

PUBLICAÇÃO DO
2º CONCURSO NACIONAL
DE DECISÕES JUDICIAIS E
ACÓRDÃOS EM

DIREITOS HUMANOS



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA

PUBLICAÇÃO DO
2º CONCURSO NACIONAL
DE DECISÕES JUDICIAIS E
ACÓRDÃOS EM

DIREITOS HUMANOS



FAZENDO
JUSTIÇA



CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luís Roberto Barroso

Corregedor Nacional de Justiça

Ministro Mauro Campbell

Conselheiros

Ministro Guilherme Caputo Bastos

José Edivaldo Rocha Rotondano

Renata Gil de Alcantara Videira

Mônica Autran Machado Nobre

Daniela Pereira Madeira

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha

Guilherme Guimarães Feliciano

Pablo Coutinho Barreto

João Paulo Santos Schoucair

Ulisses Rabaneda dos Santos

Marcello Terto e Silva

Daiane Nogueira de Lira

Secretária-Geral

Adriana Alves dos Santos Cruz

Secretário de Estratégia e Projetos

Gabriel da Silveira Matos

Diretor-Geral

Johaness Eck

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS — DMF

Supervisor

Conselheiro José Edivaldo Rocha Rotondano

Juiz Auxiliar da Presidência e Juiz Coordenador do DMF/CNJ

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juizes Auxiliares da Presidência

João Felipe Menezes Lopes

Jônatas Andrade

Diretora Executiva

Renata Chiarinelli Laurino

Diretora Técnica

Carolina Castelo Branco Cooper

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS — UMF/CNJ

Juiz Auxiliar da Presidência e Coordenador da UMF/CNJ

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Equipe UMF/CNJ

Vitor Stegemann Dieter

Flávia Piovesan

Andrea Vaz de Souza Perdigão

Luiz Victor do Espírito Santo Silva

Equipe UMF/PNUD - Fazendo Justiça

Bruna Nowak

Isabelle Cristine Rodrigues Magalhães

Natália Faria Resende Castro

Catarina Mendes Valente Ramos

EXPEDIENTE

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Secretária de Comunicação Social

Giselly Siqueira

Coordenador de Multimeios

Jônathas Seixas de Oliveira

Projeto gráfico

Eron Castro

2025

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6 - CEP: 70070-600

Endereço eletrônico: www.cnj.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	9
CATEGORIA 1	
Direitos das Crianças e dos Adolescentes	17
CATEGORIA 2	
Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade	23
Menção Honrosa	49
CATEGORIA 3	
Direitos das Mulheres	65
CATEGORIA 4	
Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Queer, Intersexo, Assexual e Pansexual – LGBTQIAP+	85
CATEGORIA 5	
Direitos dos Afrodescendentes	99
Menção Honrosa	125
CATEGORIA 6	
Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais	141
CATEGORIA 7	
Direitos da Pessoa com Deficiência	243
Menção Honrosa	301

CATEGORIA 8

Direitos das Pessoas Idosas	311

CATEGORIA 9

Direitos dos Migrantes e Refugiados	329

CATEGORIA 10

Direitos das Pessoas em Situação de Rua	339

CATEGORIA 11

Direitos dos Trabalhadores em situação de vulnerabilidade e combate ao trabalho escravo	351
Menção Honrosa	381

CATEGORIA 13

Direitos dos grupos em situação de vulnerabilidade	403

CATEGORIA 14

Direito ao Meio Ambiente Saudável e à Justiça Climática	447

CATEGORIA 15

Direito à Liberdade de Expressão e à garantia dos direitos humanos na emergência de novas tecnologias	461

CATEGORIA 16

Direito a Memória, Verdade e Justiça	467
Menção Honrosa	559

APRESENTAÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça apresenta esta publicação reunindo as decisões e acórdãos premiados no **2.º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos**, instituído pela Portaria n.º 255/2024. O certame integra o **Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos**, iniciativa que congrega ações do CNJ para fomentar a aplicação consistente dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e reforçar o controle de convencionalidade no âmbito do Judiciário brasileiro.

O concurso reconhece decisões que, em casos concretos, incorporaram a jurisprudência e os padrões protetivos do Direito Internacional dos Direitos humanos, com destaque para os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e para as recomendações da Comissão Interamericana, produzindo impactos mensuráveis na garantia de direitos. As dezesseis categorias contempladas abrangem temas como infância, pessoas privadas de liberdade, mulheres, população LGBTQIAP+, povos indígenas, meio ambiente e liberdade de expressão, refletindo a diversidade de agendas que chegam diariamente aos tribunais.

Ao difundir essas decisões, o CNJ busca oferecer referências técnicas à magistratura, incentivar a fundamentação alinhada a normas internacionais e estimular a adoção de boas práticas que fortaleçam a proteção judicial de grupos vulneráveis. Trata-se, portanto, de um instrumento de aperfeiçoamento institucional e de promoção da segurança jurídica na matéria de direitos humanos.

Registro meu reconhecimento às magistradas e aos magistrados agraciados e convido todos os tribunais a perseverarem na promoção do controle de convencionalidade e no uso dos parâmetros internacionais de direitos humanos em seus julgados.

Luís Roberto Barroso

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

INTRODUÇÃO

Sob a égide da 2ª Fase do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, o **2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos** premiou magistrados e magistradas que proferiram decisões e acórdãos fundamentados na proteção e promoção dos Direitos Humanos, com ênfase na observância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como na aplicação do controle de convencionalidade.

O Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, lançado em março de 2022, inspira-se na Recomendação CNJ n. 123 de 2022, que insta os órgãos do Poder Judiciário à observância dos tratados internacionais de direitos humanos, ao exercício do controle de convencionalidade e ao uso da jurisprudência interamericana. Seu objetivo é fortalecer a cultura de direitos humanos e controle de convencionalidade no poder Judiciário sob a crença de que todos os juízes e juízas nacionais são também juízes e juízas interamericanos.

Entre as ações do Pacto, incluiu-se a realização do 1º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, em 2022, com a premiação de juízes e juízas cujas decisões/acórdãos efetivaram a proteção a múltiplas diversidades e vulnerabilidades atendo-se a oito categorias de premiação: Direitos da Criança e do Adolescente, Direitos das Pessoas privadas de liberdade, Direitos das Mulheres, Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexuais, Queer, Intersexo e Assexuais – LGBTQIA+, Direitos dos Afrodescendentes, Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, Direitos das Pessoas com deficiência e Direitos de grupos em situação de vulnerabilidade.

Em 2024, a segunda fase do Pacto consolidou a iniciativa como política pública contínua, permanente, estrutural e transformadora. Entre suas ações, destaca-se a inclusão do Concurso Nacional de sentenças e decisões em Direitos Humanos como iniciativa perene no calendário de atividades do Conselho Nacional de Justiça, sob a organização da UMF/CNJ.

O certame mais recente foi instituído pela [Portaria Presidência 255 de 14 agosto de 2024](#)¹ e regulamentado pelo [Edital de 12 de setembro de 2024](#)².

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria Nº 255 de 14/08/2024. Dispõe sobre a promoção do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, com ênfase no controle de convencionalidade e na jurisprudência interamericana. Publicada no DJe/CNJ n. 217/2024, de 12 de setembro de 2024, p. 2-9. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5727>.

2 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Edital de 12 de setembro de 2024. Edital do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos. Publicado no DJe/CNJ n. 217/2024, de 12 de setembro de 2024, p. 2-9. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5727>.

A [Portaria Presidência nº 394 de 19 de novembro de 2024](#)³ instituiu a Comissão de Pré-Seleção e a Comissão Julgadora do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, com ênfase no controle de convencionalidade e na jurisprudência interamericana.

De acordo com o art. 3º, a Comissão de Pré-Seleção foi composta pelos seguintes membros:

- I– José Edivaldo Rocha Rotondano, Conselheiro do CNJ, que presidirá a Comissão;
- II– Jônatas dos Santos Andrade, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ;
- III– Edinaldo César Santos Junior, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ;
- IV– Eduardo Ribeiro de Oliveira, Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça;
- V– Cíntia Menezes Brunetta, Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região;
- VI– Flávia Martins de Carvalho, Juíza de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo e Juíza Auxiliar do Supremo Tribunal Federal;
- VII– José Henrique Rodrigues Torres, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- VIII– Daniela Corrêa Jacques Brauner, Defensora Pública Federal e Assessora Internacional da Defensoria Pública da União;
- IX– Melina Girardi Fachin, Advogada e Diretora da Universidade Federal do Paraná;
- X– Isabel Penido de Campos Machado, Coordenadora-Geral dos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania;
- XI– Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco;
- XII– Andrea Vaz de Souza Perdigão, Coordenadora Executiva da Unidade de Fiscalização e Monitoramento da Unidade de Fiscalização e Monitoramento das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF) do CNJ;
- XIII– Vitor Stegemann Dieter, Coordenador de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da UMF do CNJ;

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria Nº 394 de 19 de dezembro de 2024. Institui a Comissão de Pré-Seleção e a Comissão Julgadora do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, com ênfase no controle de convencionalidade e na jurisprudência interamericana. Publicada no DJe/CNJ n. 316/2024, de 17 de dezembro de 2024, p. 9-10. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5912>.

XIV–Renata Chiarinelli Laurino, Diretora Executiva do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ;

XV– Bruna Nowak, Associada Técnica de Internacionalização no Programa Fazendo Justiça, na interface com a UMF do CNJ.

Por seu turno, a Comissão Julgadora contou com a seguinte composição:

I– Luís Roberto Barroso, Ministro Presidente do CNJ, que presidirá a Comissão.

II– Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho;

III– Adriana Alves dos Santos Cruz, Secretária-Geral do CNJ;

IV– Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ e Diretor do DMF;

V– Flávia Piovesan, Coordenadora Científica da UMF do CNJ;

VI– Rodrigo Mudrovitsch, Juiz e Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

VII– Marco Bruno Miranda, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região;

VIII–Mariela Morales Antoniazzi, Coordenadora do Projeto Ius Constitutionale Commune na América Latina (Rede ICCAL) no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law;

IX– Patrícia Perrone Campos Mello, Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal e Professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Destaca-se que na 2ª edição do Concurso houve um aumento de 118% de inscrições em relação ao certame anterior, com 317 decisões/acórdãos proferidos por 152 juízes/juízas e desembargadores/desembargadoras de diferentes esferas do Judiciário, o que demonstra a pluralidade de atuações jurisdicionais que contribuem para a cultura de direitos humanos no Brasil.

Ademais, esta edição incluiu 8 novas categorias, além daquelas previstas no primeiro certame: Direitos das Pessoas Idosas; Direitos dos Migrantes e Refugiados; Direitos das Pessoas em Situação de Rua; Direitos dos Trabalhadores em situação de vulnerabilidade

e combate ao trabalho escravo; Direitos das Pessoas Defensoras de Direitos Humanos; Direito ao Meio Ambiente Saudável e à Justiça Climática; Direito à Liberdade de Expressão e à garantia dos direitos humanos na emergência de novas tecnologias; e Direito a Memória, Verdade e Justiça.

A avaliação das decisões judiciais e acórdãos vencedores observou a atribuição de pontuação conforme os seguintes critérios previstos no [Edital de 12 de setembro de 2024](#):

4.1.1. A **fundamentação** da decisão judicial ou acórdão na promoção dos Direitos Humanos e na proteção às diversidades e vulnerabilidades;

4.1.2. A **utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)** como balizas na fundamentação da decisão judicial ou acórdão;

4.1.3. O **impacto** da decisão judicial ou acórdão na efetivação dos Direitos Humanos;

4.1.4. A **efetivação das normativas nacionais e internacionais** que versam sobre Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário;

4.1.5. A **relevância** da decisão judicial ou acórdão para a categoria na qual for indicado;

4.1.6. A **diversidade regional brasileira**, buscando agraciar representantes do maior número possível de regiões e Estados brasileiros.

4.2. Além das categorias de premiação, poderão ser concedidas homenagens especiais a Magistrados(as) que tenham se destacado na promoção dos Direitos Humanos e na proteção às diversidades e às vulnerabilidades, em âmbito nacional ou internacional, por decisão da Comissão Julgadora.

Por decisão da Comissão Julgadora, dentre as 3 (três) decisões/acórdãos finalistas em cada categoria, elegeram-se as seguintes vencedoras no 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos:

Na Categoria 1, **Direitos da Criança e do Adolescente**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC, proferida pela Exma. Juíza Ana Cristina Borba Alves, que discute um pedido para emissão de certidão de antecedentes infracionais de adolescente para instruir processo criminal, envolvendo a proteção dos registros de atos infracionais da Justiça da Infância e Juventude.

Na Categoria 2, **Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, proferida pela Exma. Juíza Ana Carolina Bartolamei Ramos, que trata de execução penal com pleito de cômputo em dobro

do tempo de pena, fundamentado em condições degradantes, insalubres e na alegada violência obstétrica dentro do contexto das pessoas privadas de liberdade.

Conforme previsão editalícia, concedeu-se também Menção Honrosa à acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul – TJMS, relatado pela Exma. Desembargadora Elizabete Anache, em que é discutida a legalidade da busca domiciliar e dos procedimentos de abordagem, custódia e interrogatório, questionando a validade das provas obtidas em decorrência de invasão de domicílio no contexto de denúncia anônima e suspeita de tráfico de drogas.

Na Categoria 3, **Direitos das Mulheres**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ, proferida pela Exma. Desa. Adriana Ramos de Mello, que trata de ação indenizatória decorrente de erro médico e violência obstétrica, os quais ocasionaram sequelas físicas e emocionais na vítima e o óbito de seu filho, configurando violação dos direitos humanos das mulheres e falha na prestação de serviços de saúde.

Na Categoria 4, **Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Queer, Inter-sexo, Assexual e Pansexual – LGBTQIAP+**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, proferida pelo Exmo. Juiz Fernando Antônio de Lima, sobre demanda de indenização por danos morais decorrentes de conduta discriminatória, transfóbica e racista cometida durante a prestação de serviço de transporte, resultando na expulsa e bloqueio do serviço de transporte.

Na Categoria 5, **Direitos dos Afrodescendentes**, premiou-se a acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, de relatoria do Exmo. Des. Alfredo Attié, que versa sobre alegada discriminação racial na abordagem realizada por seguranças privados no interior de um shopping, caracterizada como perfilamento racial, e os consequentes danos morais decorrentes dessa prática discriminatória, sem mencionar os nomes das partes.

Conferiu-se, ainda, Menção Honrosa à decisão oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – TRT3, proferida pela Exma. Juíza Paula Oliveira Cantelli, no âmbito de ação trabalhista em que se discute discriminação no processo de contratação, fundamentada em estereótipos relacionados à aparência e identidade étnico-racial, que configura tratamento desigual e desrespeito à dignidade no ambiente de trabalho.

Na Categoria 6, **Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, proferida pela Exma. Juíza Hallana Duarte Miranda, acerca do reconhecimento dos direitos territoriais e a proteção dos direitos das comunidades quilombolas, com foco na sobreposição do território da Comunidade Quilombola de Bombas pelo PETAR e os consequentes problemas fundiários e socioambientais.

Na Categoria 7, **Direito da Pessoa com Deficiência**, premiou-se a acórdão oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, relatado pela Exma. Juíza Convocada relatora Adriana Campos de Souza Freire Pimenta, em que se reconhece o direito à redução da jornada de trabalho sem redução salarial para empregados que são pessoas com deficiência ou possuem dependentes com deficiência, e impõe medidas inibitórias e condenação por danos morais coletivos.

