso direto dos indivíduos perante a própria Corte (*jus standi*), para trazer um caso diretamente perante ela, como futuro órgão jurisdicional único para a solução de casos concretos sob a Convenção Americana. (...)

(...) No meu modo de ver, este salto qualitativo atenderia, sobretudo, a um imperativo de justiça. O *jus standi* – não mais apenas *locus standi in judicio* – irrestrito dos indivíduos perante a própria Corte Interamericana representa, como afirmei em meus Votos em outros casos perante a Corte,<sup>234</sup> a consequência lógica da concepção e formulação de direitos a serem protegidos pela Convenção Americana no plano internacional, à quais deve, necessariamente, corresponder a capacidade jurídica plena dos indivíduos petionários de reivindicá-los (pars. 42-43).

8. Agora, nesta Sentença que a Corte acaba de adotar no presente caso do *Instituto de Reeducação do Menor*, o Tribunal destacou que a *titularidade* dos direitos humanos reside em cada indivíduo (par. 106), – ou seja, no *cas d'espèce*, em cada um dos meninos vitimados pelos sofrimentos no referido Instituto, – e não admiti-lo seria uma “restrição indevida à sua condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (par. 125). Assim, permito-me insistir, ainda nas condições mais adversas, como aquelas padecidas pelos internos no Instituto “*Panchito López*”, inclusive em meio a três incêndios (com internos mortos, queimados ou feridos),<sup>235</sup> e ainda diante das limitações de sua capacidade jurídica em razão de sua condição existencial de crianças (menores de idade), sua *titularidade* de direitos emanados diretamente do Direito Internacional subsistiu intacta e sua causa alcançou um tribunal internacional de direitos humanos.

<sup>234</sup> Cf., nesse sentido, meus Votos Fundamentados nos Casos *Castillo Páez Vs. Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 30.01.1996), pars. 14-17, e *Loayza Tamaio Vs. Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 31.01.1996), pars. 14-17, respectivamente.

<sup>235</sup> Nove internos faleceram em razão do incêndio de 11.02.2000; nove internos foram feridos ou queimados no incêndio de 5.02.2001; e novos distúrbios ocorreram no incêndio de 25.07.2001 (cf. par. 134.29-34 da presente Sentença).

9. Em seu Parecer Consultivo nº 17 (de 28.08.2002), sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças*, a Corte, além dos deveres que tanto a família como o Estado têm *vis-à-vis* às crianças, à luz de seus direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, advertiu que as crianças são sujeitos (*titulaires*) de direitos e não simples objetos de proteção. A esse respeito, a Corte também afirmou que a personalidade jurídica se encontra incontestavelmente reconhecida pelo Direito a todo ser humano (seja ele uma criança ou um adolescente), independentemente de sua condição existencial ou do alcance de sua capacidade jurídica, para exercer seus direitos por si mesmo (capacidade de exercício).

10. Como me permiti precisar em meu Voto Concordante naquele Parecer Consultivo nº 17:

É verdade que a personalidade e a capacidade jurídicas guardam estreita vinculação, mas no plano conceitual se distinguem. Pode ocorrer que um indivíduo tenha personalidade jurídica sem desfrutar, em razão de sua condição existencial, de plena capacidade para atuar. Assim, no presente contexto, por personalidade pode se entender a atitude para ser titular de direitos e deveres e por capacidade, a atitude para exercê-los por si mesmo (capacidade de exercício). A capacidade se encontra, pois, intimamente vinculada à personalidade; entretanto, se por alguma situação ou circunstância um indivíduo não dispõe de plena capacidade jurídica, nem por isso deixa de ser sujeito de direito. É o caso das crianças (par. 8).

11. Em sua jurisprudência recente em matéria tanto consultiva como contenciosa, a Corte Interamericana afirmou a preservação dos direitos substantivos e processuais da criança em todas e quaisquer circunstâncias. Subjacente a este notável desenvolvimento se encontra a concepção kantiana da pessoa humana como um fim em si mesmo, que abarca naturalmente as crianças, ou seja, todos os seres humanos independentemente das limitações de sua capacidade jurídica (de exercício). Tal desenvolvimento é guiado pelo princípio fundamental do respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente de sua condição existencial. Em virtude desse princípio, todo ser humano, independentemente da situação e das circunstâncias em que se encontra, tem direito à dignidade. Este princípio fundamental se encontra invocado em distintos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos.<sup>236</sup> Na realidade, o reconhecimento e a consolidação da posição do ser humano como sujeito pleno do Direito Internacional dos Direitos Humanos constituem, em nossos

<sup>236</sup> *V.g.*, os preâmbulos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989; da Declaração dos Direitos da Criança de 1959; do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, de 1988), entre outros.

dias, uma manifestação inequívoca e eloquente dos avanços do processo atual de *humanização* do próprio Direito Internacional (o novo *ius gentium* de nossos tempos).<sup>237</sup>

## II. A Ampla Dimensão do Devido Processo Legal

12. Um dos aspectos centrais do presente Caso do *Instituto de Reeducação do Menor*, examinado pela Corte na Sentença que acaba de adotar, é o relativo à prisão preventiva. Na prática, esta se transformou em um verdadeiro flagelo que hoje em dia vitimiza milhares e milhares de esquecidos nas penitenciárias e centros de detenção em todo o mundo. A Corte advertiu na presente Sentença sobre seus excessos e distorções, ao afirmar que se impõe a brevidade do prazo e são necessários cuidados especiais nos casos de privação de liberdade de crianças. E, em todo caso, a prisão preventiva – como recorda a Corte – encontra-se limitada pelos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos (como os da presunção de inocência, de necessidade e proporcionalidade), sem cuja observância se estaria indevidamente antecipando uma pena sem sentença (pars. 228-231). E, no plano substantivo, a presente Sentença da Corte argumenta – na mesma linha da jurisprudência inaugurada no supracitado Caso das “*Crianças de Rua*” (Mérito, 1999)<sup>238</sup> – uma concepção ampla do direito à vida, a incluir, *lato sensu*, também as condições de uma *vida digna* (pars. 151-152, 156, 160-161, 164, 167-168 e 170).

13. Aqui, uma vez mais, tornam-se evidentes o papel e a importância dos princípios gerais do direito, os quais, em uma dimensão mais ampla, permeiam e orientam o devido processo legal como um todo. A esse respeito, no exercício de sua função consultiva, já em seu nono Parecer Consultivo sobre *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (1987), a Corte Interamericana teve oportunidade de precisar a ampla dimensão da concepção do devido processo legal, à luz do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte afirmou que o artigo 8 abarca o conjunto das condições ou requisitos que devem ser cumpridos nas instâncias processuais para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial, ou seja, para configurar verdadeiras garantias judiciais segundo a Convenção Americana.<sup>239</sup> Esta concepção refletida no artigo 8 se aplica a todas as garantias judiciais referidas na Convenção Americana (relacionando-se aos artigos 7(6), 25 e 27(2) da Convenção).<sup>240</sup>

14. Sendo assim, garantias judiciais como as consagradas no artigo 7(6) – o *habeas corpus* – e no artigo 25(1) – o *recurso de amparo* ou o *mandado de segurança* ou

<sup>237</sup> Cf., sobre este ponto, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil: S.A. Fabris Ed., 2003, p. 447-497.

<sup>238</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), *Caso Villagrán Morales e Outros Vs. Guatemala* (Mérito, Sentença de 19.11.1999), Série C, N° 63, p. 64-65, par. 144: – “(...) Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo. Em essência, o direito fundamental à vida compreende não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não lhe seja impedido o acesso às condições que lhe garantam uma existência digna. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações desse direito básico e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele”.