Houve também Menção Honrosa ao acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatado pela Exma. Desembargadora Maria Aglaé Tedesco Vilardo, que versa sobre a indenização por danos morais, estéticos e materiais decorrente dos efeitos da síndrome da Talidomida, com análise acerca da imprescritibilidade dos direitos da personalidade e da proteção consequente para pessoas com deficiência.

Na Categoria 8, **Direitos das Pessoas Idosas**, premiou-se o acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, proferido pelo Exmo. Desembargador Eduardo Augusto Salomão Cambi, que analisa ação de curatela e de medidas protetivas envolvendo um idoso com Alzheimer em estágio avançado, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e na limitação da curatela à gestão do benefício previdenciário.

Na Categoria 9, **Direitos dos Migrantes e Refugiados**, premiou-se sentença oriunda do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido pela Exma. Juíza Claudia Schlichta Gius-ti, que trata de concessão de pensão por morte a cônjuge e dependente de trabalhador haitiano falecido no Brasil, em face do INSS.

Na Categoria 10, **Direitos das Pessoas em Situação de Rua**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Acre – TJAC, proferido pela Exma. Juíza Andrea da Silva Brito, acerca da adoção de medidas alternativas para assegurar o tratamento de dependência química, assistência psicossocial e inclusão social de pessoa em situação de vulnerabilidade, sem prejudicar o direito à dignidade e à igualdade, à luz das peculiaridades da vida em situação de rua.

Na Categoria 11, **Direitos dos Trabalhadores em situação de vulnerabilidade e combate ao trabalho escravo**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região – TRT8, proferida pelo Exmo. Juiz Otávio Bruno da Silva Ferreira, que trata da proteção dos direitos de trabalhadores em situação de vulnerabilidade, especificamente na verificação de condições análogas à escravidão em operações de garimpo, com foco na irregularidade de vínculos empregatícios e no descumprimento de direitos trabalhistas mínimos.

Conferiu-se, ainda, Menção Honrosa à decisão oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho Juliana Oliveira, no âmbito de ação trabalhista em que se discute a existência de irregularidades na prestação de serviços na cadeia produtiva do tabaco por meio de contratos de integração, com alegações de condições de trabalho degradantes, trabalho infantil e analogia à escravidão, bem como a discussão sobre a responsabilidade solidária na relação entre integradora e produtores rurais.

Conforme os termos do item 7.3 do Edital, a Comissão Julgadora considerou que não foi apresentada decisão judicial ou acórdão na Categoria 12, **Direitos das Pessoas Defensoras de Direitos Humanos**, que atendesse plenamente aos critérios estabelecidos na seção IV do edital (critérios de seleção), de modo que não houve premiação para a referida categoria.

Na Categoria 13, **Direitos de grupos em situação de vulnerabilidade**, premiou-se o acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – TJBA, relatado pelo Exmo. Desembargador Geder Luiz Rocha Gomes, que versa sobre o enfrentamento do constrangimento ilegal decorrente da manutenção de custódia cautelar e internação provisória, especialmente em razão de atraso na realização de exame de insanidade mental e das medidas de proteção à saúde mental, sem respaldo em procedimentos adequados e em conformidade com a política antimanicomial.

Na Categoria 14, **Direito ao Meio Ambiente Saudável e à Justiça Climática**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA, proferida pelo Exmo. Juiz Douglas de Melo Martins, que discute a responsabilidade pelo lançamento de efluentes sem tratamento adequado em curso d'água, visando a revisão do licenciamento ambiental da Estação de Tratamento de Esgoto e a reparação por danos ambientais e dano moral coletivo decorrentes da poluição hídrica.

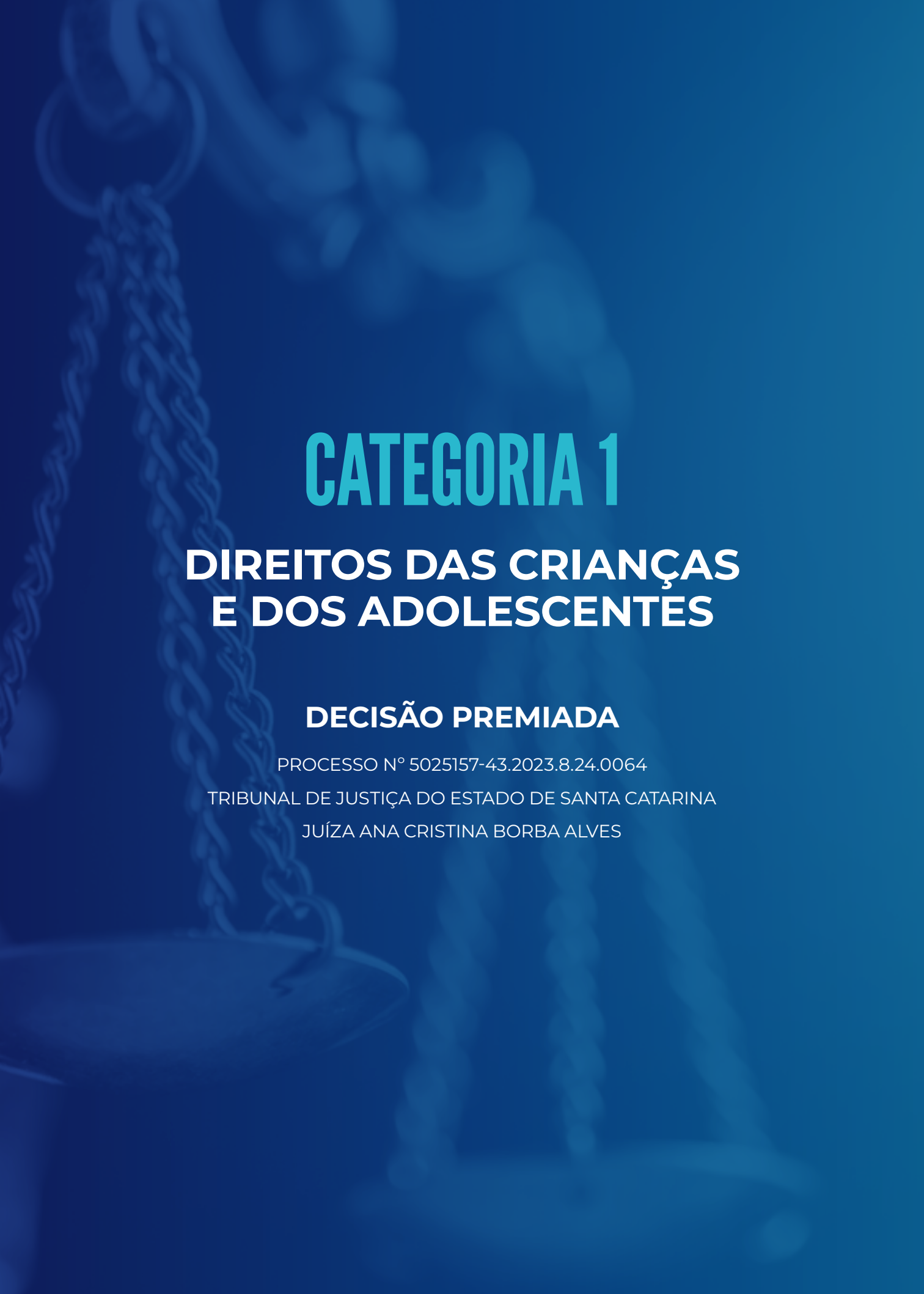
Na Categoria 15, **Direito à Liberdade de Expressão e à garantia dos Direitos Humanos na emergência de novas tecnologias**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE, proferida pelo Exmo. Juiz Francisco Hilton Domingos de Luna Filho, que analisa queixa-crime baseada em postagem na internet que contém críticas a autoridade pública, abordando a proteção à liberdade de expressão no contexto de manifestações políticas e críticas em ambiente digital.

Na Categoria 16, **Direito à Memória, à Verdade e à Justiça**, premiou-se a decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2, proferida pela Juíza Federal Maria Isadora Tiveron Frizao, no âmbito de ação penal que imputa ao réu a prática de ocultação e destruição de cadáveres de vítimas de perseguição política durante o regime militar,

configurando crimes contra a humanidade e atentando contra o direito à memória, à verdade e à justiça.

Houve, ademais, Menção Honrosa à acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, relatado pela Exma. Desembargadora Cibele Benevides Guedes da Fonseca, que versa sobre revisão de atos administrativos que modificaram a condição de anistiado político de um militar, com pedido de promoção na carreira e reparação econômica decorrente da interrupção arbitrária de sua carreira durante o regime militar, enfatizando a imprescritibilidade dos direitos relacionados à memória, verdade e justiça.

A íntegra das decisões premiadas, além das demais decisões finalistas e das decisões vencedoras do 2º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos (2024-2025), podem ser acessadas na página institucional do Conselho Nacional de Justiça.



CATEGORIA 1

DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 5025157-43.2023.8.24.0064

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

JUÍZA ANA CRISTINA BORBA ALVES

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Vara da Infância e Juventude e Anexos da Comarca de São José

Domingos André Zanini, 380 - Bairro: Barreiros - CEP: 88117200 - Fone: (48)3287-5315 - <https://www.tjsc.jus.br/comarcas/sao-jose> - Email: saojose.infancia@tjsc.jus.br

BOLETIM DE OCORRÊNCIA CIRCUNSTANCIADA Nº 5025157-43.2023.8.24.0064/SC

AUTORIDADE: POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AUTOR DO FATO: L H D

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de Boletim de Ocorrência lavrado em desfavor de L H D em 24/04/2023.

O procedimento foi extinto em razão da perda superveniente do interesse processual (Evento 17), considerando que o até então adolescente completou a maioridade e passou a responder processo criminal.

Nos autos do inquérito policial n. 5023557-84.2023.8.24.0064/SC, que tramita perante o Juízo da 2ª Vara Criminal de São José, o Ministério Público (9ª Promotoria desta Comarca) requereu a remessa de certidão de registros infracionais (Evento 42), ao argumento de que “aparentemente, o investigado é primário, porém, há informações de que ostenta passagens pela Justiça da Infância e Juventude pela prática de atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas, circunstâncias que, em tese, afastariam a justiça negocial no caso”.

A Defensoria Pública manifestou-se contrária ao pedido, em razão de que os processos nesta unidade tramitam em segredo de justiça (Evento 48).

O Ministério Público não se opôs ao pedido, em razão de que, em pese o presente feito tramitar em segredo de justiça, L H é atualmente maior de idade de imputável (Evento 52).

Vieram-me os autos conclusos.

Decido.

1. Trata-se de pedido de emissão dos antecedentes infracionais de adolescente para instruir processo criminal.

No ponto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “a expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade” (art. 144).

Contudo, nos termos do item 21 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985), das quais o Brasil é signatário – os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator, sem qualquer exceção, verbis:

21. Registros

21.1 Os registros de jovens infratores serão de caráter estritamente confidencial e não poderão ser consultados por terceiros. Só terão acesso aos arquivos as pessoas que participam diretamente da tramitação do caso ou outras pessoas devidamente autorizadas.

21.2 Os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator.

A questão, portanto, deve ser submetida ao controle de convencionalidade, que tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional (Valerio de Oliveira Mazzuoli em Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, 5ª edição, p. 154).

É que a emenda constitucional n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, trazendo a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quórum qualificado, a fim de passarem de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados equivalentes às emendas constitucionais. Tal acréscimo adiciona novo modelo de controle e aplicação das leis domésticas: o controle de convencionalidade.

Registre-se que, *em verdade, não importa o momento em que o tratado de direitos humanos foi ratificado, se antes ou depois da EC n. 45/2004. Entender que os tratados ratificados anteriormente à reforma constitucional (a exemplo das Regras de Beijing, Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985, citada acima e aplicável ao presente caso) serão recepcionados como normas constitucionais, ao passo que os ratificados posterior-*

mente valerão como normas infraconstitucionais, enquanto não aprovados pela maioria qualificada estabelecida pelo § 3º do art. 5º, é prestigiar a incongruência. Em ambos os casos (ratificação anterior ou posterior à EC n. 45) o tratado terá status de norma constitucional por integrar o núcleo do bloco de constitucionalidade. (...) **Em resumo: materialmente constitucionais os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à EC n. 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; formalmente constitucionais somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5º, § 3º, da Constituição (caso em que serão material e formalmente constitucionais). No primeiro caso (tratados apenas materialmente constitucionais), serão eles paradigma do controle difuso de convencionalidade** (Valerio de Oliveira Mazzuoli em Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, 5ª edição, p. 111) - grifei.

Nesse contexto, “o juiz tem competência para inaplicar o direito interno e aplicar a Convenção/outro tratado, mediante um exame de confrontação normativa (direito interno com o tratado) em um caso concreto e adotar uma decisão judicial protegendo os direitos da pessoa humana”, ao que se denomina “controle de convencionalidade em sede nacional” (Ernesto Rey Cantor em Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, cit., p. 46-47).

A propósito, como bem pontua Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Observe-se que as garantias processuais previstas em tratados de direitos humanos em vigor no Estado prevalecem (por terem nível constitucional) às normas internas de índole congênere, uma vez que os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor contam com privilégio hierárquico no direito brasileiro. (...) Se se pretender, porém, seguir a jurisprudência do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, tem-se que ainda assim tais instrumentos prevalecem às normas de procedimento infraconstitucionais, por guardarem (conforme o STF) nível supralegal no Brasil (STF, RE n. 466.343-1/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. CEZAR PELUSO. julg. 03.12.2008, DJe 05.06.2009) (Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, 5ª edição, p. 69).

Conclui-se que, toda vez que o juiz se deparar com tratado internacional de conteúdo mais protetivo aos direitos humanos que a própria lei doméstica e do qual a República Federativa do Brasil é signatária, conforme se verifica neste caso, deve a norma mais protetiva ser privilegiada.

Ante o exposto, a partir do constitucional e pertinente manejo do exame de controle de convencionalidade, a que se submeteu a questão, deve prevalecer a norma internacional de Administração da Justiça da Infância e da Juventude, em razão de ser mais protetiva aos direitos humanos do que a previsão da lei interna (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, considerando que os registros dos jovens infratores não serão utilizados em processos de adultos em casos subsequentes que envolvam o mesmo infrator (21.2 das Regras de Beijing), o pedido da 9ª Promotoria Criminal de São José/SC (Evento 42) não será deferido.

Não bastasse a regra mínima a ser observada na Administração da Justiça da Infância e Juventude, a garantia do absoluto sigilo também encontra respaldo no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual no art. 143 estabelece ser “vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional”.

Além disso, abordando especificamente a justificativa apresentada pela referida promotoria criminal de São José/SC, anoto que coaduna com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, “no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social. (HC 499.987/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)” (HC n. 663.705/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022).