<sup>239</sup> CtIADH, Parecer Consultivo OC-9/87 (de 6.10.1987), sobre *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*, Série A, N° 9, p. 15, pars. 27-28.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 16, pars. 29-30.

qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais nacionais competentes – da Convenção Americana são indispensáveis e devem ser considerados segundo os *princípios* do artigo 8 da Convenção.<sup>241</sup> A Corte conclui o referido Parecer Consultivo nº 9 em termos categóricos, ao determinar que:

as mencionadas garantias judiciais devem ser exercidas dentro do contexto e segundo os princípios do devido processo legal, dispostas no artigo 8 da Convenção.<sup>242</sup>

15. Mais recentemente, em seu histórico e pioneiro Parecer Consultivo Nº 16 (de 1.10.1999) sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* – que tem servido de fonte de inspiração para a jurisprudência internacional *in statu nascendi* sobre a matéria – a Corte Interamericana ressaltou que os pré-requisitos das garantias judiciais (consagrados no artigo 8 da Convenção) servem para assegurar ou fazer valer a *titularidade* ou o exercício de um direito protegido; além disso, a Corte destacou o caráter essencialmente evolutivo da própria concepção do devido processo legal, cujo conteúdo se expande para atender a novas necessidades de proteção da pessoa humana.<sup>243</sup>

16. Em meu Voto Concordante no último, e igualmente histórico, Parecer Consultivo Nº 18 (de 17.09.2003) sobre a *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (o primeiro pronunciamento de um tribunal internacional sobre a matéria), registra a alta importância que atribuo aos princípios gerais do direito em todo sistema jurídico, nos seguintes termos:

Todo sistema jurídico tem princípios fundamentais, que inspiram, informam e formam suas normas. São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as primeiras causas, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao sistema jurídico como um todo. São os princípios gerais do direito (*prima principia*) que conferem ao ordenamento jurídico (tanto nacional como internacional) sua incontestável dimensão axiológica; são eles que revelam os valores que inspiram todo o ordenamento jurídico e que, em última instância, proveem seus próprios fundamentos. É assim que concebo a presença e a posição dos princípios em qualquer ordenamento jurídico e seu papel no universo conceitual do Direito. (...) Dos *prima principia* emanam as normas e regras, que neles encontram seu sentido. Os

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 20-21, par. 38 e ponto resolutivo nº 1.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 22, ponto resolutivo nº 3.

<sup>243</sup> Cf. CtIADH, Parecer Consultivo Nº 16 (de 1.10.1999) sobre O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal, Série A Nº 16, p. 110-113, pars. 117-124.

princípios se encontram assim presentes nas origens do próprio Direito. Os princípios nos mostram os fins legítimos a buscar: o bem comum (de todos os seres humanos e não de uma coletividade abstrata), a realização da justiça (tanto no plano nacional como internacional), a necessária primazia do direito sobre a força, a preservação da paz. Ao contrário dos que tentam – a meu juízo em vão – minimizá-los, entendo que se não há princípios, tampouco há verdadeiramente um sistema jurídico. Sem os princípios, a ‘ordem jurídica’ simplesmente não se realiza, e deixa de existir como tal (pars. 44 e 46).

17. Em sua *jurisprudence constante*, a Corte Interamericana sempre recorreu aos princípios gerais do direito.<sup>244</sup> Há certos princípios gerais do direito (como o da igualdade e não discriminação) que se configuram verdadeiramente *fundamentais*, fornecendo expressão a valores e se identificando com os próprios fundamentos do sistema jurídico. É o caso, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do princípio da dignidade do ser humano (o qual se identifica com o próprio fim do Direito), bem como do princípio da inalienabilidade dos direitos inerentes ao ser humano (identifica-se com uma premissa básica da construção de todo o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos). Estes princípios fundamentais, como ressaltei em meu referido Voto Concordante no recente Parecer Consultivo Nº 18 da Corte, em realidade:

formam o *substratum* do próprio ordenamento jurídico, revelando o *direito ao Direito* de que são titulares todos os seres humanos,<sup>245</sup> independentemente de seu estatuto de cidadania ou qualquer outra circunstância (par. 55).

18. Os parágrafos 1 e 2 do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelecem, a meu juízo, mais que simples requisitos do devido processo legal ou diretrizes para sua observância, verdadeiros princípios gerais do direito (o do acesso a um juiz ou tribunal competente e independente e imparcial, e o da presunção de inocência) a nortear e orientar o devido processo, – princípios estes que abarcam

<sup>244</sup> Cf. CtIADH, *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru* (Sentença de 28.02.2003), par. 156; CtIADH, *Caso Cantos Vs. Argentina* (Exceções Preliminares, Sentença de 7.09.2001), par. 37; CtIADH, *Caso Baena Ricardo e Outros Vs. Panamá* (Sentença de 2.02.2001), par. 98; CtIADH, *Caso Neira Alegria Vs. Peru* (Exceções Preliminares, Sentença de 11.12.1991), par. 29; CtIADH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Sentença de 29.07.1988), par. 184; e cf. também CtIADH, Parecer Consultivo Nº 18, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), pars. 83-110 e 157; CtIADH, Parecer Consultivo Nº 17, sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos das Crianças* (de 28.08.2002), pars. 66 e 87; CtIADH, Parecer Consultivo Nº 16, sobre *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 1.10.1999), pars. 58, 113 e 128; CtIADH, Parecer Consultivo Nº 14, sobre a *Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 9.12.1994), par. 35.

<sup>245</sup> A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 524-525.



as supracitadas garantias judiciais dos artigos 7(6) e 25(1) da Convenção Americana. Meu enfoque sobre a relação entre os artigos 8 e 25 da Convenção Americana é, por conseguinte, agregador e não segregador, desse modo maximizando a proteção dos direitos protegidos pela Convenção. Assim, coincido com a Corte em relação à violação do parágrafo 1 do artigo 8 da Convenção estabelecida no *cas d'espèce*, mas lamento me afastar do fundamento que a conduz a não determinar igual violação do parágrafo 2 do artigo 8 da Convenção no presente Caso do *Instituto de Reeducação do Menor*.

19. Tanto em sua demanda perante a Corte (de 20.05.2002) como em suas alegações finais escritas (de 5.07.2004), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos argumentou que, no presente caso, "não houve separação entre processados e condenados" no Instituto "*Panchito López*" e "tratou-se os processados como se houvessem sido efetivamente condenados", o que implicou em uma violação do princípio de presunção de inocência consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana.<sup>246</sup> Os internos se encontravam, na grande maioria, em estado de vulnerabilidade, prosseguiu a Comissão, e, em sua "quase totalidade", em estado de prisão preventiva.<sup>247</sup> Além disso, afirmou em sua demanda, "o próprio Estado reconheceu esta situação nos relatórios apresentados à Comissão."<sup>248</sup>

20. A meu juízo, os pontos apresentados pela Comissão Interamericana a esse respeito, em sua demanda e suas alegações finais escritas (*supra*), que não foram controvertidos pelo Estado nem em seus escritos,<sup>249</sup> nem na audiência pública perante a Corte, foram fidedignamente comprovados. Houve uma clara violação do princípio de presunção de inocência, em detrimento da quase totalidade dos internos no Instituto "*Panchito López*". Esperar ou exigir informações adicionais dos petionários<sup>250</sup> é, a meu modo de ver, fazer recair um ônus da prova demasiado pesada sobre os vitimados. Em circunstâncias como as do presente caso (de crianças privadas da liberdade e sobrevivendo em precárias condições), como afirmaram as representantes das vítimas e seus familiares (Sras. Viviana Krsticevic e María Clara Galvis) na audiência pública perante a Corte (de 3-5.05.2004), inverte-se o ônus da prova, recaindo sobre a parte demandada.

21. Na referida audiência pública, a representação do Estado, por sua vez, negou a existência de um padrão violatório (deliberado) e insistiu na aplicação do princípio *onus probandi incumbit actori*; ao mesmo tempo, reiterou – com clareza e dignidade – seu reconhecimento de deficiências no sistema penitenciário e sua preocupação pela situação dos adolescentes no Instituto "*Panchito López*". Em nenhum momento, a representação do Estado obstaculizou o procedimento perante a Corte; ao contrário, na mencionada

<sup>246</sup> Docs. cit., p. 44 e 28, respectivamente.

<sup>247</sup> Docs. cit., p. 44 e 28, respectivamente.

<sup>248</sup> Doc. cit., p. 44.

<sup>249</sup> Em sua contestação da demanda (de 13.12.2002), o Estado foi claro ao afirmar que "outro problema, que pela falta de disponibilidade de meios se torna difícil cumprir, é a separação de processados e condenados. O Estado se encontra realizando esforços para cumprir esta disposição constitucional e legal, e em alguns centros de reclusão já se estão verificando os primeiros resultados" (par. 201).