Nesse mesmo sentido:

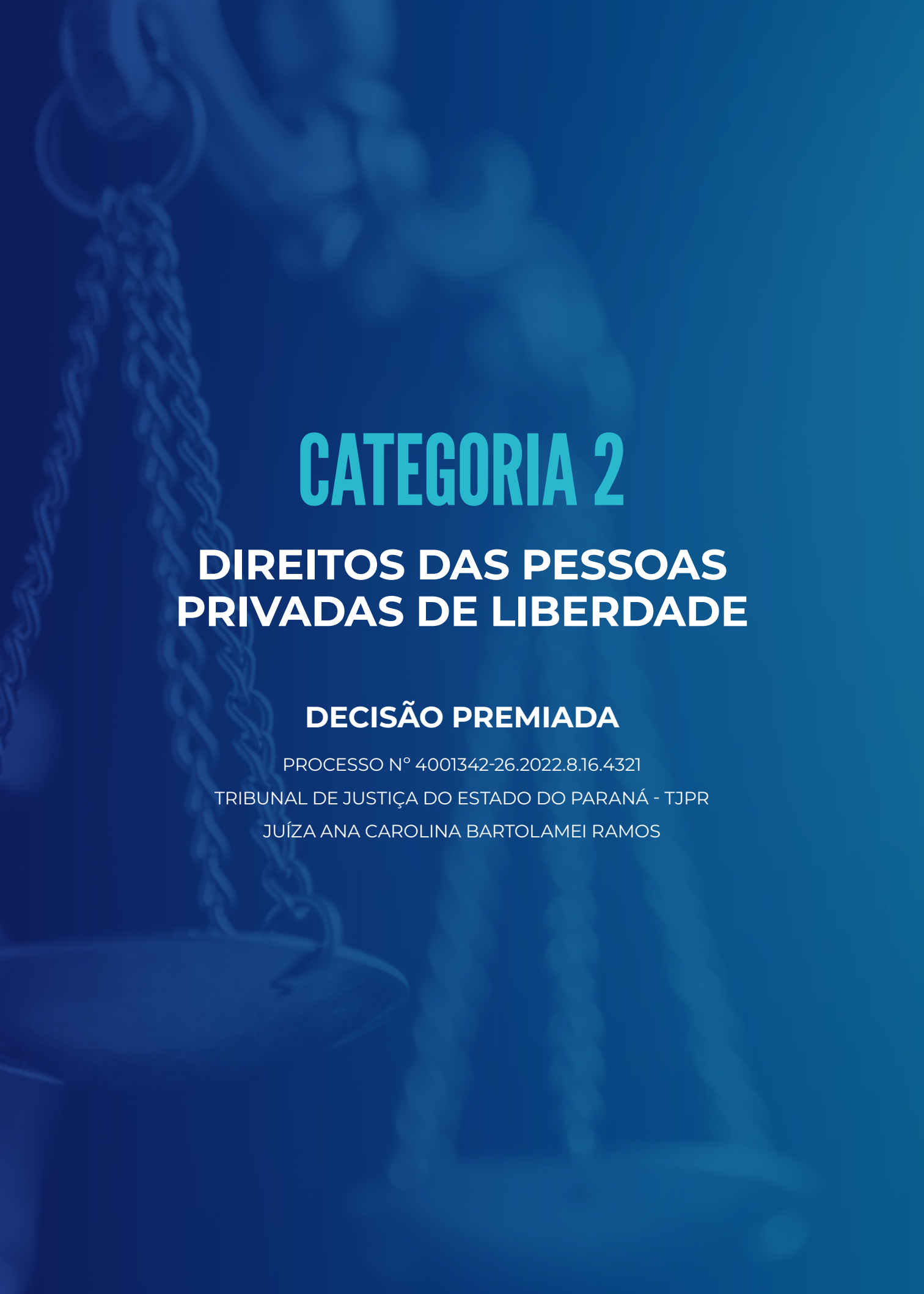
HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS. LUCRO FÁCIL. CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À SOCIEDADE. VÍTIMA QUE NÃO COLABORA PARA O DESLINDE DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. ANTECEDENTES. POTENCIAL LESIVO DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO

INTEGRAL. POSSIBILIDADE ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. São inerentes aos tipos penais do tráfico de drogas e da associação para o tráfico, o objetivo de lucro fácil, as consequências danosas para a sociedade e a ausência de contribuição da vítima para a consumação do delito. 2. A análise desfavorável da conduta social e da personalidade do agente exige fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e desprovidas de substrato fático-probatório. 3. Não é possível a utilização de atos infracionais anteriores como fundamento para majorar a pena-base no âmbito penal. Precedentes. [...]. (HC 465.647/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 08/11/2018) - grifei.

1.1. Desse modo, indefiro o pedido feito no Evento 42.

1.2. Comunique-se à 2ª Vara Criminal de São José-SC e à 9ª Promotoria de Justiça desta Comarca.

2. Após cumprida integralmente a sentença proferida no Evento 17, retornem os autos ao arquivo definitivo.



CATEGORIA 2

DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 4001342-26.2022.8.16.4321

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJPR

JUÍZA ANA CAROLINA BARTOLAMEI RAMOS

PODER JUDICIÁRIO
TJPR - COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA -
FORO CENTRAL DE CURITIBA
VARA DE EXECUÇÕES PENAIS, MEDIDAS ALTERNATIVAS E CORREGEDORIA
DOS PRESÍDIOS DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO
METROPOLITANA DE CURITIBA - SEEU

Avenida João Gualberto, 741 - Alto da Gloria - Curitiba/PR - CEP: 80.030-000 -
Fone: (41)3263-5700 - E-mail: vepctba@tjpr.jus.br

Autos nº. 4001342-26.2022.8.16.4321

Processo: 4001342-26.2022.8.16.4321
Classe Processual: Execução da Pena
Assunto Principal: Pena Privativa de Liberdade
Data da Infração: Data da infração não informada
Autoridade(s): ESTADO DO PARANÁ
Executado(s): HERLIANE ANITA MARMITT

A sentenciada HERLIANE ANITA MARMITT, por meio de sua Defesa, pleiteou a contabilidade da pena em dobro do período em que esteve custodiada no Complexo Médico Penal, com base na Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (mov. 206.1).

O Ministério Público se manifestou pelo indeferimento do pedido, considerando a inaplicabilidade da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos para além do Complexo de Curado (mov. 209.1).

Decido.

I – Considerações preliminares: da necessidade do julgamento com perspectiva de gênero – observância da Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça.

Primeiramente, anterior à análise do mérito do pedido, há a necessidade de se observar a recente publicação da Resolução nº. 492/2023, que estabelece as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Tratando-se de sentenciada do sexo feminino, há a necessidade de reconhecer como os marcadores históricos e sociais a respeito do gênero impactaram na vida das mulheres e sobre a potencial perpetuação de desigualdades por meio de uma decisão judicial.

Nesse sentido, para proferir uma decisão comprometida com a igualdade entre os gêneros, deve-se atentar ao fato de que há diversas vivências que diferenciam os papéis atribuídos às mulheres e aos homens dentro da sociedade, que inclusive podem se reproduzir na legislação vigente.

Não é nenhuma novidade de que a *lei* exercita um poder, e a extensão de sua resistência se encontra na desqualificação de realidades sociais diferentes^[1], em razão do mito da neutralidade jurídica.

A assimetria de poder se manifesta de diversas formas, sendo que além das relações interpessoais desiguais (como por exemplo, nos casos de violência doméstica e sexual) existe uma estrutura social hierárquica que molda os desenhos institucionais e o direito^[2].

A existência do *patriarcado*, que atribui às mulheres ideias, imagens sociais, preconceitos, estereótipos, posições e papéis sociais, acaba por influenciar a criação, a interpretação e aplicação do direito.

Essa estrutura molda a forma como enxergamos membros de diferentes grupos, e no caso das mulheres, se reflete na divisão sexual do trabalho, nas inúmeras formas de violência sofridas, na atribuição de características negativas em razão de estereótipos, dentre outras, de maneira que as diferentes opressões de gênero são conceituadas como interseccionalidade^[3], e no Brasil essa discussão acontece há muito tempo, tendo como precursora a autora Lélia Gonzalez^[4].

A partir do reconhecimento desses diversos marcadores da interseccionalidade, se faz necessário pensar como a operação dessas opressões de gênero pode interferir no direito e na própria atividade jurisdicional.

Em vista disso, uma decisão com perspectiva de gênero tem uma postura ativa no reconhecimento das diferenças e desigualdades históricas e sociais, visando eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres ^[5].

Portanto, a Resolução nº 493/2023 traz a revelação de que a legislação não é neutra e os instrumentos utilizados pelo Direito acabam por reproduzir desigualdades em razão de adotar o sujeito homem, branco e cisgênero como universal, demonstrando como o julga-

mento com perspectiva de gênero pode ajudar a combater as desigualdades estruturais e buscar a igualdade material nas decisões.

II – Do conceito de “Violência Obstétrica” – breves ponderações.

O termo “violência obstétrica” se refere as diversas dimensões de violência de gênero sofrida por mulheres gestantes, seja no pré-natal, no parto ou pós-parto, e ainda, no atendimento nos casos de abortamento e pós-abortamento, em que implique na perda de sua autonomia e capacidade decisória sobre o seu corpo e sua sexualidade, criando um impacto negativo na qualidade de vida da mulher.

Essa violência de gênero engloba as várias formas de agressões e maus-tratos, tais como violência física, verbal ou sexual, discriminação e negligência, negação de privacidade, confidencialidade e cuidado.

A violência obstétrica foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como um tema de saúde pública e Direitos Humanos ^[6], sendo que é uma poderosa ferramenta de ação jurídica e política, pois ao conferir visibilidade conjunta a violações diversas, ela altera o enquadramento do problema.

Antes vistas como situações de vítimas individuais que acidentalmente sofrem negação de cuidado, maus tratos ou agressões, as violações identificadas como violência obstétrica passam a ser tratadas como um problema estrutural que os sistemas de saúde toleram, ou ainda pior, reproduzem e promovem ^[7].

No caso do abortamento, a cartilha do Coletivo margarida Alves e o Grupo Curumim ^[8] exemplifica as violências, apresentando um estudo recente ^[9] que identificou e definiu as cinco formas em que a violência obstétrica em abortamento e pós-abortamento mais comumente se manifesta na América Latina e no Caribe, sendo elas: i) violência física, ii) omissão em observar os padrões de qualidade no atendimento de saúde, iii) ameaças de criminalização e/ou efetiva criminalização, iv) estigma e discriminação e v) gaslighting.

No contexto específico do Brasil, há diversos estudos que demonstram as diversas dimensões da violência obstétrica vivenciadas por mulheres em processo de abortamento ^[10] e se para as mulheres livres a violência obstétrica se manifesta de formas preocupantes, para as mulheres em privação de liberdade essas violações são ainda mais intensas, uma vez que é potencializada pela estrutura do poder punitivo que não atende às necessidades específica das mulheres. ^[11]

Dessa forma, conclui-se que qualquer gravidez na prisão é sempre uma gravidez de risco, tendo em vista que há um descaso do poder público com a população carcerária feminina, conforme Infopen Mulher 2016 ^[12], que demonstra em dados como não há estrutura física para o exercício da maternidade, uma evidente falta de profissionais de saúde e ainda demora em atendimento médico e escolta ^[13].

III – Do relatório do caso concreto – a análise do estabelecimento prisional de reclusão da custodiada Herliane Anita Marmitt.

No caso em comento, a reeducanda foi presa e transferida em 29/10/2021 para o Complexo Médico Penal em razão de ser gestante - conforme exame juntado à mov. 206.2, e lá permaneceu até 21/07/2022, após a concessão de prisão domiciliar, de acordo com o relatório SIGEP no mov. 206.4.

III.I – Das inspeções realizadas durante o período em que a sentenciada estava presa no Complexo Médico Penal – a documentação probatória das condições de custódia.

Quanto à documentação probatória das alegações, a Defesa juntou relatórios de inspeção nos mov. 206.17 a .206.22, sendo i) Relatório de Inspeção de Estabelecimento Prisional em 09/06/2021, elaborado pela Central de Flagrantes da Defensoria Pública do Estado do Paraná (mov. 206.17); ii) Relatório de inspeção nos cubículos destinados às gestantes na 8ª galeria do Complexo Médico Penal em 09/12/2021, elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Paraná (mov. 206.18); iii) Relatório de Vistoria em 10/12/2021 e 15/02/2022, elaborado pela Comissão de Defesa das Prerrogativas Profissionais da OAB/PR (mov. 206.19); iv) Relatório de Vistoria 387/2022/PR em 14/03/22, elaborado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná (mov. 206.21 e 206.22); e v) Relatório de Inspeção – Estabelecimentos penais e socioeducativo do Estado do Paraná em 16/05/22, elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (mov. 206.20).

Ainda, há menção aos relatórios juntados anteriormente sendo: vi) Relatório de inspeção em 28/06/2021, elaborado pela ALEP (mov. 28.9); vii) Relatório de fiscalização em 15/03/22 do Conselho Regional de Farmácia do Paraná (mov. 28.8) e viii) Relatório de fiscalização em 15/03/22 do Conselho Regional de Nutrição do Paraná (mov. 28.7).

Tendo em vista que deve ser considerada somente a documentação produzida durante o período em que a sentenciada ficou custodiada, as documentações de mov. 206.17 (inspeção em 09/06/21) e 28.9 (inspeção em 28/06/21), não serão utilizadas para fins probatórios. Os relatórios serão tratados em ordem cronológica, de maneira a facilitar a compreensão da situação fática.

Primeiramente, cabe observar a documentação juntada no mov. 206.18, o relatório da Defensoria Pública do Estado do Paraná, elaborado na data de 09/12/2021. Na data da inspeção a sentenciada estava alojada no cubículo de nº 7.

Pois bem. Na página 3 deste relatório, é possível identificar a sentenciada Herliane na ocasião, em que pese a ausência de nomeação expressa, como a advogada que estava alojada em meio as outras três (3) gestantes do cubículo.

Especificamente quanto a este local de custódia, o relatório começa na página 12, informando que apenas duas (2) sentenciadas eram atendidas por camas, sendo que as demais dormiam em colchões dispostos no chão. Reporta-se também uma quantidade excessiva de umidade e mofo nas paredes e teto do cubículo, demonstrado por fotos, concretada no espaço destinado ao banheiro. Ainda, relata-se a existência de vazamento no chuveiro elétrico utilizado, bem como a ausência de aparatos que permitam a privacidade na utilização do chuveiro. Por fim, há relatos de reclamações quanto à ventilação nos dias de baixas temperaturas em razão de vidros quebrados.

Além da questão das celas, o relatório traz informações e reclamações das mulheres em relação à assistência à saúde, e reproduz um depoimento de uma mulher que “acredita ter sofrido um aborto espontâneo e ainda não sabe o resultado do exame colhido após sentir dores, sofrido sangramento e ter sido levada a atendimento de urgência no Angelina Caron após solicitar atenção dos policiais penais por dois dias seguidos” (p. 22).

Em que pese o relatório trazer imagens de um ambulatório em perfeitas condições, também não foi verificado a utilização de profissionais de saúde atuando nele no momento da inspeção nem seu uso frequente foi referido pelas presas ou policiais penais no momento da inspeção.

Por fim, o relatório remete ao tempo escasso de banho de sol relatado pelas custodias nas entrevistas realizadas e o fornecimento de absorventes com validade vencida.

Já nos relatórios seguintes, elaborados pela Comissão de Defesa de Prerrogativas Profissionais da OAB/PR, em vistorias realizadas nos dias 10/12/2021 e 15/02/22, no primeiro a sentenciada estava no mesmo cubículo da inspeção realizada pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, e na data posterior a sentenciada estava custodiada no cubículo de nº 08.

Na vistoria realizada no dia seguinte àquela realizada pela Defensoria Pública e referida acima, os relatos são os mesmos, havendo a adição de que o chuveiro não possui água

quente e que as refeições eram servidas apenas duas vezes ao dia, reforçando também a ausência de cumprimento do tempo de banho de sol.

Quanto à vistoria realizada em 15/02/22, inicialmente já é informado a transferência da sentenciada para a cela de nº 08, sendo que este cubículo passou por reformas recentes e as paredes estavam em bom estado de conservação. Segundo relatos da própria sentenciada, a transferência se deu em razão de ameaças que estava sofrendo e em razão de desentendimentos.

Seguidamente, informa a vistoria que o local de custódia possuía dois beliches para quatro (4) pessoas, sendo que duas (2) mulheres precisavam dormir em colchões no chão. Também houve comunicação que a direção retirou televisores e ventiladores da cela em razão de infração disciplinar. Ainda, a sentenciada e as demais detentas do cubículo apresentaram medicamentos vencidos, que os funcionários da penitenciária informaram que não foram ministrados por eles.

Por fim, a sentenciada relatou que “quando foi presa estava grávida e sofreu um aborto nas dependências da unidade prisional, e que até a presente data não foi realizada a curetagem e sente muitas dores, e que sua prótese de silicone mamária está rompida, motivo pelo qual seu braço foi imobilizado, sendo que sua saúde corre risco.”

O relatório finaliza concluindo que apesar das condições da cela estarem melhores, não estão condizentes com as características de uma sala de Estado-Maior.

Ato contínuo, passa-se ao relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina do Paraná em vistoria realizada no dia 14/03/22.

De início, o relatório informa que as condições de atendimento afrontam a dignidade humana, uma vez que recorrentemente é verificada a ausência de escala médica de plantão 24 horas, evoluções periódicas e falta de recursos humanos em geral (mov. 206.21, p. 4).

A falta de recursos humanos é facilmente notada pelo relatório, conforme se comprova do item 18 (p. 7), que demonstra que a equipe terapêutica está completamente defasada para atender a demanda de pacientes do Complexo Médico Penal. Percebe-se ainda, que do Corpo Clínico elencado (item 30, p. 10-11), há apenas um médico psiquiatra que atua em regime de 40h semanais, sendo que dois médicos que atuam no local são custodiados que cumprem pena, em que pese não pertencerem ao corpo clínico.

O relatório não demonstra a condição das celas, porém, atesta a completa ausência de recursos humanos e materiais para uma digna assistência à saúde, conforme se verifica nas considerações finais (item 34), que aqui se transcreve:

RECURSOS HUMANOS: conforme transcrito acima, é crucial em ambiente hospitalar que haja um mínimo contingente de profissionais de saúde para que se possa classificar como possível a prática médica. Qualquer entidade de internação deve ter ao menos um médico do corpo clínico em escala nas 24 horas para atendimentos a intercorrências, além de médicos designados para visitas diárias com vistas a prosseguir o tratamento indicado a partir da internação. Além disso, sequer enfermeiro há nos períodos noturnos e finais de semana. No momento da vistoria, havia médicos apenas cumprindo carga horária diária, sendo que nos períodos noturnos e aos finais de semana inexistia escala presencial.

RECURSOS MATERIAIS: o ambiente prisional, tanto na área de cumprimento de pena comum, quanto na área de "internação", apresenta-se extremamente insalubre, com áreas sem piso, rachaduras e sinais de infiltração nas paredes, umidade e alagamentos no chão, buracos no teto, entre outros. Em relação às condições sanitárias e de preparo de medicações, houve relato verbal pelos fiscais da VISA e do CRF de não haver condições mínimas de atendimento às exigências vigentes, como medicamentos vencidos e sem identificação, por exemplo. (mov. 206.21, p.19-20)

Portanto, como é de *notório conhecimento*, o CMP enfrenta dificuldades para contratação de funcionários, sendo este um dos motivos que levou a interdição ética pelo CRM/PR (Conselho Regional de Medicina do Paraná) e pelo Coren/PR (Conselho Regional de Enfermagem do Paraná) no ano de 2022, especificamente entre 21/03/2022 e 16/12/2022, eis que houve determinação de revogação pelo E. Tribunal de Justiça do Paraná nos autos nº 4004422-95.2022.8.16.4321 (acórdão).

Adiante, o relatório do Conselho Regional de Nutrição da 8ª Região – Paraná, em inspeção realizada em 15/03/22, informa problemas nas refeições que foram relatados nas inspeções anteriores, quanto há ausência de nutricionista no local, ausência de equipe multiprofissional em terapia nutricional, tampouco protocolo de atendimento em nutrição clínica dos internos, que não passam por avaliação e diagnóstico nutricional, bem como a ausência de controle de qualidade e supervisão das refeições ofertadas (mov. 28.7).

Quanto ao relatório de Inspeção do Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná, em vistoria realizada no dia 15/03/22, constatou-se diversas irregularidades quanto ao armazenamento de medicamentos, à segurança, fracionamento, vencimento e sem identificação apropriada (mov. 28.8).

Por fim, colaciona-se o Relatório de Inspeção – Estabelecimentos Penais e Socioeducativo do Estado do Paraná, elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à

Tortura (mov. 206.20), que realizou a inspeção no Complexo Médico Penal em 16/05/2022, enquanto a sentenciada Herliane ainda estava na unidade.

De início, o relatório relata a inadequação da alimentação fornecida, eis que o recebimento de três refeições por dia é escasso e ainda há situações de faltas de marmitas, sendo tal fato reforçado especialmente na ala feminina (p. 27).

Quanto à infraestrutura, também traz relatos comuns as inspeções anteriores, ainda que a ala feminina, em comparação com as demais, seja melhor em razão da existência de banho quente e manutenção. (p. 27). Relata também que claramente os direitos relacionados à infraestrutura não estão sendo garantidos, reforçando o caráter asilar da instituição, sendo que as celas não garantem a salubridade adequada e estão em desacordo com as normativas internacionais (p.30).

Ainda, a Equipe de inspeção observou a total ausência de condições materiais, médicas e jurídicas para as pessoas que se encontram naquele local, sendo que chamou mais atenção foi o total descaso e negligência com internos, especialmente cadeirantes, medida de segurança e mulheres (p. 33).

Outro ponto que foi relatado nas outras inspeções referidas anteriormente e também aparece neste relatório diz respeito à falta de absorventes na ala feminina (item 157, p. 35) e medicação vencida (item 164, p. 36-37).

Em relação ao Corpo Técnico, também há a constatação da defasagem de profissionais, que leva a impossibilidade de poder dividir as tarefas por temáticas como: saúde da mulher, psiquiatria e outras demandas (item 170, p. 38).

Concluindo, outra situação destacada na inspeção que merece atenção para o caso concreto, é o relato de que não existe busca ativa nas celas para as demandas de saúde, de modo que se torna uma decisão pessoal de cada setor e o canal de pedidos por muitas vezes vem por recado de “pipas” ou dos próprios policiais penais, de modo que se constrói um canal muito frágil de fluxo de atendimento de saúde, expondo a vida dessas pessoas a riscos, inclusive de morte (item 251 e 252, p. 53).

Após esta breve síntese da situação estrutural do estabelecimento prisional em que a sentenciada ficou custodiada, passa-se à exposição dos relatos pessoais da sentenciada e a documentação clínica das suas condições de saúde.

III.II – Das declarações da sentenciada a respeito do tratamento sofrido e a documentação médica juntada.

Em curto resumo, Herliane declara que: *“foi encaminhada ao CMP na tarde do dia 29/10/2021, após apresentar exame de gravidez durante o cumprimento do mandado de prisão, sendo que sentiu dores intensas desde o primeiro dia; que não recebeu tratamento médico adequado desde sua chegada no CMP; que permaneceu por vários dias na cela sozinha, sendo encontrada desacordada com sangramentos por faxinas da unidade; que foi encaminhada à enfermaria e foi*

medicada; que só foi ao médico em 11/11/2021 com um custodiado da unidade; que diversas outras mulheres sofreram as mesmas violências na unidade; que sofreu o rompimento da prótese mamária em razão do aborto sofrido; que teve negado atendimento médicos em outras ocasiões posteriormente em razão deste rompimento.”

Diante das declarações da sentenciada, a Defesa efetuou pedido de esclarecimentos à Direção do Complexo Médico Penal, gerado o e-protocolo de nº. 19.176.027-, juntado no mov. 206.6, com as respostas da unidade a respeito dos fatos alegados.

No pedido de esclarecimentos, a Enfermeira do Complexo Médico Penal respondeu, em breve síntese, que *“a paciente Herliane deu entrada na unidade sem apresentar nenhum comprovante de gestação ou pré-natal; que no dia 30/10/21 passou por consulta com uma médica ginecologista e obstetra, quando foi avaliada e solicitado a primeira rotina de exames, que foram realizados em 04/11/21 e 10/11/21 e seguem em anexo. ”*

Além das declarações da sentenciada, foi juntado declarações de cinco (5) sentenciadas que estiveram no Complexo Médico Penal no período em que Herliane estava presa (mov. 206.7 a 206.11), bem como declaração de duas pessoas que acompanharam a custodiada anteriormente e posteriormente à prisão (mov. 206.12 e 206.13).

Quanto à documentação médica juntada, para fins de comprovação dos atendimentos ocorridos durante a custódia, a Defesa informou que estão nos autos a juntada do Histórico Clínico Multiprofissional e Prontuário Médico nº. 528.722, conforme mov. 28.3 e 28.4, bem como a existência de laudo médico elaborado em 04/03/2022, indicando a necessidade de tratamento extramuros (mov. 36.2), motivo pelo qual foi concedida a prisão domiciliar em 19/07/22, conforme decisão de mov. 38.1.

Finalmente, a Defesa juntou ainda comprovantes de exames realizados posteriormente à soltura da sentenciada em razão da concessão da prisão domiciliar, bem como receituários e tratamentos realizados atualmente (mov. 206.14 a 206.16).

É o relatório.

IV – Da fundamentação jurídica: o compute da pena em dobro na jurisprudência e o reconhecimento do *tratamento degradante*.

O pedido da defesa foi para que fossem contabilizados em dobro os dias em que a sentenciada esteve no Complexo Médico Penal, em razão da sua não alocação em cela especial, e haja vista as condições insalubres e degradantes do local, com base na Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

IV.I – Da ausência de alocação em cela especial ou de Estado-Maior – impossibilidade de reconhecimento do *privilégio* como causa de pedir.

Primeiramente, quanto à não alocação em cela especial, cumpre ressaltar que recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 334/DF ^[14], para declarar a não recepção do art. 295, VII do Código de Processo Penal^[15] pela Constituição Federal, por entender que a medida é discriminatória ao beneficiar aqueles que já são mais favorecidos socialmente, os quais já obtiveram um privilégio inequívoco de acesso a uma universidade.

Dessa forma, entendo que o mero fato da sentenciada não ter sido alocada em cela especial não é um argumento válido para análise e deferimento do cômputo da pena em dobro, uma vez que é uma medida que fortalece desigualdades e cria hierarquias dentro do sistema prisional, o que foi possível observar inclusive da documentação juntada pela Defesa quanto à existência de alas especiais que reforçam essa discriminação.

Confere-se da própria argumentação da Defesa e da jurisprudência colacionada à mov. 206.1 que o que se entende por “*instalações e comodidades condignas*” refere-se à necessidade de haver condições de salubridade, luminosidade, ventilação, higiene e segurança, algo que deve ser comum a todos os presos.

A separação de presos comuns é exatamente o fundamento que levou o Supremo Tribunal Federal a derrubar a prisão especial, por violação ao princípio da igualdade. Veja-se que a própria Constituição Federal (art. 5º, inciso XLVIII) e a LEP (art. 84) já estabelecem critérios de segregação em razão da natureza do delito, da idade, do sexo, visando atender as circunstâncias pessoais que podem colocar os custodiados a situações mais gravosas em razão da exposição ao convívio geral.

Nas hipóteses em que se justifica a segregação, como no caso de condenados por crimes sexuais, de presos definitivos e provisórios, de crianças e adolescentes e adultos, de profissões ligadas à administração criminal ou atividades políticas, entre outros exemplos,

busca-se conferir maior proteção à integridade física e moral dos presos que podem se encontrar em situações de vulnerabilidade, legitimando o tratamento desigual.

Por outro lado, **a concessão de direito à prisão especial para portadores de diploma de nível superior não encontra justificativa razoável em nenhum dos dispositivos constitucionais e normativas internacionais e se trata de uma legalização de um privilégio social**, fruto da herança do *bacharelismo* no Brasil^[16] que persiste até os dias atuais.

Caso a ausência de cela especial ou de Estado-Maior acarretasse em cômputo de pena em dobro, seria a própria perpetuação das desigualdades da sociedade brasileira em prol das classes mais favorecidas, contribuindo ainda mais para a seletividade penal e processos de criminalização, tendo em vista que a realidade da população carcerária é majoritariamente preta e de baixa escolaridade.^[17]

Portanto, o cômputo de pena em dobro deve ocorrer somente em caso de constatação, por laudos técnicos e documentos, a existência de tratamento degradante sofrido, conforme asseverado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não pelo reconhecimento de privilégios que são conferidos aos custodiados portadores de ensino superior, de modo que afasto de pleno esta fundamentação do pedido.

IV.II Do entendimento jurisprudencial para reconhecimento do cômputo da pena em dobro – considerações sobre a possibilidade de extensão das Resoluções da Corte Interamericana.

Superada a questão acima, passa-se a análise da possibilidade de ampliação da Resolução da Corte IDH para outros estabelecimentos prisionais, que não o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e Complexo do Curado, estes inspecionados pela Corte e que resultaram nas Resoluções de 22 de novembro de 2018 e 28 de novembro de 2018, respectivamente.

Sabe-se que o Supremo Tribunal de Justiça proferiu decisão em sede do AgRg em Habeas Corpus Nº 136.961 - RJ (2020/0284469-3) reconhecendo o cômputo da pena em dobro para o caso da pena cumprida em situação degradante, especificamente no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

Para fins de compreensão, a ementa do recurso em Habeas Corpus Nº 136.961/RJ é a seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFI-

CÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO).

SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse “em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução”. 3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos. 4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório. 5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena. 6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados. 7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. - Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/ 10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça. - Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A

Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se dessume que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC. 9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos ex nunc, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (ex nunc), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso. 10. Por fim, de se apontar óbice de cinho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, verbis: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” 11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

O STJ também concedeu já Habeas Corpus em relação ao Complexo do Curado, em caso que houve a modificação das diretrizes estabelecidas pelo CIDH, conforme se confere:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CÔMPUTO EM DOBRO DE PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. COMPLEXO DO CURADO/PE. RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, DE 28/11/2018. DESCABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL CONTRA IRDR. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE 1º GRAU QUE APLICA TESE ESTABELECIDADA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AUSÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DO IRDR EM QUESTÃO NOS AUTOS: VEDAÇÃO DO CÔMPUTO EM DOBRO DE PENA A CONDENADOS POR CRIMES CONTRA A VIDA, A INTEGRIDADE FÍSICA, A DIGNIDADE SEXUAL E POR CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. ILEGALIDADE. MODIFICAÇÃO DAS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELA CIDH. EXECUTADO QUE CUMPRE PENA POR TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DA ORDEM. (HC n. 774.763/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023.)

Antecipadamente, cumpre ressaltar que não se procura discutir a eficácia e aplicação das Resoluções da Corte, uma vez que é unânime na jurisprudência o efeito vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, [18] conforme já bem estabelecido pelo STJ em diferentes casos^[18].

Também no Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida no Habeas Corpus n. 208.337/PE (DJe de 1º/07/2022), o eminente Ministro EDSON FACHIN afirmou o caráter obrigatório e vinculante das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Estado brasileiro.