<sup>250</sup> Como indicado nos parágrafos 216-218 da presente Sentença.

audiência pública, reiterou seu reconhecimento dos fatos constantes da demanda – entre os quais “o alto índice de processados sem condenação” – e sua postura contribuiu de forma positiva à determinação dos fatos no *cas d’espèce*.<sup>251</sup>

22. Além disso, na presente Sentença, a própria Corte Interamericana considerou provados os fatos de que os internos no Instituto “Panchito López”, em sua “grande maioria”, encontravam-se processados “sem sentença” e, ademais, não estavam separados dos condenados (par. 134.19 e 20). Cabia, pois, à Corte extrair as consequências de sua própria determinação dos fatos. Sendo assim, não vejo como deixar de estabelecer uma violação tanto do parágrafo 1 como do parágrafo 2(c) e (e) do artigo 8 da Convenção Americana. A esta determinação, que, a meu juízo, a Corte deveria ter feito na parte da presente Sentença em relação ao mérito, se seguiria a diferenciação entre os processados e os condenados, na parte seguinte da presente Sentença em relação às reparações, a efeito destas últimas. O que me parece indubitável no presente caso é a ocorrência de uma violação do princípio de presunção de inocência de acordo com o artigo 8(2) da Convenção.

23. A ampla dimensão do devido processo legal, tal como a concebo, relacionando o artigo 8(1) e (2) aos artigos 25(1) e 7(6) da Convenção Americana, resulta em grande parte do papel fundamental e da maior relevância que atribuo aos princípios gerais do direito (*cf. supra*). Eu teria preferido que a presente Sentença da Corte houvesse tratado em conjunto – e não separadamente, como o fez – as garantias judiciais e a proteção judicial (artigos 8 e 25 da Convenção), tal como foi corretamente argumentado pela Comissão Interamericana perante esta Corte, tanto na demanda como em suas alegações finais escritas.

24. No exercício de sua função contenciosa, a Corte Interamericana efetivamente relacionou o artigo 8 ao 25 reiteradas vezes. Assim o fez em suas Sentenças nos Casos das “Crianças de Rua” (1999, pars. 219-228 e 235-237), *Durand e Ugarte Vs. Peru* (2000, pars. 128-130), *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* (2000, pars. 187-191), *Tribunal Constitucional* (atinente ao Peru, 2001, pars. 68-71 e 89-90), *Baena Ricardo e Outros Vs. Panamá* (2001, pars. 124-129 e 137), *Las Palmeras* (relativo à Colômbia, 2001, pars. 58-60), *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* (2003, pars. 116-121), *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras* (2003, pars. 120-121 e 124), *19 Comerciantes Vs. Colômbia* (2004, pars. 187 e 192-194).

25. Assim, o enfoque que aqui afirmo das relações entre as garantias judiciais e a proteção judicial (artigos 8 e 25 da Convenção) se encontra, pois, em plena conformidade com a *jurisprudence constante* da Corte Interamericana, tanto em matéria contenciosa como consultiva (*cf. supra*), além de proporcionar um mais alto grau de proteção aos que dela necessitam. A vastíssima jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sob o artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos reconheceu que as disposições do artigo 6 constituem verdadeiros princípios

<sup>251</sup> Além disso, na presente Sentença, a Corte apreciou o trabalho que vem realizando o Estado através de suas recentes reformas legislativas, administrativas e de outro caráter, com particular incidência na proteção de crianças privadas da liberdade, tendo presentes as obrigações sob o artigo 19 da Convenção Americana (*cf. pars. 214 e 263-265*).

gerais de direito, a saber, aquele segundo o qual toda pessoa pode submeter sua causa perante uma autoridade judicial imparcial e competente (com a consequente proibição de denegação de justiça) e o da presunção de inocência.

26. Tudo isso revela o relevante papel reservado ao devido processo legal no Estado democrático de Direito. Por conseguinte, jamais se justificaria uma interpretação restritiva do mesmo. A Corte Interamericana sempre concedeu um amplo alcance ao artigo 8 da Convenção Americana. Assim o fez, com especial ênfase, *v.g.*, no *Caso Baena Ricardo e Outros Vs. Panamá* (Sentença de 2.02.2001, pars. 124-127), ponderando que, em última instância, a justiça se realiza através do devido processo legal, como "verdadeiro valor juridicamente protegido" (par. 129). A meu juízo, a ampla dimensão do devido processo legal se depreende de sua íntima relação com o direito de acesso (*lato sensu*) à justiça.

27. Este último encontra expressão precisamente no artigo 25 da Convenção Americana. Em meu Voto Dissidente no *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua* (Revisão de Sentença, Resolução de 29.01.1997), permiti-me destacar o sentido e alcance do artigo 25 da Convenção Americana nos seguintes termos:

O direito a um recurso simples, rápido e efetivo perante os juízes ou tribunais nacionais competentes, consagrado no artigo 25 da Convenção, é uma garantia judicial fundamental muito mais importante do que alguém possa supor *prima facie*<sup>252</sup> e que jamais pode ser minimizada. Constitui, em última instância, um dos pilares básicos não somente da Convenção Americana como do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática (no sentido da Convenção). Sua correta aplicação tem o sentido de aperfeiçoar a administração da justiça no âmbito nacional, com as mudanças legislativas necessárias à consecução deste propósito.

A origem – pouco conhecida – desta garantia judicial é latino-americana: de sua consagração originalmente na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948),<sup>253</sup> foi transplantada à Declaração Universal dos Direitos Humanos (de dezembro de 1948), e dali às Convenções Europeia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), bem como ao Pacto sobre Direitos

<sup>252</sup> Sua importância foi afirmada, por exemplo, no *Relatório da Comissão de Juristas da OEA para a Nicarágua*, de 04.02.1994, p. 100 e 106-107, parágrafos 143 e 160 (publicado posteriormente in: 113/118 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1998) p. 335-386).

<sup>253</sup> No momento em que, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas ainda preparava o Projeto da Declaração Universal (de maio de 1947 até junho de 1948), como relatado em um fragmento de memória - pelo *rapporteur* da Comissão (René Cassin); a inserção da disposição sobre o direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais na Declaração Universal (artigo 8), inspirado na disposição correspondente da Declaração Americana (artigo XVIII), foi efetuado nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas. *Cf.* R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n° 1, p. 10.

Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)). Sob a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em particular, gerou uma considerável jurisprudência,<sup>254</sup> além de um denso debate doutrinário (pars. 18-19).

28. A Corte Interamericana reconheceu a importância do direito de acesso à justiça; tanto é assim que, desde sua Sentença de 3.11.1997 (par. 82), no *Caso Castillo Páez Vs. Peru* até a presente data, afirmou reiteradas vezes que o direito de toda pessoa de acesso a um recurso simples, rápido e efetivo perante juízes ou tribunais competentes que amparem seus direitos fundamentais (artigo 25 da Convenção) "constitui um dos pilares básicos, não somente da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção".<sup>255</sup> No presente caso, a Corte estabeleceu acertadamente uma violação ao artigo 25 da Convenção (par. 251).

29. A meu juízo, o devido processo requer o acesso à justiça (*stricto sensu*), bem como a realização da justiça (acesso à justiça *lato sensu*) requer o devido processo. O direito à prestação jurisdicional – o *direito ao Direito* – somente se materializa através da observância do devido processo legal, dos princípios básicos que o conformam. É a fiel observância destes princípios que leva à realização da justiça, ou seja, à plenitude do direito de toda pessoa de acesso à justiça. Daí a incontestável e íntima inter-relação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, maximizando a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Juiz