Ademais, igualmente é certo que as Resoluções emitidas têm eficácia restrita e específica entre as partes, no caso, para os presos do Complexo do Curado e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, não cabendo a incidência ampla e irrestritamente da aplicação dos termos dispostas na sentença da Corte, conforme entendimento pacificado no e. Tribunal de Justiça do Paraná:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DE CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA CUMPRIDA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS E DEGRADANTES. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDOS E DOCUMENTOS CAPAZES DE CORROBORAR AS ALEGAÇÕES DA DEFESA. PRECEDENTE DO STJ NO CASO DO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO QUE NÃO TEM APLICAÇÃO AMPLA E IRRESTRITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 5ª Câmara Criminal - 4004543-26.2022.8.16.4321 - * Não definida - Rel.: DESEMBARGADORA MARIA JOSÉ DE TOLEDO MARCONDES TEIXEIRA - J. 06.03.2023)

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A CONTAGEM EM DOBRO DO PERÍODO DE PENA JÁ CUMPRIDO. ALEGADO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA EM CONDIÇÃO DEGRADANTE, BASEADO NA RESOLUÇÃO DA CORTE IDH, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2018. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO RESTRITA E ESPECÍFICA AO COMPLEXO DE CURADO LOCALIZADO NO RECIFE E AO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO LOCALIZADO NO RIO DE JANEIRO, SEM INCIDÊNCIA INDISTINTA SOBRE OS DEMAIS CASOS. PRECEDENTE DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NÃO DEMONSTRAÇÃO, PELA DEFESA, DE QUE A REEDUCANDA TENHA SIDO SUBMETIDA À CONDIÇÕES DESUMANAS NAS CADEIAS PÚBLICAS DE GUARAPUAVA E PITANGA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - O pedido é embasado na Resolução da Corte IDH de 28/11/2018, que estabeleceu requisitos para a concessão da benesse do cômputo em dobro da pena cumprida em situação degradante. Da leitura da resolução, constata-se que, para a concessão do pedido, primeiro é necessário que o cumprimento da pena tenha se dado no Complexo de Curado ou no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, contemplados pelos diplomas da Corte IDH e pelo precedente da Corte Superior (Recurso em habeas corpus n.136.961 RJ) e, segundo, não tenha sido acusada ou condenada por crimes sexuais, contra a vida ou que maculem a integridade física. Contudo, em que pese a louvável mencionada resolução, não há como ser acolhido o pedido, posto que a apenada não cumpriu sua pena em nenhum desses presídios. II – Na espécie, embora a defesa alegue que foram constatadas as precárias condições das Cadeias Públicas de Guarapuava e Pitanga, argumentando que a condição degradante vivenciada pela apenada se deu porque ficou reclusa em celas

superlotadas, sem áreas para assistência social, trabalho, educação, recreação aos presos entre outras irregularidades relacionadas, entendo que tais situações, embora censuráveis, não tem o condão de conduzir ao cômputo da pena em dobro, vez que tais situações não foram devidamente demonstradas nos autos, não se evidenciado, assim, que ela tenha sido mantida reclusa em situação degradante no cumprimento de sua reprimenda. III - Em que pese o denominado estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF 347 MC/DF (DJe 18-02-2016), consigno que tais aspectos podem até acarretar outras consequências para o Estado, a exemplo do que ficou assentado no Recurso Extraordinário nº 580.252 (repercussão geral), julgado em 16/02/2017, mas, por si só, não configuram constrangimento ilegal a ponto de determinar progressão antecipada de regime, libertação de apenados ou mesmo, como na espécie, o cômputo dobrado da pena cumprida. (TJPR - 3ª Câmara Criminal - 4000002- 79.2023.8.16.0031 - * Não definida - Rel.: DESEMBARGADOR CELSO JAIR MAINARDI - J. 07.03.2023)

Todavia, há de se reconhecer que a solução adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de redução do tempo de prisão compensatória da execução antijurídica (§132 da Resolução de 28 de novembro de 2018), para conter os desvios de conduta provocados por condições degradantes de execução de privações de liberdade, pode ser admitida em outras situações que seja possível averiguar que a pessoa custodiada esteja sofrendo uma pena que lhe impõe um sofrimento ilícito muito maior que o inerente a mera privação de liberdade.

Nesse sentido, resgata-se as palavras de Maria Lúcia Karam ^[19]:

“Enquanto ainda convivemos com o violento, danoso e doloroso poder punitivo, enquanto milhões de indivíduos em todo o mundo ainda são submetidos às infinitas dores do encarceramento, temos, ao menos, de buscar a contenção desse poder e a amenização dessas dores através da mais estrita observância dos princípios garantidores positivados nas normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas.”

No Brasil, é de conhecimento público que os estabelecimentos existentes apresentam lotação muito acima da quantidade de vagas disponíveis e a realidade do sistema carcerário de superlotação e desrespeito à dignidade da pessoa humana encarcerada, inclusive, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 - Info 798).

A inexistência de vagas nas unidades prisionais também foi objeto do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS^[20], que culminou na formulação da Súmula Vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Esses fatos foram observados pela Corte Interamericana, que destacou no § 114 da Resolução:

“(...) compete aos juízes de execução penal determinar se o local de detenção é adequado ao regime de cumprimento de pena do condenado. A Corte Interamericana considera que a Súmula Vinculante 56 é plenamente aplicável como precedente obrigatório à situação dos beneficiários das presentes medidas provisórias, em razão dos fatos expostos na presente resolução e em resoluções anteriores do Tribunal.”

Entretanto, logo em seguida, a Corte reconhece que o único meio de proferir uma medida concreta para redução dos danos causados pela superpopulação prisional é pela redução do número de presos, que não pode ser realizada pela imediata liberdade do excedente.

Á vista disso, a Corte adota como solução o computo à razão de dois dias de pena lítica por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes (§ 121 da Resolução).

Dessa forma, a aplicação da solução jurídica proposta pela Corte Internacional de Direitos Humanos pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Estaduais^[21], ainda que restrita aos estabelecimentos prisionais inspecionados pela Corte, criou um verdadeiro *precedente*^[22] para aplicação em outros casos em que se constatar situação semelhante de tratamento degradante.

Portanto, ainda que se alegue a ausência de previsão legal para cômputo da pena em dobro, fato é que o reconhecimento da sentença aplicada pela Corte no âmbito dos Tribunais traz embasamento jurisprudencial na admissão deste instituto como medida de reduzir o tempo de encarceramento daqueles que se encontram em sofrimento antijurídico maior que a privação de liberdade imposta pela pena.

Por fim, cabe à parte requerente demonstrar através de laudos técnicos e documentações que o tratamento enfrentando pela pessoa custodiada ultrapassa a dor da inevitável consequência da restrição de liberdade e à necessária convivência imposta pelo recolhimento em uma instituição por tempo integral e respeito aos seus regulamentos.

Isto posto, entende-se que o cômputo de pena em dobro pode ser uma *medida de solução* do *Estado de Coisas Inconstitucional* do Sistema Penal Brasileiro, à disposição dos Juízos de Execução nos casos em que houver, comprovada e inequivocamente, o cumprimento de pena de maneira degradante.

IV.III – Do reconhecimento das condições precárias e do tratamento degradante – a *violência obstétrica* sofrida pela sentenciada Herliane Anita Marmitt.

Diante das considerações acima, quanto às possibilidades de adoção da solução proposta pelas Resoluções da Corte Interamericana, passa-se ao exame do *tratamento degradante* padecido pela sentenciada.

Antecipadamente ao mérito do caso concreto, cumpre ressaltar que não se trata aqui de reconhecer que todos os reclusos do Complexo Médico Penal sofreram do mesmo tratamento, ainda que haja pontos da documentação juntada pela Defesa e elencada aqui nesta decisão que não sejam especificamente da situação da sentenciada Herliane.

Ainda que as condições do Complexo Médico Penal sejam altamente reprováveis e necessitem de ajustes que estão sendo realizados pelas autoridades competentes, as condições do cumprimento de pena no local não é a mesma para todos os custodiados, sendo que deve ser avaliado, caso a caso, mediante laudos técnicos e documentação robusta, se houve efetivamente a concretização de tratamento degradante no cumprimento da pena.

Do mesmo modo, não cabe a este Juízo, em decisão única em processo de execução individual, decidir acerca da situação de todos os presos do Complexo Médico Penal.

Passando ao julgamento deste caso específico, demonstra-se necessário destacar algumas das condições do Complexo Médico Penal, conforme já exposto no item III.II nas inspeções realizadas, que contribuíram para o agravamento da pena e da dor da sentenciada.

De início, por mais que hajam diversos relatos quanto à falta de infraestrutura nas celas, insuficiência na alimentação e no cumprimento de direitos como o banho de sol pelas inspeções trazidas nos autos, ainda que sejam problemas que merecem a devida atenção das autoridades públicas, não há prova robusta que tais fatos contribuíram para o agravamento da pena da sentenciada a ponto de tornar-se ilícita e antijurídica.

O principal fato a se considerar, neste caso concreto, diz respeito à inequívoca prova de que há uma escassez de assistência à saúde, que é comprovada tanto pelas inspeções realizadas pela Defensoria Pública e OAB/PR (mov. 206.18 e 206.19, quanto à vistoria feita pelo Conselho Regional de Medicina (mov. 206.21), que inclusive motivou a interdição ética (mov. 28.6).

A absoluta falta de funcionários para dar um tratamento de saúde adequado para os custodiados no Complexo Médico Penal acarretou no cometimento de diversas violências enfrentadas pela sentenciada, senão vejamos.

Desde a entrada da sentenciada Herliane no CMP em 29/10/2021, verifica-se que há negligência no devido atendimento médico. Conforme relatório SIGEP juntado à mov. 206.4, o conhecimento da gravidez da sentenciada era notório desde sua prisão, eis que foi encaminhada para o CMP justamente por este fato.

Dessa forma, já causa estranheza que no pedido de esclarecimentos feito pela Defensoria Pública a enfermeira responsável tenha relatado que a sentenciada *“não trouxe nenhum comprovante de gestação ou de acompanhamento pré-natal”* (mov. 206.6, p. 19). Em seguida, é relatado que a sentenciada foi atendida pela médica Dra. Maria Isabel no dia 30/10/22, sendo prescrito Neozine e Ácido Fólico, além da ordenação de exames.

Todavia, do histórico clínico da sentenciada (mov. 28.3), não consta a referida consulta. Ainda, há somente a informação de que a reeducanda foi encaminhada à enfermaria já com sangramento e secreção vaginal no período da tarde, e novamente registros de atendimento à noite, com inclusive ligação para o Dr. Francisco, que se presume o Dr. Francisco Carlos Pereira dos Santos, Diretor Técnico da unidade, relatando a situação da reeducanda.

No prontuário juntado à mov. 28.4, p. 5, consta um atendimento da Dra. Maria Isabel da R. L. Cunha, com prescrição de Neozine e Ácido Fólico. Todavia, o horário que aparece ao lado é as 17:00, contradizendo a informação prestada oficialmente pela enfermeira anteriormente, de que Herliane foi atendida pela manhã. Ainda, salienta-se que nesta ficha do prontuário há diversas datas, de modo que se torna impossível constatar que de fato a reeducanda tenha sido atendida no dia 30/10/2021, conforme consta no cabeçalho.

Esta situação, em apenas dois dias custodiada no Complexo Médico Penal, já clarifica e comprova a situação da assistência à saúde que foi demonstrada pelas inspeções e visitas realizadas, onde não há controle e registros de prontuário devidamente – situação apontada no relatório do CRM (mov. 206.21, p. 15).

O próximo atendimento da sentenciada ocorre em 02/11/2021, após o abortamento ocorrido (eis que comprovado pelos exames realizados em 04/11/2021 que a sentenciada não estava mais grávida -mov. 206.6, p. 22), sendo que inclusive a situação pode ter sido agravada pela prescrição de medicação contraindicada em caso de gravidez, no caso do Neozine, conforme demonstrado pela Defesa (mov. 206.1, p. 20).

O atendimento é registrado no Histórico Clínico da sentenciada, reportando que a mesma *“teve desmaio, veio na maca, ver. dados vitais e orientado, aguarda nova avaliação médica”* (mov. 28.3). Este atendimento não consta no prontuário da sentenciada (mov. 28.4), de modo que se torna cristalina a violência obstétrica sofrida em situação de abortamento e pós-abortamento.

Além da sentenciada ter permanecido por dias na cela sem assistência à saúde após o aborto sofrido, só consta o próximo atendimento médico no Histórico Clínico em 16/11/2021, que sequer foi realizado por um médico do Complexo, uma vez que foi atendida pelo interno que não faz parte do Corpo Clínico do CMP, Dr. Raphael Suss Marques (conforme relatório do CRM, mov. 206.21, p. 10).

No prontuário (mov. 28.4, p. 4) consta a alta médica concedida pelo interno Dr. Raphael, relatando ainda que em pese o exame de gravidez tenha testado negativo, a sentenciada Herliane deve permanecer na unidade em razão de “aguardar U.S Mama”, presumindo-se a informação quanto aos exames para verificação de rotura de prótese de silicone.

Essa situação explicita de maneira nítida a situação do fluxo de assistência à saúde que foi reportado pelo Conselho Regional de Medicina no relatório de inspeção, onde não existe busca ativa nas celas para as demandas de saúde, e o canal de pedidos por muitas vezes vem por “pipas” ou dos policiais penais, expondo a vida dessas pessoas a riscos, inclusive de morte (mov. 206.21, p. 53, itens 251 e 252).

Após o aborto sofrido, sendo tal fato constatado e registrado em seu Histórico Clínico por diversas vezes, conforme se mov. 28.3, em que pese as queixas constantes pela sentenciada, não se verifica nenhum encaminhamento para exames e diagnósticos de possíveis consequências do aborto em seu corpo, mas tão somente uma preocupação com a ruptura da prótese de silicone.

A sentenciada Herliane ainda permaneceu no Complexo Médico Penal realizando diversas consultas médicas de mamografia e ecografia, até a comprovação da ruptura da prótese de silicone, que é registrada no seu Histórico Clínico em 20/01/22, sendo administrado apenas analgésicos.

Verifica-se que só foi solicitada ultrassonografia do abdômen após a sentenciada apresentar vômitos, nalgia, cefaleia e dor em baixo ventre em 16/05/22, sendo que permaneceu meses sem qualquer prognóstico de possíveis consequências do aborto, sendo que o único momento em que Herliane foi atendida por médica ginecologista e obstetra foi no dia seguinte à sua chegada no Complexo Médico Penal.

Por fim, quanto à rotura da prótese mamária, em que pese tenha sido elaborado laudo médico em 04/03/22, atestando-se a necessidade de reparar a rotura da prótese fora do sistema carcerário (mov. 36.2), tal fato não consta nem no Histórico Clínico nem no Prontuário Médico, e somente foi juntado nos autos pela Defesa mais de quatro (4) meses depois, motivo que ensejou o deferimento da prisão domiciliar (mov. 38.1).

Portanto, restou profundamente certificado e documentado que o Complexo Médico Penal não forneceu adequadamente a assistência de saúde materna nos moldes da competência da SESP, conforme Resolução conjunta SESA/SESP nº 047/ 2017 (mov. 206.23), bem como deixou de observar a Norma Técnica do Ministério da Saúde de Atenção humanizada ao abortamento^[23], eis que não houve 1) acolhimento e orientação; 2) atenção clínica ao abortamento, destacando-se a ausência de realização de técnica de esvaziamento uterino após o aborto sofrido pela sentenciada; e 3) planejamento reprodutivo pós-abortamento.