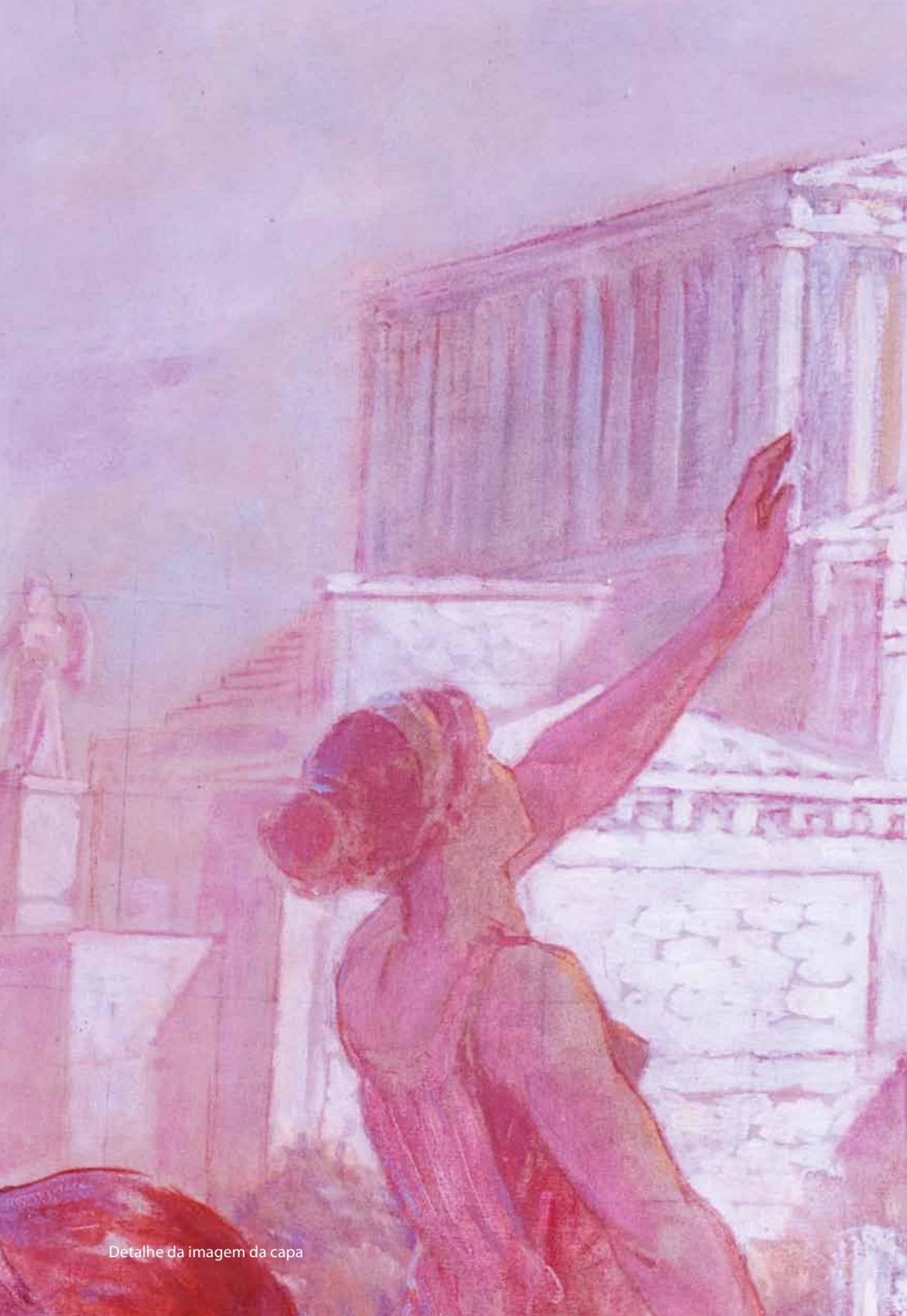
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

<sup>254</sup> Em seus primórdios, afirmava tal jurisprudência o caráter "acessório" do artigo 13 da Convenção Europeia, encarado – a partir dos anos oitenta – como garantindo um direito substantivo individual subjetivo. Gradualmente, em suas sentenças nos Casos *Klass Vs. Alemanha* (1978), *Silver e Outros Vs. Reino Unido* (1983), e *Abdulaziz, Cabales e Balkandali Vs. Reino Unido* (1985), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos começou a reconhecer o caráter autônomo do artigo 13. Finalmente, depois de anos de hesitação e oscilações, o Tribunal Europeu, em sua sentença recente, de 18.12.1996, no *Caso Aksoy Vs. Turquia* (parágrafos 95-100), determinou a ocorrência de uma violação "autônoma" do artigo 13 da Convenção Europeia.

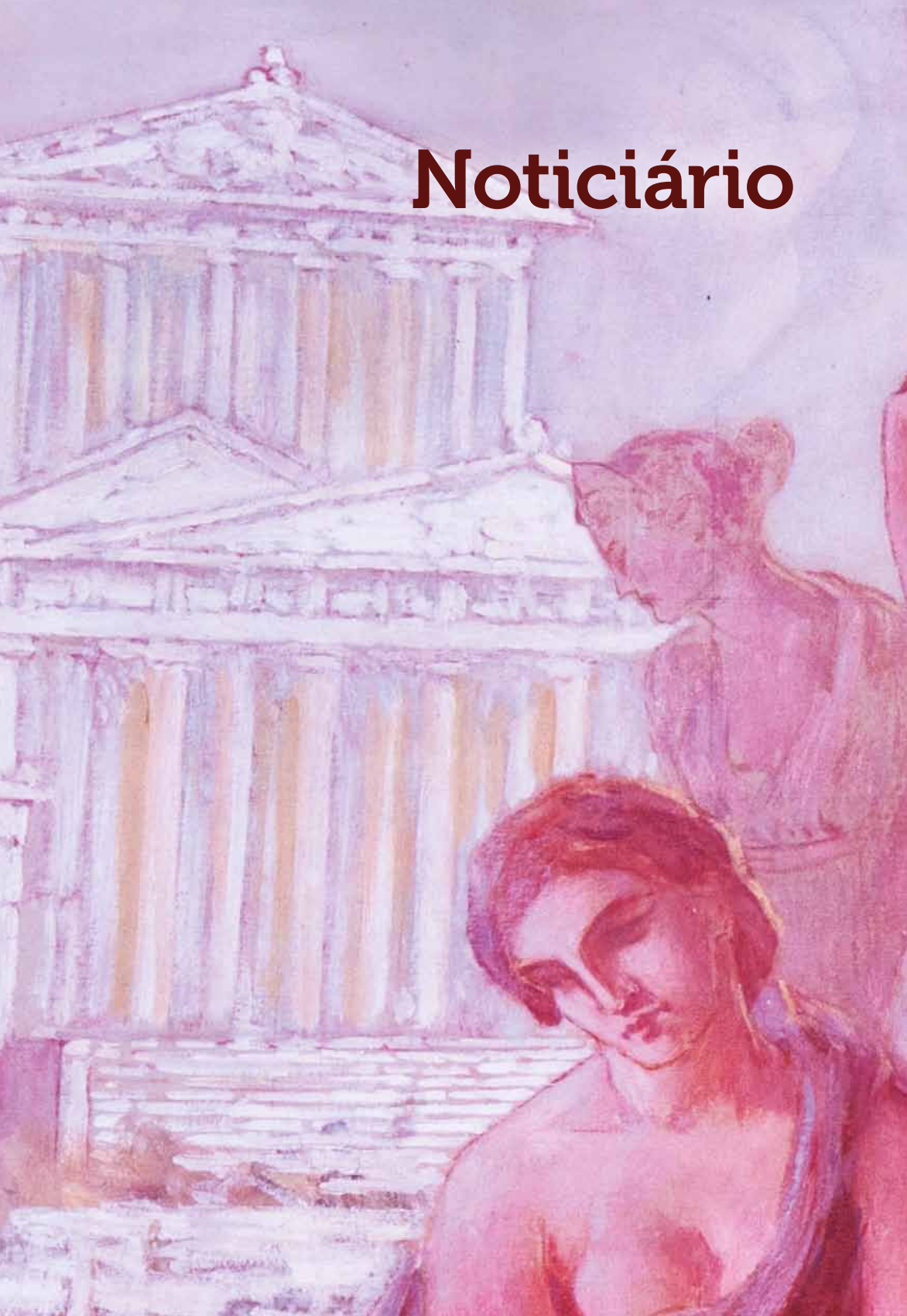
<sup>255</sup> Cf. os *obiter dicta* da Corte neste termos, v.g., *inter alia*, nos quatro últimos anos, nos Casos *Ivcher Bronstein Vs. Peru* (Sentença de 06.02.2001, par. 135), *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua* (Sentença de 31.08.2001, par. 112), *Cantos Vs. Argentina* (Sentença de 28.11.2002, par. 52); *Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras* (Sentença de 07.06.2003, par. 121); *Maritza Urrutia Vs. Guatemala* (Sentença de 27.11.2003, par. 117); *19 Comerciantes Vs. Colômbia* (Sentença de 05.07.2004, par. 193), entre outros.





Detalhe da imagem da capa

# Noticiário









## **Eduardo Gussem É o Novo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Eleito para o Biênio 2017/2019**

José Eduardo Ciotola Gussem foi empossado, no dia 16 de janeiro, como novo Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para o biênio 2017/2019, em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça. Mais votado na lista tríplex, com 438 votos, José Eduardo Ciotola Gussem foi escolhido pelo Governador Luiz Fernando Pezão para substituir o Ex-Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira.