Dessa forma, **fica atestado a completa negligência e descaso no fornecimento de assistência à saúde para a sentenciada Herliane Anita Marmitt durante todo o período em que ficou custodiada no Complexo Médico Penal,** tratando-se de grave violação de direitos humanos.

Em primeiro lugar, ressalta-se que o Brasil ratificou diversos tratados de direitos humanos, inclusive a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)^[24] bem como seu Protocolo Facultativo^[25].

Desta convenção, destaca-se os seguintes artigos:

Artigo 1º: *“Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”*

Artigo 12: *“1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.”*

Também fundamenta-se na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará”^[26], ratificada pelo Brasil conforme Decreto nº. 1.973/96, que em seu art. 3º dispõe que:

“Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” e no art. 4º “Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros: (...) b) direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral; (...) d) direito a não ser submetida a tortura.

Ainda, a Convenção estabelece em seu art. 7º que:

“Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...) f. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes.”

A falha do Estado brasileiro em dar assistência de saúde materna já foi reconhecida em órgão internacional de Direitos Humanos, no caso *Alyne v. Brasil* perante o Comitê CEDAW^[27], em que declarou o Estado brasileiro responsável pelas violações dos artigo 2(c) (acesso à justiça); artigo 2(e) (obrigação do Estado de regulamentar atividades de provedores de saúde particulares), em conexão com o artigo 1 (discriminação contra a mulher), lidos em conjunto com a Recomendação Geral nº 24 (sobre mulheres e saúde) e nº 28 (relativa ao artigo 2 da Convenção), e ainda artigo 12 (acesso à saúde). Desse modo, há uma problema estrutural de assistência à saúde a mulher, que se torna ainda mais agravado dentro do sistema prisional, como é possível observar de estudos realizados com gestantes e puérperas presas^[28].

Para tanto, o principal marco normativo a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok^[29], que para o caso específico aqui abordado, traz a necessidade de atendimento médico específico para mulheres:

6. Serviços de cuidados à saúde

[Complementa a regra 24 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos]

(a) Exame médico no ingresso

- Regra 6

O exame médico de mulheres presas deverá incluir avaliação ampla para determinar a necessidade de cuidados de saúde básicos e deverá também determinar: (...)

(c) O histórico de saúde reprodutiva da mulher presa, incluindo gravidez atual ou recente, partos e qualquer questão relacionada à saúde reprodutiva; (...)

(b) Atendimento médico específico para mulheres

- Regra 10

1. Serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade.

2. Se uma mulher presa solicitar ser examinada ou tratada por uma médica ou enfermeira, o pedido será atendido na medida do possível, exceto em situações que exijam intervenção médica urgente. Se um médico conduzir o exame, de forma contrária à vontade da mulher presa, uma funcionária deverá estar presente durante o exame.

Em que pese a consagração destes direitos fundamentais, a dificuldade da internalização das Regras de Bangkok em sede de execução penal é visível, uma vez que poucas disposições conseguiram ser incorporadas ao nosso ordenamento jurídico^[30], seja por meio de ações do Legislativo, Executivo ou do Judiciário, sendo patente a necessidade da contração do sistema penal por meio de medidas de desencarceramento.

Dessa maneira, reconhece-se que as opressões de gênero sofridas pela sentenciada Herliane foram múltiplas, sendo que o tratamento degradante foi configurado e agravado em razão do seu gênero, frente à violência obstétrica sofrida.

Portanto, diante de todo o exposto, tendo em vista que a sentenciada Herliane Anita Marmitt, na sua condição de mulher do sexo feminino, sofreu **violência obstétrica**, quanto ao exame pré-natal, em situação de abortamento e pós-abortamento, sendo ainda negligenciado atendimento médico devido em todo o período que permaneceu encarcerada no Complexo Médico Penal, configurando o tratamento degradante por meio de cumprimento de pena ilícito e antijurídico, entendo que é caso de deferimento do cômputo de pena em dobro.

V – Dispositivo

Ante o exposto, defiro o pedido de cômputo da pena em dobro, na forma de remição de pena, do período de 29/10/2021 até 21/07/2022, nos termos da fundamentação supra.

Atualize-se o RSPE nos termos desta decisão.

Após a atualização, caso necessário, cumpra-se desde logo o procedimento previsto na Instrução Normativa Conjunta nº 01/2017 - TJPR/CGJPR quanto a eventuais direitos executórios.

Intime-se a Defesa.

Ciência ao Ministério Público.

Local, data e assinatura lançados digitalmente pelo sistema SEEU.

Ana Carolina Bartolamei Ramos

Juíza de Direito Substituta

- [1] SMART, Carol. **Feminism and the Power of Law**. London: Routledge, 1989.
- [2] MACKINNON, Catherine A. **Toward a feminist theory of the State**. Cambridge: Harvard University Press, 1989.
- [3] CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao Gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, p. 171-188, 2002.
- [4] GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.
- [5] NAÇÕES UNIDAS. Comitê Sobre a Eliminação de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). **Recomendação Geral n. 33**: acesso das mulheres à justiça. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 08/05/2023.
- [6] Organização Mundial da Saúde. (2014) **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf. Acesso em: 08/05/2023.
- [7] Paola M. Sesia. "Naming, framing and shaming through obstetric violence: A critical approach to the judicialisation of maternal health rights violations in Mexico". In **Critical Medical Anthropology: Perspectives in and from Latin America**. London: University College London Press, 2020. p. 227
- [8] Disponível em: https://coletivomargaridaalves.org/wp-content/uploads/2020/07/CARTILHA-VIOL%C3%84NCIA-OBST%C3%89TRICA_-WEB.pdf. Acesso em 08/05/2023.
- [9] Mariana Prandini Assis and Sara Larrea. "Exposing Abortion-Related Obstetric Violence Through Activism in Latin America and the Caribbean". In: **Obstetric Violence** (Ed. Angela Castañeda, Julie Searcy and Nicole Hill). Ontario: Demeter Press, 2021 (no prelo).
- [10] Pedrosa, A. A. de B., Silva, L. S., Nunes, G. F. de O., Pimentel, M. C., Lima, J. K. de S., & Matos, K. K. C. (2018). **Situações de violência obstétrica vivenciadas por mulheres em processo de abortamento**. *Saúde (Santa Maria)*, 43(3). Disponível em: <https://doi.org/10.5902/2236583428449>. Acesso em 08/05/2023.
- FARIAS DOS SANTOS, B.; NASCIMENTO FRANÇA, L.; WANDEKOKEN, K. D.; SILVA MACHADO, P.; MATOS FERRARI DE ANDRADE, L. Violência obstétrica frente ao abortamento em um hospital de referência em Vitória/ES, Brasil. **Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde/Brazilian Journal of Health Research**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 7–14, 2023. DOI: 10.47456/rbps.v24i2.35795. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/rbps/article/view/35795>. Acesso em: 08/05/2023.
- BALOGH, Giovanna. **Violência obstétrica também ocorre em caso de aborto espontâneo**. Agência Patrícia Galvão. 19 de novembro de 2014. Disponível em: <https://agenciapatriagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/violencia-obstetrica-tambem-ocorre-em-caso-de-aborto-espontaneo/>. Acesso em 08/05/2023.
- [11] FERNANDES, Maíra; DORNELLAS, Mariana Paganote. Maternidade e violência atrás das grades. In: Luciana Boiteux; Patrícia Carlos Magno; Laize Benevides. (Org.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça**: discussões interseccionais de gênero, raça e classe. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, v. 1, p. 639-656
- [12] BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres 2016**. 2ª edição. Brasília, maio de 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>. Acesso em 08/05/2023.
- [13] BOITEUX, Luciana, FERNANDES, Maíra, PANCIERI, Aline e CHERNICARO, Luciana. **Mulheres e Crianças Encarceradas: Um Estudo Jurídico-Social sobre a Experiência da Maternidade no Sistema Prisional do Rio De Janeiro**. LADIH, UFRJ. Disponível em: <http://fileservet.idpc.net/library/M-es-encar-ceradas-UFRJ.pdf>. Acesso em 08/05/2023.
- [14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de Notícias. **STF derruba prisão especial para pessoas com diploma de nível superior**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504930&ori=1>. Acesso em: 08/05/2023.
- [15] Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: **VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República**.
- [16] Para compreender o fenômeno do bacharelismo no Brasil, recomenda-se a leitura das seguintes obras: ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Edusp, 2022; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Companhia das Letras, 2021; e DE HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1968.
- [17] Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, do total de 820.689 presos 67,4% são negros. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/20-anuario-2022-as-820-mil-vidas-sob-a-tutela-do-estado.pdf>. Acesso em: 08/05/2023. Quanto à escolaridade, segundo o Infopen de 2017, 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio, e menos de 1% dos presos possui graduação. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 08/05/2023.
- [18] "As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada" e que "a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença". (AgRg no RHC n. 136.961/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.) Na mesma linha: AgRg no HC n. 649.938/RJ, relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021; AgRg no HC n. 697.146/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022.
- [19] KARAM, Maria Lucia. **A privação da liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27.

[20] Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. (

...) Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

[21] O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem formado jurisprudência unânime em reconhecer o cômputo de pena em dobro, conforme se confere: AGRADO. EXECUÇÃO PENAL. AGRADO EM EXECUÇÃO. VEP. DECISÃO QUE DEFERIU O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CESSAÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO. RESOLUÇÃO DA CIDH DE 22/11/2018 QUE NÃO IMPÕE PRAZO PARA A CONTAGEM EM DOBRO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO APENADO. DECISÃO MANTIDA.

No presente caso, a discussão diz respeito ao marco final para implementação do prazo para o cômputo em dobro. Com efeito, o decisum ora em análise, determinou a contagem em dobro desde 25/06/2021 até a data da decisão “(e enquanto estiver acautelado na SEAPPC)”, data em que, de acordo com o entendimento ministerial, havia cessado a situação de violação de direitos fundamentais. Não obstante o posicionamento do Parquet, possui entendimento de que a aplicação do cômputo de pena até o dobro deve perdurar por todo o período de pena cumprida pelo apenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, sem estabelecimento de qualquer marco temporal para implementação do prazo para aplicação da medida, tanto para o tempo pretérito quanto para o futuro. Malgrado a Corte Internacional, quando da elaboração da Resolução, tenha se quedado silente no que tange à determinação expressa acerca de estabelecimento de marco final para implementação do prazo para o cômputo em dobro, deve-se interpretar a Resolução de forma mais favorável ao apenado, não se podendo restringir o termo final para a contagem em dobro, como pretende o agente ministerial de primeiro grau. Ademais, não se pode olvidar que a questão do cômputo em dobro da pena dos presos no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho não está limitada à superpopulação carcerária, como aduz o Ministério Público, mas, também, a diversos outros fatores de igual seriedade, como a deficiência em matéria de saúde, insalubridade, deficiência assistencial, o alto índice de mortes, entre outros. Sobre o tema, o i. Desembargador Paulo Rangel no julgamento do Agravo de Execução XXXXX-89.2022.8.19.0500, no dia 05 de julho de 2022 asseverou que: «...A informação prestada pela SEAP no ofício nº 91 (doc. XXXXX, fls. 28), dá conta apenas da regularização no que tange ao efetivo carcerário, o que não interfere em nada nas demais conhecidas condições degradantes do referido Instituto Penal. Por óbvio, a aduzida regularização da população carcerária não pode ser analisada como um simples cálculo aritmético, como se os outros graves problemas infra estruturais não mais existissem, ou que teriam sido solucionados com a redução do contingente humano encarcerado. Todos sabemos que não é assim.” Veja a ementa do mencionado julgado: “ AGRADO EM EXECUÇÃO. VEP. DECISÃO QUE DEFERIU O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA NO INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. CESSAÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO. RESOLUÇÃO DA CIDH DE 22/11/2018 QUE NÃO IMPÕE PRAZO PARA A CONTAGEM EM DOBRO.

INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO APENADO. Decisão que está suficientemente motivada, em total acordo com a Resolução da CIDH de 22/11/2018. Questão do cômputo em dobro da pena dos presos no IPPSC que não se limita à superpopulação carcerária mas também a outros fatores de igual seriedade, como a deficiência em matéria de saúde, insalubridade, deficiência assistencial, o alto índice de mortes. Informação prestada pela SEAP que dá conta apenas da regularização no que tange ao efetivo carcerário, o que não interfere em nada nas demais conhecidas condições degradantes do referido Instituto Penal. Resolução que impõe em seu item 4 que o Estado-Brasileiro implemente o cômputo em dobro do tempo de pena cumprida pelo apenado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, mas que não determina prazo. Superior Tribunal de Justiça que entende ser o cômputo em dobro realizado em relação a todo período de cumprimento da pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, não determinando prazo final para tal. Proteção do apenado que pode ser ampliada, sendo interpretada de maneira mais favorável, como assim fez a magistrada de piso. Decisão atacada que não merece qualquer reforma, encontrando-se em consonância com o entendimento esposado pelo STJ. AGRADO QUE SE CONHECE E SE NEGA PROVIMENTO.”(XXXXX-89.2022.8.19.0500 - AGRADO DE EXECUÇÃO PENAL. Des (a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Julgamento: 05/07/2022 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL). Dessa forma, interpretando-se a Resolução de maneira mais favorável à proteção do apenado, não há como acolher o pleito ministerial decorrente de que o marco final para a implementação da medida imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - contagem em dobro da pena aos apenados do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho - seja o dia 05 de março de 2020. DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

- [22] Para maior compreensão quanto à identificação de precedentes, sugere-se a leitura do livro: HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Editora Thoth, 2021.
- [23] BRASIL. Ministério da Saúde. **Atenção Humanizada ao Abortamento: Norma Técnica**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 08/05/2023.
- [24] **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, adotada em 18 de dezembro de 1979, Assembleia Geral, Resolução 34/180, Documento da ONU: A/34/46, U.N.T.S. 13. [Doravante CEDAW].
- [25] **Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, adotado em 28 de junho de 2002, disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=-TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en. Acesso em: 08/05/2023.
- [26] Comissão Internacional de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará"**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 08/05/2023.
- [27] Center for Reproductive Rights. **Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira ("Alyne") v. Brasil**. Disponível em: https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10%2024%2014_FINAL_0.pdf. Acesso em: 08/05/2023.
- [28] Destaca-se os seguintes estudos: DORNELLAS, Mariana Paganote. **Gestantes e puérperas presas após a Lei de Primeira Infância: uma análise de casos**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES, v. 9, n. 1, p. 251-268, 2021. BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna. **Dar à luz na sombra: exercício da maternidade na prisão**. 2019. BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro**. SUR, v. 12, n. 22, p. 229-239, 2015.
- [29] Conselho nacional de Justiça. **Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 08/05/2023.
- [30] FERNANDES, Luciana Costa; DORNELLAS, Mariana Paganote. **A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa**. Revista brasileira de ciências criminais, n. 145, p. 209-240, 2018.



MENÇÃO HONROSA

DIREITOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

PROCESSO Nº 0913333-78.2023.8.12.001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL - TJMS

DESEMBARGADORA ELIZABETE ANACHE

Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
1ª Câmara Criminal

Apelação Criminal - Nº 0913333-78.2023.8.12.0001 - Campo Grande

Relator(a) – Exº(a). Sr(a). Desª Elizabete Anache

Apelante : Jose Rodrigo Marques Rufino.

Advogado : Arlei de Freitas (OAB: 18290/MS).

Apelante : Leslie Mousas Pedro da Silva.

Advogado : Christoffer Costa de Oliveira (OAB: 25262/MS).

Apelado : Ministério Público Estadual.

Prom. Justiça : Alexandre Pinto Capiberibe Saldanha.

EMENTA - RECURSOS DEFENSIVOS - PRELIMINAR - ILEGALIDADE DA PROVA POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - ACOLHIDA – BUSCA PESSOAL – AUSÊNCIA DE ILÍCITO- CUSTÓDIA ILEGAL- AGENTES ALGEMADOS E DEITADOS NA CALÇADA – DENÚNCIA ANÔNIMA DE TRÁFICO DE DROGAS – CONVERSA INFORMAL QUE SE REVELA INTERROGATÓRIO ATÉ OBTENÇÃO DE CONFISSÃO– NOTÓRIA INVASÃO DE DOMICÍLIO – ABSOLVIÇÃO- RECURSO PROVIDO.

Acolhida a preliminar de ilegalidade das provas, por haver invasão de domicílio, considerando que os agentes foram abordados e, em seguida, algemados, sem que houvesse flagrante ou nada de ilícito encontrado na busca pessoal, e diante da denúncia anônima de tráfico de drogas, houve conversa que revelou ser interrogatório informal, sem qualquer menção do direito ao silêncio e de não auto-incriminação, seguida do ingresso na residência e descoberta da droga.

“É preciso destacar que a Constituição Federal relativiza o direito à inviolabilidade e permite o ingresso em domicílio sem consentimento de seu morador e sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, mas não para investigar se há flagrante delito . (STF.HC 226493 / RJ - Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 24/04/2023.PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26/04/2023 PUBLIC 27/04/2023).

Em consequência, ficam os agentes absolvidos, uma vez que inexistente a materialidade do delito.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, **em sessão permanente e virtual**, os(as) magistrados(as) do(a) 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso

do Sul, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: Por unanimidade, acolheram a preliminar de nulidade da busca domiciliar e deram provimento ao recurso para absolver os apelantes, nos termos do voto da Relatora.

Campo Grande, 25 de março de 2024.

Des^a Elizabete Anache Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a Elizabete Anache.

Trata-se de apelos (f.374-394/395-425) interpostos por Leslie Mousas Pedro da Silva e José Rodrigo Marques Rufino, condenados pela prática de tráfico de drogas, sendo fixada a pena, para cada um, de 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto, e 550 dias-multa (f.277-294).

Levanta Leslie Mousas Pedro da Silva a preliminar de nulidade absoluta, pois *“as provas que baseiam a presente ação criminal e culminaram na prisão dos acusados, foram obtidas com a invasão ilegal das duas residências dos acusados, o que tornam as únicas provas obtidas, ilegais”*.

Caso mantida a condenação, entende que deve ser reconhecida a atenuante da confissão, bem como, excluídos os maus antecedentes por violação à Súmula 444 e reconhecida a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Discorre sobre necessidade de absolvição do delito de associação para o tráfico.

Ao final, requer que *“Seja reconhecida a nulidade das provas obtidas por meio das ilicitudes alegadas, com fulcro no artigo 5º, XI e LVI da Constituição Federal; Seja o Réu absolvido pelo reconhecimento de tais ilegalidades na obtenção das provas que baseiam esta ação criminal, expedindo-lhe o competente alvará de soltura; Caso seja outro o entendimento de Vossa Excelência, seja o Réu condenado nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, com o reconhecimento da atenuante disposta e sua aplicação em grau máximo; Seja a pena do Réu fixada em grau mínimo e substituída por medidas restritivas de direitos, nos termos da resolução 5º. Do Senado Federal; Se ainda assim, Vossa Excelência entender de outra maneira, seja o Réu condenado a pena mínima do Artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006;”* José Rodrigo Marques Rufino argui a preliminar de nulidade por invasão de domicílio, pois

os policiais civis foram ao local após denúncia anônima, ingressando na residência sem mandado judicial, de forma truculenta, sem qualquer comprovação de consentimento para ingresso no local, o que torna ilícita a prova obtida.

Caso mantida a condenação, entende que faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, com fixação de regime prisional menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ao final, requer que *“seja reconhecida a nulidade da prova obtida por meio ilícito, em virtude de violação de domicílio, ferindo integralmente o comando constitucional, de tal forma que, e por consequência, a reforma da sentença com a absolvição do recorrente, face a forma arbitrária e ilegal das provas obtidas que embasou a condenação do juiz de primeiro grau, em respeito ao Estado Democrático de Direito e como medida da mais pura e cristalina Justiça. Na remota hipótese de não ser este o entendimento de Vossas Excelências requer, subsidiariamente que seja aplicada a pena em seu patamar mínimo legal, bem como o reconhecimento da redução prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, e com o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4 do art. 33, da Lei 11.343/06, seja a pena privativa de liberdade convertida na pena restritiva de direito”*.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual, às f.429-447, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f.460-476, no mesmo sentido.

VOTO

A Sra. Des^a Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelos (f.374-394) interpostos por Leslie Mousas Pedro da Silva e José Rodrigo Marques Rufino, ambos condenados pela prática de tráfico de drogas, sendo fixada a pena, para cada um, de 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto, e 550 dias-multa (f.277-294).

Nos apelos, levantam preliminar idêntica, qual seja, de nulidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio.

No mérito, versam os pedidos sobre a redução de pena com o reconhecimento do tráfico privilegiado.

DA PRELIMINAR

Na denúncia descrita a seguinte situação: “Consta do incluso inquérito policial que, no dia 07 de março de 2023, por volta das 15h30min, na rua Ariri, n° 47, bairro Vila Moreninha II, nesta Capital, o denunciado JOSÉ RODRIGO MARQUES RUFINO foi flagrado guardando, tendo em depósito 39 porções do entorpecentes COCAÍNA, totalizando 218g (duzentos e dezoito gramas)- Laudo DENAR n°408/2023 (fls. 53-55), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ato contínuo, em incursão ao imóvel localizado na Rua Morro Agudo, n° 117, bairro Vila Moreninha II, o denunciado LESLIE MOUSAS PEDRO DA SILVA, foi flagrado guardando, tendo em depósito entorpecentes do tipo COCAÍNA totalizando 818g (oitocentos e dezoito gramas) - Laudo DENAR 407/2023 (fls. 49-51), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...] **Segundo restou apurado, no dia, hora e local acima mencionados, os investigadores da polícia judiciária tomaram conhecimento, por meio de diversas denúncias anônimas, afirmando que os denunciados JOSÉ e LESLIE, estariam comercializando entorpecentes no bairro Moreninha. Com isso, os policiais iniciaram investigações com fito de averiguar as informações, sendo informados pelos moradores do referido bairro, que ambos os denunciados eram responsáveis pelo abastecimento de drogas no local, atuando conjuntamente. Ante a isso, os agentes empreenderam diligências até o endereço do denunciado JOSÉ, ocasião em que este e o denunciado LESLIE, se encontravam na frente da residência. Neste caminhar, tendo em vista as diversas denúncias apontando os ora denunciados como traficantes da região, bem como as fundadas suspeitas, os agentes realizaram abordagem destes na via pública, com fito de averiguar as informações. Ao ser indagado durante a abordagem, o denunciado JOSÉ confessa que de fato mantinha em depósito entorpecentes em sua residência. Assim, sendo franqueado a entrada na residência, bem como ante a situação flagrancial, os policiais adentram na referida residência, se deparando com 39 porções do entorpecentes COCAÍNA, bem como balança de precisão. Ademais, ao indagarem o denunciado LESLIE, este também confessou que mantinha entorpecentes em depósito em sua residência. Ato contínuo, os agentes empreenderam diligências até o local, ocasião em que, ao adentrarem na residência, se depararam com 818g (oitocentos e dezoito gramas) de COCAÍNA. Dessa forma, os denunciados foram conduzidos para a Delegacia para as providências cabíveis”.**

Constou na Representação da Autoridade Policial pela Prisão Preventiva dos apelantes que a DENAR/CG recebeu denúncias que JOSÉ RODRIGO e LESLIE abasteciam as bocas de fumo da Região das Moreninhas e, possivelmente, portavam armamento (f.12).

Desta forma, policiais civis iniciaram investigações e monitoramento, sendo que populares apontaram que os apelantes comandavam o tráfico na região, mas não quiseram se identificar, pois os apelantes teriam ligação com o PCC (f.12).

No dia 7/3/2023, foram registradas reclamações, via telefone, bem como denúncias de que os apelantes haviam recebido entorpecentes para abastecimento de biqueiras (f.12).

O IPJ Adriano Luiz Graeff, na fase policial, narrou que após toda essa fase inicial, deslocaram até o imóvel localizado à Rua Ariri, 47- Bairro Moreninha II e visualizaram os apelantes em via pública, em frente à residência, sendo que JOSÉ RODRIGO estava com certo volume na cintura, havendo fundada suspeita que estivesse armado, razão da abordagem. Expôs que JOSÉ RODRIGO retirou o volume da cintura, que era um aparelho celular, e o arremessou no chão, sendo indagado sobre algo ilícito na residência. Apontou que JOSÉ RODRIGO admitiu ter agido daquela maneira porque havia droga em sua residência e permitiu a entrada, sendo localizadas 39 porções de cocaína (218 gramas) dentro do quarto, em uma pochete preta, junto com balança de precisão e 7 munições intactas e 1 deflagrada de calibre .22, na gaveta do guarda-roupa. Relatou que questionaram LESLIE, o qual também admitiu ter drogas em sua residência, localizada à Rua Morro do Agudo, 177- Bairro Moreninha II, onde foram apreendidas 8 porções brutas de cocaína (814 gramas) e uma balança de precisão (f.24-25).

No mesmo sentido o depoimento do IPJ Nilton César Sales dos Santos, na Delegacia de Polícias, às f.32-34.

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.215), Adriano Luiz Graeff contou que receberam várias denúncias sobre os apelantes e, no dia dos fatos, foram à residência de JOSÉ RODRIGO, que fez a menção de tirar algo da cintura, que depois constataram que era o aparelho celular. Relatou que JOSÉ RODRIGO ficou nervoso com a abordagem e, indagado sobre a droga, este admitiu que havia droga na residência. Expôs que localizaram o entorpecente e balança de precisão, sendo que indagaram LESLIE sobre a droga, o qual também admitiu que possuía droga na residência e foram ao local. Confirmou que receberam denúncia anônima, fizeram revista pessoal em JOSÉ RODRIGO e nada de ilícito havia com ele, sendo que ele autorizou o ingresso na residência. Apontou que não se recorda se havia algo de ilícito com LESLIE e este autorizou que os policiais fossem até seu domicílio.

Na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f.215), o IPJ Nilton César Sales dos Santos relatou que havia denúncias de que JOSÉ RODRIGO e LESLIE faziam comercialização de drogas na região das Moreninhas, eram do PCC, possivelmente andavam armados e repassavam a droga para boca de fumo. Expôs que dias antes foram na localidade para conversar com vizinhos, os quais confirmaram os fatos. Também relatou que receberam novas denúncias por telefone sobre recebimento de droga, foram fazer campana na residência de JOSÉ RODRIGO, sendo que os apelantes, em certo momento, saíram para a calçada. Expôs que, como havia denúncia de que os apelantes andavam armados, resolveram abordá-los, sendo que JOSÉ RODRIGO meteu a mão na cintura e jogou algo no chão, sendo

que a equipe chamou com mais atenção para abordagem. Consignou que referido apelante jogou o aparelho celular, razão que resolveram questioná-lo, tendo ele admitido que tinha droga e permitido o ingresso dos policiais em sua residência. Relatou que localizaram a droga e as munições, sendo que questionaram LESLIE, que também confessou, de pronto, ao dizerem que iriam na residência dele dar uma olhada, sendo encontrada cocaína em pedra bruta. Detalhou que os vizinhos não foram identificados por medo de represália, sendo que não localizaram droga com JOSÉ RODRIGO e acharam que ele estava armado, mas portava somente o aparelho celular, não tendo filmado ou registrado a autorização para ingresso na residência. Não se recorda quem prendeu o cachorro para entrarem na residência. Esclareceu que não tem comprovação da autorização de ingresso na residência de LESLIE, pois ele os convidou para irem à sua residência, após relatar sobre as drogas, sendo que com ele não havia nada ilegal.

Valmira Vieira Ribeiro Marques, tia de JOSÉ RODRIGO, na fase

judicial (áudio disponível no SAJ, às f.215) informou que não conhece LESLIE e, no dia dos fatos, estava trabalhando e os policiais, que estavam à paisana, abordaram seu sobrinho e pediram para entrar dentro da casa, sem se identificarem, sendo que sua filha pediu para ver o mandado e eles disseram que não era da conta dela, que ela seria presa e determinaram que prendesse o cachorro e, em seguida, ingressaram na casa. Explicou que consentiu apenas que vistoriassem seu veículo. Expôs que trabalha no salão do lado da residência de JOSÉ RODRIGO e pediram autorização para ingressar em uma casa que não é sua. Apontou que não autorizou o ingresso e ficou em uma situação de não saber o que fazer, tendo aberto o portão, pois não perguntaram se podiam entrar, mandaram prender o cachorro. Esclareceu que não pediram para entrar, apenas indagaram se tinha acesso à casa e sua filha resolveu perguntar sobre o mandado. Disse que o seu salão não tem acesso à casa de JOSÉ RODRIGO, mas o portão da residência não estava trancado.

Em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.215), Herica Thayz Ribeiro Carneiro, prima de JOSÉ RODRIGO, informou que estava no salão quando houve a abordagem por policiais à paisana, sem mandado, sendo que os policiais disseram que não era do seu interesse, para ficar quieta. Relatou que pediram para ingressar na casa e indagou novamente sobre o mandado, sendo que, de novo, disseram que iriam entrar, não precisando saber se tinha mandado, que era para prender o cachorro. Expôs que resolveu ligar para seu pai e o policial disse que se ligasse para alguém de novo ou alguém aparecesse no local seria presa junto com os apelantes. Não autorizou o ingresso na casa. Esclareceu que os policiais não pediram para ingressar na residência, apenas para prender o cachorro e não deixaram que acompanhasse a diligência.

Levado à Delegacia de Polícia, JOSÉ RODRIGO disse que a cocaína estava na sua residência, bem como indicou aos policiais civis onde estava guardada, sendo que conhece LESLIE há dois anos, tendo conhecimento que ele mantinha cocaína guardada em casa (f.35).

JOSÉ RODRIGO, em juízo (áudio disponível no SAJ, às f.215) confessou que tinha cocaína guardada em uma pochete, não sabendo a quantidade, sendo que apenas pegou para guardar e receberia o valor de uma máquina de barbeiro. Apontou que LESLIE foi à sua residência, no dia dos fatos, ver coisas sobre produtos de barbearia. Não autorizou o ingresso na residência e falaram que matariam seu cachorro, sem que pudesse falar se podiam entrar ou não.

LESLIE, na fase policial, confessou que a cocaína era sua, sendo que pela primeira vez economizou dinheiro para comprar a droga para revenda. Confirmou que conhece JOSÉ RODRIGO (f.41).