Durante a cerimônia, o Ex-Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira, ressaltou o prestígio e a confiança que José Eduardo Ciotola Gussem detém junto aos membros do *Parquet* fluminense. Em discurso, ele enalteceu a amizade e o convívio com o novo Procurador-Geral, que lhe permitiram conhecer de perto a sua firmeza de propósitos e ideais, sua notória capacidade criativa e sua incontestável liderança. “Gussem é um idealista, experiente, e o membro do MPRJ mais preparado para dirigir a Instituição”, afirmou.

Em seu discurso de posse, José Eduardo Ciotola Gussem afirmou que o Ministério Público fluminense, diante das novas necessidades sociais, precisa ter um novo olhar para sua atuação. De acordo com ele, o conceito moderno de Ministério Público exige resolutividade, transparência e integração.

Disse, ainda, que o MPRJ deve se antecipar à consolidação dos danos, cobrar o fortalecimento dos mecanismos de controle, mapear os sistemas de informações e bases de dados úteis para a prevenção da corrupção e da lavagem de dinheiro. Acompanhar a execução orçamentária para evitar gastos superiores à arrecadação é outro ponto de atenção relevante para a atuação do *Parquet* estadual.

O novo Procurador-Geral de Justiça destacou a atuação dos grupos de investigação, como o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP) e o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (GAECC). O trabalho integrado facilita o avanço das ações contra o crime e a improbidade administrativa.

Já sobre a crise no sistema carcerário brasileiro, José Eduardo Ciotola Gussem ressaltou a importância de “acompanhar e fiscalizar, com rigor, o efetivo cumprimento da pena, sem esquecermos da importante e difícil missão de ressocialização dos apenados. Não vamos esquecer que todo ser humano privado de sua liberdade não pode também ser privado da sua dignidade”.

O novo Procurador-Geral de Justiça enalteceu a importância da comunicação interna a fim de que os membros do MPRJ estejam ainda mais integrados para melhor prestação do serviço à sociedade.

Com a proposta de aproximar a Instituição da população, José Eduardo Ciotola Gussem frisou a obrigatoriedade de transparência nas informações para fazer de cada cidadão um parceiro do MP fluminense.

Além de José Eduardo Ciotola Gussem e Marfan Martins Vieira, fizeram parte da mesa de cerimônia o governador do Estado, Luiz Fernando de Souza Pezão; o presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho; o Deputado Estadual Edson Albertassi, representando o presidente da Assembleia Legislativa do Estado (ALERJ), Jorge Sayed Picciani; o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, Aloysio Neves Guedes; o Prefeito da cidade do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella; o corregedor nacional do Ministério Público, Cláudio Henrique Portela; o corregedor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Elias Erthal Sanglard; o presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Rinaldo Reis Lima; a presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Norma Cavalcanti; o presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Luciano Oliveira Mattos de Souza; o Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Leonardo da Cunha e Silva Espíndola Dias; entre outras autoridades.



## **Discurso do Procurador-Geral de Justiça na Cerimônia de Posse:**

Início minha fala citando palavras do imperador romano Marco Aurélio:

*“Se não é certo, não faça. Se não é verdade, não diga.”*

Assumo perante este Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça o honroso cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e o faço com o compromisso de bem servir à Instituição e à sociedade fluminense.

Esta sessão solene vai muito além da mera transmissão do cargo de Procurador-Geral de Justiça. Presta-se, também, ao anúncio a todos os Procuradores e Promotores de Justiça, bem assim aos nossos estimados servidores e aos cidadãos, destinatários de nossas atividades, dos princípios e valores que irão nortear a gestão que ora se inicia.

Agradeço e rendo minhas homenagens, de início, ao Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça Marfan Martins Vieira, que presidiu mais um processo eleitoral de forma absolutamente imparcial e isenta, registrando a importância de realizarmos, pela primeira vez em nossa Instituição, eleições pela via eletrônica, com absoluto êxito.



Parabenizo o Exmo. Governador Luiz Fernando Pezão por prestigiar a escolha do candidato mais votado na lista tríplice elaborada no dia 12 de dezembro e a ele encaminhada, conforme comando legal, no dia 2 de janeiro. Sem dúvida alguma a escolha do candidato mais votado configura verdadeiro dogma no Ministério Público do Rio de Janeiro, que a cada processo eleitoral se renova e se fortalece. Trata-se, Senhor Governador, de eloquente demonstração de espírito republicano e democrático, conferindo àquele escolhido majoritariamente pela classe condições de exercer com independência e inteireza a relevante missão constitucional conferida ao *Parquet*.

Registro, ainda, o alto nível do processo eleitoral que primou, sobretudo, pelo respeito ao Ministério Público, dando ênfase a propostas, compromissos e ideias. Foram três meses de intensa campanha interna durante os quais nossa Instituição foi objeto de necessárias e amplas reflexões. A expressiva votação a mim conferida, em votos plurinominais como em votos unipessoais, aumenta minha responsabilidade, porém, por outro lado, demonstra a confiança da classe em outorgar a mim a difícil missão de conduzir nosso Ministério Público em momento tão delicado da história do Estado do Rio de Janeiro e do País.

A carta cidadã de 1988 posicionou o Ministério Público como autêntico agente de transformação social, cidadela avançada na proteção dos direitos individuais indisponíveis e dos interesses coletivos em sentido amplo.

A novel envergadura constitucional foi acompanhada de prerrogativas e autonomias indispensáveis ao exercício funcional independente. O Constituinte nos

brindou com um modelo institucional dotado de amplitude funcional: atribuições penais e não penais, extraprocessuais e processuais.

Os anos que se seguiram à promulgação da Constituição Cidadã, notadamente as duas primeiras décadas, testemunharam a edição de diplomas legislativos, construções doutrinárias e a consolidação de orientações jurisprudenciais que, em sua maioria, confirmaram o protagonismo jurídico e social reservados ao *Parquet*.

Desde o alvorecer de nosso processo de redemocratização, fomos incansáveis em nossas iniciativas e intervenções atuando com destaque na promoção de direitos sociais, na proteção das mulheres, dos idosos, do meio ambiente, da infância, da juventude, da pessoa com deficiência, na defesa da dignidade humana e como guardiões da moralidade na gestão da coisa pública. Assumimos a recente vocação para a tutela dos direitos coletivos sem, em momento algum, ignorarmos a primazia que tradicionalmente nos foi conferida na seara penal.

Sob o ponto de vista formal, também avançamos. O Ministério Público, definitivamente, está consolidado no cenário jurídico e na percepção coletiva como função essencial a uma ordem jurídica justa.

Por outro lado, precisamos ter um novo olhar para nossa atuação. Precisamos nos reposicionar diante das novas necessidades sociais. De nada adianta termos um ordenamento jurídico moderno e vanguardista se nossos métodos e conceitos de atuação são ultrapassados. O mundo mudou! Nossa Instituição, como todas as outras, seja no setor público ou privado, tem que acompanhar essas transformações sob pena de perdermos a legitimidade democrática que informa nossa atuação.

Há muito a ser feito e há respostas a serem dadas. Precisamos estabelecer uma nova ordem social. O Estado do Rio de Janeiro, talvez seja a unidade da federação que mais sofra com a desordem social. Aqui começaram as façções criminosas; nasceram as primeiras milícias do Brasil, que hoje são pródigas em eleger políticos, temos, pasmem, o pior ambiente de negócios do Brasil. Somos campeões em roubos de cargas, adulteração de combustíveis, fraudes do INSS, atestados médicos falsos, além de batermos o lamentável recorde de roubos a funcionários dos Correios e Telégrafos, no exercício de suas funções.

Até quando vamos suportar essa triste e insana realidade?

O Ministério Público foi concebido para ser protagonista de um novo modelo de justiça. Uma justiça que prime pela rapidez e pela efetividade nas respostas às demandas sociais. Precisamos abordar estrategicamente os problemas apresentados e construir soluções adequadas à produção de resultados socialmente relevantes.

Este conceito moderno de Ministério Público exige resolutividade, transparência e integração.

O judiciário é sem dúvida uma importantíssima via na busca da pacificação social, mas a judicialização, em muitos casos, deve ser encarada como última alternativa. A sobrecarga de trabalho dos Tribunais, a complexidade das questões sociais postas

em exame e, por vezes, as amarras processuais representam custos que não podem e não devem ser ignorados. A prevenção, a proatividade e a construção de soluções consensuais devem ser prestigiadas e representam, nos dias atuais, uma nova fronteira de atuação para o Ministério Público.

Precisamos nos antecipar à consolidação dos danos. Cobrar o fortalecimento dos mecanismos de controle, mapear os sistemas de informações e bases de dados úteis para a prevenção da corrupção e da lavagem de dinheiro. É o que se espera de um Ministério Público resolutivo.

Temos que passar a acompanhar a execução orçamentária, evitando, assim, que ocorram gastos superiores à arrecadação ou em desacordo com os comandos legais. O administrador público tem o dever de agir com probidade, gerir de modo eficiente e prestar contas de sua atuação. E a população, como destinatária dos serviços e responsável pelas receitas governamentais, tem o direito de saber como esses recursos estão sendo aplicados. Ao Ministério Público compete adotar as medidas extrajudiciais e judiciais necessárias para que esse modelo de gestão responsável e republicana se mantenha hígido e fortalecido.

Nesse diapasão, não há nenhuma fórmula melhor que os dados abertos. Temos que tratar o acesso à informação pública como regra e não como exceção. É preciso que as informações estejam disponíveis para que possam ser interpretadas de forma ágil e segura. A abertura de dados propicia que informações governamentais sejam usadas livremente, reutilizadas e redistribuídas por qualquer pessoa, sem qualquer restrição.

Uma gestão plena em transparência será uma gestão rica em fiscais. O fortalecimento da transparência fará de cada cidadão um parceiro do Ministério Público na atividade de controle.

A transparência que ora se exige é dever de todos os gestores públicos, por meio, inclusive, da Lei de Acesso à Informação. Portanto, será perseguida exaustivamente.

Um Ministério Público de perfil resolutivo tem, ainda, a marca da integração, do diálogo: interno e externo. Os complexos problemas da sociedade contemporânea raramente comportam soluções unilaterais e preconcebidas.

As instituições públicas e a sociedade civil devem realizar uma autocrítica, avaliar suas responsabilidades pelas mazelas existentes. É evidente que não há um único culpado. Sabemos que a construção de uma sociedade justa depende da grandeza das suas instituições que devem exercer cada qual o seu papel, buscando sempre o equilíbrio entre a independência de que são detentoras e a harmonia, o diálogo e a cooperação que devem existir entre elas.

Também devemos construir uma cultura e espaços de diálogo e integração internos. A atuação fragmentada e o culto à independência funcional, sem limites, têm gerado desperdício de recursos públicos, materiais e humanos. Acredito que o princípio da independência funcional deva ser pensado e operacionalizado sobre novas bases, de modo a impedir que a atuação da Instituição se disperse em múltiplas

iniciativas individualistas. A cooperação e a comunicação interna podem temperar, nos limites constitucionais, o novo desenho de atuação, que fortaleça, sobretudo, a unidade institucional.

Precisamos, cada vez mais, cultivar a proximidade com a sociedade. O prestígio e o respeito que nos são creditados representam um patrimônio moral de nossa instituição de valor inestimável. Em recente pesquisa que avalia a confiabilidade das instituições, realizada pela Fundação Getúlio Vargas, passamos a ocupar o terceiro lugar, junto com a imprensa escrita, estando a nossa frente apenas as forças armadas e a igreja católica.

Enfrentaremos a crise arrecadatória e os desvios de recursos públicos potencializando nossos conhecimentos técnicos interdisciplinares, integrando as áreas de tutela coletiva e persecução penal e construindo redes de controle com outros órgãos públicos igualmente incumbidos da missão fiscalizadora. Neste sentido daremos total ênfase ao Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO); Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP) e ao recém-criado Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (GAECC).

Olharemos para a situação financeira do Estado, mas não sob uma ótica exclusivamente patrimonial. Velaremos também pela integridade dos compromissos e programas públicos essenciais à dignidade da pessoa humana e à proteção dos direitos fundamentais. A crise financeira não pode servir de justificativa para retrocessos nas questões sociais e de cidadania.

As instituições precisam repensar a política de segurança pública e de enfrentamento à criminalidade. Estamos travando batalhas que ceifam vidas, sobretudo das forças policiais e da população mais carente. A estrutura empresarial do crime organizado precisa sofrer golpes mais duros, sobretudo em seus pilares econômicos. É necessário alcançar aqueles que possuem o real poder gerencial dessas atividades.

Do mesmo modo, sabemos que o sistema carcerário brasileiro encontra-se imerso em grave crise, em frontal violação aos princípios e objetivos traçados pela Lei de Execução Penal. Temos sim que acompanhar e fiscalizar com rigor o efetivo cumprimento da pena, sem esquecermos da importante e difícil missão de ressocialização dos apenados. Não podemos esquecer que todo ser humano privado de sua liberdade não pode também ser privado da sua dignidade.

A superpopulação carcerária é inegável. Precisamos enfrentar todas as suas possíveis causas, como a necessidade de revisão dos critérios de encarceramento; a maior agilidade e controle na análise do cumprimento das penas, evitando que apenados que já cumpriram suas penas continuem encarcerados; além de um comprometimento real com a ampliação de vagas no sistema penitenciário. Devemos buscar a construção de soluções concretas e planejadas, com o engajamento de todos os atores responsáveis.

Acredito em dias melhores.

A cidadania participativa, a cobrança popular e o espírito crítico dos membros do Ministério Público são garantias de que já estamos evoluindo para o aperfeiçoamento da Instituição.

O Ministério Público é uma instituição dinâmica e o futuro que nos espera é promissor e com grandes responsabilidades.

Temos muito a fazer. Temos muito a realizar.

Nas palavras de Enrico Ferri, o sentido da vida está na vontade constante pelo trabalho, a fé na vitória e a força para superar obstáculos e adversidades.

Que Deus nos ilumine!

Muito obrigado.





## **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Empossa Nova Promotora de Justiça Substituta**

Em sessão solene realizada no dia 26 de janeiro, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) deu posse à Promotora de Justiça Substituta Thais Possati de Souza, aprovada no XXXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do MPRJ.

A 1ª Sessão Ordinária do Colegiado deste ano foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça em Exercício e Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais, Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, representando o Procurador-Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem.

Após o Secretário-Geral do MPRJ, Dimitrius Viveiros Gonçalves, fazer a leitura do termo de posse, a nova Promotora Substituta destacou, em discurso, a responsabilidade e alegria de integrar o quadro do MPRJ. Thais Possati de Souza ressaltou ainda que, ao ser comunicada de sua investidura, “passou a refletir profundamente sobre o real significado de se tornar membro do Ministério Público e de ter a missão constitucional de realizar a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sobretudo no atual cenário de crise política, social, moral, ética e econômica que o país atravessa”.



Também participaram da cerimônia de posse o Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, e os conselheiros Sumaya Therezinha Helayel, Ricardo Ribeiro Martins, Rogério Carlos Scantamburlo, Cláudio Soares Lopes, Alexandre Viana Schott, Cláudio Henrique da Cruz Viana, Conceição Maria Tavares de Oliveira e Marlon Oberst Cordovil.



## **Posse dos Novos Integrantes do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para o Biênio 2017/2019**

Em sessão solene realizada no dia 3 de fevereiro, tomaram posse os oito membros eleitos para o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CSMP), no biênio 2017-2019. Pelo Colégio de Procuradores de Justiça, foram empossados os Procuradores Marcelo Daltró Leite, Cláudio Soares Lopes, Sumaya Therezinha Helayel e Anna Maria Di Masi. Para as quatro vagas destinadas aos eleitos pelos votos dos Promotores de Justiça, tomaram posse os Procuradores Ricardo Ribeiro Martins, Flávia Araújo Ferrer de Andrade, Conceição Maria Tavares de Oliveira e Dennis Aceti Brasil Ferreira.

Os novos integrantes efetivos do CSMP foram eleitos no dia 7 de novembro de 2016, tendo votado no pleito 190 Procuradores de Justiça e 638 Promotores de Justiça. A eleição foi realizada pelo Sistema Eletrônico de Votação (SEV).

O Procurador-Geral de Justiça, José Eduardo Ciotola Gussem, abriu a solenidade falando de sua satisfação por estar presidindo, pela primeira vez, uma sessão do Conselho, órgão integrante da Administração Superior do Ministério Público, com funções administrativas, de execução e revisoras. "Sem dúvida alguma, o Conselho é

um dos organismos mais importantes da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça. É uma honra para mim dividir esse espaço com os meus colegas”, afirmou.

Após a abertura da cerimônia, José Eduardo Ciotola Gussem convidou o conselheiro Ricardo Ribeiro Martins para fazer a leitura do compromisso em nome de todos os novos integrantes. Na sequência, a secretária do órgão, Sumaya Therezinha Helayel, fez a leitura do termo de posse em nome de todos os conselheiros que, em seguida, assinaram o documento.

Após a escolha da Procuradora de Justiça Sumaya Therezinha Helayel como secretária do Colegiado, o Procurador-Geral de Justiça declarou os novos conselheiros empossados.

José Eduardo Ciotola Gussem anunciou, ainda, os nomes dos suplentes Alexandre Araripe Marinho, Antonio Carlos da Graça de Mesquita e Lúcia Ramos Serão, eleitos pelos votos dos Procuradores de Justiça; e Denise Freitas Muniz, Galdino Augusto Coelho Bordallo e Bruno Ferolla, escolhidos pelos votos dos Promotores.

Na sequência, o conselheiro Marlon Oberst Cordovil falou em nome dos membros que estão terminando o período no conselho e agradeceu ao Colégio de Procuradores de Justiça. Ele lembrou das deliberações importantes tomadas pelo antigo colegiado, como a implementação do julgamento por turmas.

O Conselheiro Marcelo Daltro Leite discursou em nome dos empossados e ressaltou a grande responsabilidade que terá o Conselho Superior da Instituição, investido de atribuições que podem auxiliar o combate à corrupção. Ele destacou que o MPRJ, consciente de seu papel, já elegeu a corrupção como foco principal de sua atuação, a partir da criação do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (GAECC).

Também integraram a mesa dos trabalhos o Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard; o Presidente da Associação dos Membros do Ministério Público (Amperj), Luciano Oliveira Mattos de Oliveira; e a Presidente do Centro de Procuradores de Justiça, Maria do Carmo dos Santos Casa Nova. A cerimônia foi prestigiada, ainda, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis Institucionais, Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel; o Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e Direitos Humanos, Alexandre Araripe Marinho; o Ouvidor do MPRJ, José Roberto Paredes; e o Coordenador do Ceaf (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional), Sávio Renato Bittencourt Soares Silva, além de familiares dos novos conselheiros.



## **Conselheiro Marcelo Dalto Leite Discursa em Nome do Colegiado:**

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. José Eduardo Ciotola Gussem, em cuja pessoa cumprimento os integrantes do Conselho Superior do Ministério Público;

Exmos. Srs. Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça;

Senhoras e Senhores aqui presentes e que representam a família e os amigos dos empossandos;

Servidores do Ministério Público.

Gostaria de iniciar este discurso valendo-me da expressão “eu tenho um sonho”, utilizada pelo Reverendo Luther King em célebre discurso.

No entanto, olhando o estado atual desta nação e, mais atentamente, para o Estado do Rio de Janeiro, foge-me a esperança e tenho dificuldade em sonhar.

Vivemos dias difíceis.

Passados 28 anos e 4 meses da nova ordem constitucional, inaugurada após a cessação do Governo Militar instaurado em 1964, parece que o sonho de uma nação democrática, inclusiva e próspera escorre como água entre nossos dedos.

O tempo das ideologias já passou e Cazuza já percebia isto há muito tempo quando afirmava em letra de música: “ideologia, eu quero uma pra viver.”

Ideologias davam forma ao mundo, ao menos em nosso imaginário, ainda que absolutamente dissociadas dos fatos. Não importava a realidade, importava o sonho.

Mas a realidade é mais complexa do que o sonho podia supor.

A complexidade do mundo moderno colocou as ideologias e os sonhos em mera lembrança de um passado cujo futuro não se concretizou.

A verdade, senhoras e senhores, é que o país tornou-se, nestes 28 anos, mais violento. Os crimes com violência contra a pessoa são tão constantes que tememos o espaço público e enclausuramo-nos em nossos lares. As cidades são territórios partidos e o campo perdeu há muito aquela aura de espaço seguro.

O serviço de ensino público está pior e o serviço de saúde pública praticamente não existe mais.

Qual a razão para esta situação tão lamentável?

Não tenho dúvida em afirmar que grande parcela de culpa por tal insegurança e ausência de ensino e de saúde reside na violência da corrupção que tomou conta do Estado Brasileiro.

Sim, violência da corrupção, pois, se num primeiro olhar a corrupção é prática que não atinge a integridade física ou moral das pessoas, ao final seu resultado será precisamente este, o de uma sociedade violenta.

É que a corrupção impede que o Estado atue de forma eficaz para o bem estar dos cidadãos. A sua lógica é a da satisfação dos interesses subalternos, que não visam à satisfação dos interesses da coletividade.

Por isto, prezados conselheiros, ao assumirmos nossos encargos no Conselho Superior, impossibilitados, a meu sentir, de afirmarmos “eu tenho um sonho”, podemos dizer “eu tenho um dever”.

É claro que todos nós temos deveres, mas parece que neste momento surge diante do Ministério Público uma gravidade tal que o cumprimento deste dever agiganta-se e deve sobressair ainda que corramos o risco de ofensa a garantias e direitos assegurados aos membros do Ministério Público.

É que os poderes políticos da nação, atingidos pela revelação do sistema corrupto criado em detrimento do bem estar da nação, iniciam movimento para fragilizar o sistema legal criado a duras penas para combater o crime organizado.

A resposta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, então, não pode ser outra senão a de cumprir seu dever sem temor, fazendo-o de forma eficaz e prática, sem idealizações desnecessárias.

Neste sentido, a eleição de investigações que podem produzir resultado prático relevante, em especial contra a corrupção que tomou conta do Poder Público, deve ser uma prioridade.

E aqui surge o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como órgão superior da instituição, investido de atribuições que podem auxiliar em muito o combate à corrupção em razão da ampla visão que tem do universo dos fatos apurados pelos promotores de justiça com atribuição de tutela coletiva.

Ora, a visão integral, não fragmentada, e a experiência dos integrantes do Conselho Superior, todos Procuradores de Justiça e, portanto, com longa presença na instituição, permitem aos conselheiros o exame dos feitos de perspectiva privilegiada, capaz de cooperar de forma relevante no combate à corrupção.

Nesta quadra, vale lembrar que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro já elegeu a corrupção como foco principal de sua atuação, tanto é que foi criado recentemente o Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção, com atribuição cível, para a instauração de inquéritos civis e ações civis públicas, e com atribuição criminal, para a investigação e propositura das ações penais.

Assim, considerando o papel de revisor de arquivamentos de inquéritos civis públicos de que é investido o Conselho Superior do Ministério Público, caberá aos conselheiros a compreensão de que os promotores de justiça e o procurador-geral de justiça poderão eleger prioridades com eventual prejuízo da apuração de fatos de pouca relevância, dada a limitação de recursos humanos.

Caberá, também, aos conselheiros, o exame atento dos motivos que deram origem aos inquéritos civis arquivados, isto porque a violação de um direito fundamental pode ter como origem a desestruturação de serviço estatal decorrente da corrupção, a indicar que o arquivamento deve ser rejeitado para que se apure melhor a causa da violação.

Caberá, finalmente, ao Conselho Superior do Ministério Público o dever de acompanhar o andamento dos inquéritos civis para que a prioridade já manifestada pela instituição seja cumprida, atendendo ao anseio da sociedade brasileira, que já não mais suporta a violência da corrupção.

Nós desejamos caminhar pelas ruas de nossas cidades sem temor e descansar nas roças e fazendas sem medo? Nós queremos um ensino de qualidade e saúde básica para todos? Então o Ministério Público tem um dever, o de combater a corrupção. Reduzida a corrupção, o Estado brasileiro poderá entregar aos cidadãos melhores serviços porque eficiência e corrupção são antagônicos.

Concluo para dizer que, ao final, parece que tenho um sonho, ao menos, que a atuação intemorata do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro possa, no futuro, permitir aos nossos filhos e netos e aos nossos concidadãos o direito de sonharem.

Muito obrigado.





# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

## **AUTOCOMPOSIÇÃO**

57, 74-75, 113-114, 116-119, 122;

## **ANTIGUIDADE**

166;

## **ADESÃO**

61-62, 80, 123-124, 285, 287, 290-295, 298;

## **ARBITRAGEM**

56, 57, 80, 116, 260, 285-287, 291-300;

## **ACÓRDÃO**

201-202, 205-206, 229-230, 232-238, 243-244, 252-253, 257, 259, 266-270, 277-279, 282, 284, 286-287, 291, 295, 299-300, 304-308, 314-316, 319-328, 423, 448, 454;

## **ARQUIVAMENTO RECUSADO**

201, 208;

## **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

57, 73, 114, 116, 119-120, 122-124, 177, 193-194, 196, 265-266, 272-275, 310, 312-313;

## **APATIA RACIONAL**

37, 40-42, 44-47;

## **AUTONOMIA PRIVADA**

20-22, 28-30, 32;

## **CONTRATO DE FRANQUIA**

285-290, 292;

## **CESSÃO**

257-262;

## **CRIANÇA E ADOLESCENTE**

140;

## **CONCILIAÇÃO**

56-58, 71, 75, 80, 113-114, 116-122, 124, 260, 270, 287;

## **CASO UNIMED**

136;

## **CONSTITUCIONALIDADE**

20, 32, 85, 86, 90-91, 107, 111, 156, 193, 205-206;

## **CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**

99, 106, 109;

## **CONDIÇÃO HUMANA**

24, 37, 55, 59;

## **CONFLITO DE REGRAS**

48;

## **CONFLITUALIDADE**

55, 59-60, 62, 67;

## **CONFLITUALIDADE IMANENTE**

59;

## **CONFLITO**

21, 28, 44, 47-48, 55-61, 63, 65, 67, 73-78, 80-81, 100, 113-120, 122-124, 146, 172, 205, 260, 269-270, 278, 294, 296, 300, 369, 372, 375, 377, 405-406, 420, 423, 427, 432, 437, 447-449, 452, 468, 491, 493, 501;

## **DECRETO PRESIDENCIAL**

319-328, 330;

## **DIGNIDADE HUMANA**

20, 24, 28, 30-31, 313, 374, 428, 435, 465, 525;

## **DIREITO DO CONSUMIDOR**

77, 81;

## **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

140, 142, 144, 147;

## **EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

277;

## **ELEIÇÃO**

102, 119, 165-166, 168, 177, 289-290, 531, 534;

## **ESTADO CONSTITUCIONAL**

54, 99-100, 103, 115;

## **ESTADO COOPERATIVO**

99;

## **EMPRESA AIR FRANCE**

79;

## **SUPERENDIVIDAMENTO**

80-81;

## **FALTA GRAVE**

319-326, 328-329;

## **GARANTISMO PENAL**

49, 54;

## **GUARDA MUNICIPAL**

85-87, 89-92, 95-96;

**GARANTIA(S)**  
28, 31-32, 49, 52-53, 87, 103, 105-106, 108-111, 120, 148, 160, 212-213, 219, 312, 339, 342, 373, 385, 396, 423, 443, 445-448, 450-451, 454-455, 458, 460-462, 474, 484, 490-491, 500, 510-511, 513-515, 528, 534;

**HOMICÍDIO**  
23, 229, 230, 233, 237-239, 241-242, 244, 247-252, 277-284, 355, 422, 457;

**HOMICÍDIO DOLOSO**  
229, 233, 239, 244, 248, 422;

**HOMO FABER**  
40-41;

**IMPROBIDADE**  
123, 175, 177-179, 190, 191, 193-199, 306, 317, 522;

**IMUNIDADES**  
156;

**INSTITUIÇÕES FILANTRÓPICAS**  
155;

**JUS-UNIVERSALISMO**  
99;

**JUSTIÇA ADMINISTRATIVA**  
113, 119-120;

**LEGÍTIMA DEFESA**  
277-278, 280-284;

**LISTA TRÍPLICE**  
165-166, 168, 173, 521, 524;

**LITIGAÇÃO REPETITIVA**  
37, 39, 42, 44-45, 47;

**LEGITIMAÇÃO**  
49-50, 92, 178;

**LITIGANTES**  
37, 40, 44, 262, 287-288;

**LITÍGIOS**  
46-47, 67, 74, 78, 118, 123;

**LIBERDADE RELIGIOSA**  
139-145, 148-149, 435;

**MATÉRIA DE RELEVANTE INTERESSE LOCAL**  
303;

**MÁQUINAS AGRÍCOLAS**  
303, 306-309;

**MINISTÉRIO PÚBLICO**  
19-20, 26-27, 32, 49-54, 75, 78-81, 86, 166-167, 173, 175-182, 186, 189, 199-202, 209, 213, 221, 225-226, 229-230, 232, 242, 246, 249, 265-269, 274-275, 280, 303, 306-308, 310-311, 313-317, 319-320, 323, 325, 330, 371, 390, 422, 427, 521-522, 524-526, 528-529, 531-535;

**MITO DA IMPARCIALIDADE**  
49;

**MÉDICOS-COOPERADOS**  
127, 137;

**MEDIADOR**  
55-59, 62-67, 74-75, 116-117, 119, 121;

**MEDIAÇÃO**  
55-59, 62-67, 71, 73-81, 113-114, 116-124, 270, 299;

**ÔNUS**  
44, 130, 257-262, 313, 428, 450, 452, 455, 513;

**ORALIDADE**  
55, 58-59, 66-67, 119;

**OTIMIZAÇÃO**  
304, 310;

**ORTOTANÁSIA**  
19-20, 23-24, 26-28, 32;

**PERÍMETRO URBANO**  
303, 307-308, 314;

**PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**  
296, 303, 307, 516;

**PORTE ILEGAL DE ARMAS**  
237, 277, 280;

**POPULAÇÃO CARCERÁRIA**  
210, 437, 527;

**PAGAMENTO DE DÍVIDAS**  
159;

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**  
165-166, 168, 201-202, 521-523, 529, 531-533, 535;

**PORTE DE ARMA**  
85, 91-92, 95, 279-284;

**PROCON**  
78, 80;

**PROGRAMA DE INDENIZAÇÃO**  
80;

**PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE**  
37, 39-40, 44-48;

**PLURALISMO**

55, 60-62, 64, 67;

**PODER FAMILIAR**

139-140, 144-149;

**PRINCÍPIOS**

20-22, 30, 38, 42-45, 47-48, 55, 57-58, 66-67, 76-77, 81, 94-95, 100-102, 104-105, 107-108, 110-111, 119, 140, 143, 177, 193-198, 205-206, 268, 270, 296, 385, 427, 451-453, 456, 467, 491, 510-512, 514, 516, 523, 527;

**PRIVAÇÃO DE LIBERDADE**

339, 374, 385-387, 389-390, 414, 424, 434-436, 448, 490-491, 510;

**REPARAÇÃO DE DANOS**

289;

**REMUNERAÇÃO(ÕES)**

177, 200, 211, 257-262, 267-271, 273;

**RECURSO ESPECIAL**

130-131, 229, 232-237, 251-253, 279-280, 285-286, 288-291, 295, 298-301, 304-308, 311-316, 319-322, 324-326, 328;

**RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

175, 193;

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

159-160;

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

134;

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

134-135;

**RESOLUTIVIDADE**

59, 63, 67, 521, 525;

**REPEAT PLAYERS**

37-38, 40, 42, 44;

**RATIONAL APATHY**

37-38, 40-41, 44;

**RECOMENDAÇÕES**

343, 371, 440;

**SISTEMA PRISIONAL**

209-213, 219-221, 224-227;

**SUBSTITUTIVIDADE**

56;

**SOCIEDADE COOPERATIVA**

128, 131-132, 134-137;

**SOCIEDADE DE MASSA**

37, 40;

**SUPERLOTAÇÃO**

209-213, 217-221, 223-227, 339, 355-356, 374, 405-406, 408, 412, 424-425, 428-429, 431, 437, 451, 462-463, 484;

**TERMO CIRCUNSTANCIADO**

201, 207 - 208;

**TESTAMENTO VITAL**

19-23, 25-29, 32-33;

**TRATAMENTO DESUMANO**

20-22, 24, 28-29, 219, 438;

**TÉCNICAS ALTERNATIVAS**

77;

**VEÍCULOS PESADOS**

303, 306-309;

**VARA DE EXECUÇÕES PENAIS**

209, 213, 224-226;

**VOTO ELETRÔNICO**

165, 167, 173;

## **Assinatura da Versão Digital**

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:  
revista.assina@mprj.mp.br

## **Envio de trabalhos para publicação**

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

[www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:  
revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:  
revista@mprj.mp.br