Na fase judicial (áudio disponível no SAJ, às f.215), LESLIE confirmou que tinha droga em sua residência que havia recebido no domingo, antes da prisão, para guardar. Expôs que havia acabado de chegar na residência de JOSÉ RODRIGO, esperando ele sair, quando houve a abordagem, sendo que foi ao local ver produtos de barbearia, não tendo vínculo com ele. Esclareceu que foram abordados na

frente da casa de JOSÉ RODRIGO, sendo algemados com as mãos para trás e ficaram deitados na calçada e, em seguida, os policiais entraram na casa do corréu, sem mandado. Narrou que os policiais falaram que, se não prendessem o cachorro, ele seria morto, sem problema algum, porque iriam entrar na casa. Apontou que ficaram um pouco na casa do corréu e cada um foi colocado em um veículo, sendo levado à sua residência. Consignou que os policiais ingressaram na sua residência sem sua autorização, sendo que no local estavam seus parentes.

Estas são as provas colhidas nos autos.

Registro inicialmente que não há registros no Sistema de Automação Judicial-SAJ e no Sistema Integrado de Gestão Operacional -Sigo de vínculo dos apelantes com o PCC ou outra organização criminosa.

Adianto que a preliminar deve ser acolhida, sendo que o caso merece atenção, porque não há como se dirimir de forma simplista apontando o tráfico como delito permanente aliado à denúncia anônima para legitimar o ingresso dos policiais civis nas residências dos apelantes.

Temos aqui uma série de ilegalidades em sequência, quais sejam, *abordagem/busca pessoal, seguida de custódia ilegal, interrogatório ou conversa informal e consequente invasão de domicílio*. Vejamos.

Consta nos autos que a Denar/CG recebia uma série de denúncias anônimas, via telefone, no sentido que os apelantes abasteciam as bocas de fumo da região das Moreninhas, sendo que as investigações e monitoramento feito por policiais civis se resumiram em entrevistas de populares na região, em dia não anotado, sem identificação de pessoa, apenas com a afirmação que as denúncias anônimas foram confirmadas.

Registre-se desde logo que quem abastece “biqueiras” da região das Moreninhas¹, no mínimo, recebe e distribui quantidade de entorpecentes considerável, além de movimentar quantia em dinheiro compatível com referidas transações ilícitas.

Não há anotação de campana ou monitoração em frente às residências dos apelantes de modo a verificar movimentação atípica ou repasse de drogas ou registro sobre o alegado porte de armas, ou checagem sobre a veracidade de integração ao Primeiro Comando da Capital-PCC

No dia dos fatos, então, houve nova denúncia anônima de recebimento de quantidade de droga para revenda, razão pela qual os policiais foram até à residência de JOSÉ RODRIGO, localizada à Rua Ariri, 47- Bairro Moreninha II.

Aqui, chamo a atenção ao fato de não haver uma linha temporal nos autos sobre as referidas denúncias anônimas, uma vez que JOSÉ RODRIGO declarou residir no referido local há 60 dias (f.40), fato até que pode ser corroborado no depoimento do IPJ Adriano Luiz Graeff, na fase policial, de que o apelante estava montando um quarto para o filho (f.25).

Então, nesse dia – 7 de março de 2023- policiais civis visualizaram os apelantes na calçada, estando JOSÉ RODRIGO com volume na cintura, razão da abordagem pessoal deste, pela denúncia anônima mencionar o porte de armas.

JOSÉ RODRIGO retirou o volume da cintura e jogou ao solo, sendo, de pronto constatado que se tratava de um *aparelho celular*. Não teríamos, então, até aqui a razão para a abordagem baseada no suposto porte de arma.

1 Conforme Censo/IBGE, do ano de 2010, a região contava com 22.000 habitantes Cf.:<https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/MS/Imagens/Perfil%20dos%20Bairros%20de%20Campo%20Grande%20MS.pdf>

Conforme artigo 244, do Código de Processo Penal - *“Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando **houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida** ou de **objetos ou papéis que constituam corpo de delito**, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”*

Poderíamos até dizer que havia a suspeita de JOSÉ RODRIGO estar com algo ilícito, mas nada foi encontrado com ele.

Dáí temos que **não houve fundada suspeita para abordagem de LESLIE**, que estava parado na calçada do lado de JOSÉ RODRIGO, sendo que somente há menção ao fato de que que referido apelante ficou nervoso.

Aliás, foi apontado pelos policiais civis que a abordagem se deu em razão de suspeitarem que JOSÉ RODRIGO estivesse portando arma, sem qualquer referência a LESLIE.

A questão é *nada de ilícito foi encontrado com os apelantes, mas* JOSÉ RODRIGO e LESLIE foram algemados com as mãos para trás e permaneceram deitados na calçada, o que configura custódia ilegal.

Tal fato foi narrado com detalhes por LESLIE, em juízo (f.219), sem contestação por parte do Ministério Público Estadual.

A informante VALMIRA, em juízo (f.215) narrou que *“na situação que tava, monte de polícia, fiquei sem saber ...prendi o cachorro”, “eles não perguntaram se podiam entrar”*².

HERICA, na fase judicial (f.215), informou que *“chegaram abordando”, “pediram para prender o cachorro”*.

Observa-se o seguinte: por certo, não seria autorizada a busca e apreensão judicial caso fosse embasada apenas em denúncias anônimas de pessoas não identificadas. E mesmo o fato de que um aparelho celular foi atirado ao chão também não é suficiente para o ingresso no domicílio de seu proprietário, sendo certo, aliás, que sequer se cogitou de quebra do sigilo telefônico³.

2 Cf.: “Apesar da significativa quantidade de entorpecentes encontrada no imóvel do recorrente, tal descoberta não passou de mero acaso, pois não havia circunstâncias concretas que indicassem a ocorrência da prática delitiva no local. Ademais, a entrada foi permitida por terceiro que ali não residia, quando apenas ao morador da unidade habitacional caberia tal autorização.” (STJ. RHC n. 154.093/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 19/10/2021.)”

3 f.05-06/22-23/85-97

Neste aspecto, aponta Rodrigo Iennaco de Moraes⁴ que *“Se há notícia anônima de comércio de drogas ilícitas numa determinada casa, a polícia deve, antes de representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, proceder a diligências veladas no intuito de reunir e documentar outras evidências que confirmem, indiciariamente, a notícia. Se confirmadas, com base nesses novos elementos de informação o juiz deferirá o pedido; se não confirmadas, não será possível violar o domicílio, sendo a expedição do mandado desautorizada pela ausência de justa causa. O mandado expedido exclusivamente com apoio em denúncia anônima será abusivo.”*

Prosseguindo, não temos aqui a questão do tráfico de drogas ser crime permanente a autorizar o ingresso na residência sem mandado judicial.

In casu, sem flagrante delito, os apelantes, após a referida busca pessoal, sem o encontro de nada ilícito, algemados e deitados em uma calçada (custódia ilegal) seguida de interrogatório/conversa informal, onde houve a confissão do tráfico e a referida permissão de ingresso na residência, fato que os apelantes e as informantes negam, até mesmo porque estas últimas não poderiam autorizar o ingresso em casa de terceiro.

Embora a palavra dos policiais mereça credibilidade, é necessário que seja corroborada por outros meios de prova, até mesmo a situação acima aponta para uma custódia ilegal, sem flagrante.

Destaco aqui, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa que *“É preciso que o flagrante esteja visualizado ex ante. Inexiste flagrante permanente imaginado. Assim é que a atuação policial será abusiva e inconstitucional, por violação do domicílio do agente, quando movida pelo imaginário, mesmo confirmado posteriormente. A materialidade estará contaminada pela árvore dos frutos envenenados”*⁵.

Repisa-se mais uma vez que não houve investigação ou monitoração prévia das residências para apuração do delito de tráfico de drogas, bem como não havia situação de flagrância anterior que justificasse que os apelantes permanecessem deitados e algemados na calçada.

Neste caso, não havia fundadas razões para essa prisão *ex ante*, sem flagrante e ingresso no domicílio.

4 MORAES, Rodrigo Iennaco de. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no estado democrático de direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, set./out. 2006. p. 250-251.

5 LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Agente público que faz o que não pode dá causa à impunidade. <https://www.conjur.com.br/2018-ago-10/limite-penal-agente-publico-faz-nao-causa-impunidade/>

Destaco trecho do depoimento do PJ Nilton César Sales dos Santo, em juízo (f.215), “*LES-LIE de pronto já confessou, porque falamos nós vamos na sua residência dar uma olhada e ele confessou*”.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, do STF, “*é preciso destacar que a Constituição Federal relativiza o direito à inviolabilidade e permite o ingresso em domicílio sem consentimento de seu morador e sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, mas não para investigar se há flagrante delito*”. (STF.HC 226493 / RJ - Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 24/04/ 2023.PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26/04/2023 PUBLIC 27/04/2023).

Conforme voto conjunto do juízes Nancy Hernnandez e Rodrigo Mudrovitsch, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Valência Campos versus Bolívia⁶, “*De ello se desprende que un criterio que debe observarse obligatoriamente en el caso de la excepción derivada de la flagrancia es la existencia de hecho de una justificación previa conforme al derecho que permita el allanamiento de domicilio. Esto significa que la constatación del delito flagrante debe preceder a la entrada en el domicilio y no puede justificarse posteriormente. De lo contrario, sería una medida arbitraria, prohibida por la Convención*”⁷ (f.124, do referido voto).

Portanto, não se pode legitimar o ingresso dos policiais civis no domicílio dos apelantes através de informações que obtiveram por meio de interrogatório/ conversa informal sob custódia ilegal, sem qualquer menção de que, não encontrado nada de ilícito na busca pessoal, poderiam ir embora e que o direito ao silêncio poderia ser exercido.

Não é lógico que um homem médio comum, de forma espontânea, anuncie a policiais civis que mantém droga em sua residência, sendo evidente que, se houve referida confissão, foi obtida sob pressão.

Conforme o Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal:

“O direito ao silêncio, à não autoincriminação e da assistência técnica, todos de estatura constitucional, decorrem não apenas de cláusulas constitucionais expressas, como também de previsões contidas nos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal. Visam, em termos práticos, evitar coação expressa ou tácita pelas autoridades encarregadas da persecução penal, bem como oferecer ao cidadão condições míni-

⁶ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_469_esp.pdf

⁷ Em livre tradução: “*Daqui resulta que um critério que deve ser obrigatoriamente observado na O caso da exceção derivada da flagrância é a existência de fato de uma justificação prévia nos termos da lei que permite a busca no domicílio. Isto significa que a confirmação do crime flagrante deve preceder a entrada no domicílio e não pode ser justificado posteriormente. Caso contrário, seria uma medida arbitrária, proibido pela Convenção*”.

mas para o exercício do *direito* de defesa. **Por isso, são nulas as oitivas realizadas por autoridades policiais quando não houver demonstração de que o investigado foi previamente advertido quanto aos seus *direitos* constitucionais, entres eles o *direito* ao *silêncio* e a garantia de defesa técnica.**

No julgamento das ADPFs 395 e 444, o **Tribunal decidiu pela impossibilidade da condução coercitiva de suspeitos para a realização de interrogatório policial.**

Reporto-me aos seguintes trechos do acórdão paradigma, no que importa:

“O *direito* à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o *direito* ao *silêncio*, o aspecto mais corrente do *direito* à não autoincriminação. Por projeção, o *direito* ao *silêncio* consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o *silêncio* seja interpretado como admissão de responsabilidade.

Tal *direito* não constava do catálogo de *direitos* fundamentais das constituições pré-1988. Tampouco era reconhecido no âmbito legal. Pelo contrário, o CPP previa que o *silêncio* do acusado seria interpretado em seu desfavor – art. 186, alterado apenas em 2003, para consagrar que o *silêncio* não será interpretado em prejuízo da defesa.

A Constituição de 1988 não foi direta em afirmar o *direito* à não autoincriminação em geral, ou o *direito* ao *silêncio* em particular.

O que o texto constitucional enunciou foi o *direito* à advertência quanto ao *direito* ao *silêncio*, ainda assim apenas em favor do preso – ‘o preso será informado de seus *direitos*, entre os quais o de permanecer calado’, art. 5º, LXIII.

O legislador constituinte parece ter sido influenciado pelo ordenamento dos Estados Unidos, mais particularmente pela Miranda warning. Naquele país, o *direito* a não depor contra si mesmo foi introduzido na Constituição pela Quinta Emenda, de 1791. A interpretação da norma constitucional separa o *direito* ao *silêncio* do *direito* a ser advertido dessa prerrogativa. Inicialmente, os investigadores poderiam questionar investigados, sem dar a saber que há um *direito* constitucional de não responder às perguntas.

No entanto, em 1966, no caso Miranda v. Arizona, a Suprema Corte decidiu que os presos, por sua especial condição de sujeição aos agentes do Estado, devem ser expressamente advertidos quanto à prerrogativa de silenciar (384, U.S., 436). Desde então, vários julgamentos desenvolveram a interpretação do *direito* a ser advertido, muito embora mantendo suas características essenciais.

No Brasil, o catálogo de *direitos* consagrou justamente o *direito* à advertência do preso do *direito* ao *silêncio*.

Ainda que por via oblíqua, essa disposição é suficiente para afirmar o próprio *direito* ao *silêncio*, na medida em que só se adverte de um *direito* que existe. E, muito embora expresse o *direito* à advertência apenas em benefício do preso, o *direito* ao *silêncio* em si deve ser lido como extensível a qualquer investigado ou acusado. A avaliação da raiz da previsão norte-americana deixa poucas dúvidas de que a advertência do preso pressupõe o *direito* de qualquer acusado de ficar calado. Naquele ordenamento jurídico, essa prerrogativa está expressa na Quinta Emenda. No Brasil, está implícita na Constituição.

Como ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto, o *direito* à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, o *direito* é derivado da ‘união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), do art. 5º, LV (ampla defesa), e do art. 5º, LVII (presunção de inocência)’. (*Direito*

à não autoincriminação e *direito ao silêncio*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 104).

O *direito ao silêncio* foi consagrado em tratados de *direitos humanos* dos quais o Brasil é signatário, os quais enunciam o *direito* do acusado de não depor contra si mesmo – artigo 14, 3, ‘g’, do Pacto Internacional sobre *Direitos Civis e Políticos*, em execução por força do Decreto 592/92, e artigo 8, 2, ‘g’, do Pacto de San José da Costa Rica, em execução por força do Decreto 678/92.

No plano legal, desde a Lei 10.792/03, o *direito ao silêncio* foi incorporado ao CPP.

Atualmente, tanto o *direito ao silêncio* quanto a respectiva advertência são previstos na legislação e aplicáveis tanto à ação penal quanto ao interrogatório policial, tanto ao preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. Mesmo o Código de Processo Civil introduziu o *direito* da parte de não produzir prova contra si própria – art. 379.

De tudo se retira que, executada a condução coercitiva, não há dúvida de que o conduzido é assistido pelo *direito ao silêncio* e ao *direito* à respectiva advertência. Em outras palavras, a autoridade interrogante deve advertir o conduzido do *direito* a calar-se e respeitar seu exercício.

O conduzido também é assistido pelo *direito* a fazer-se aconselhar por seu advogado (art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia), reforçando a qualidade da decisão como estratégia defensiva. [...] Nesse sentido, submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao *direito* à não autoincriminação.

Disso concluo que, em princípio, haveria violação ao *direito* à não autoincriminação”. Há outros precedentes no mesmo sentido. No julgamento do HC 80.949/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, a Corte consignou que a falta da advertência ao *direito ao silêncio* torna ilícita a prova, ao fundamento de que o “privilegio contra a autoincriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição [...] importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu *direito ao silêncio*: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em *conversa informal* gravada, clandestinamente ou não”. (HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe 14.12.2001) (grifei). No caso *Miranda v. Arizona*, citado no julgamento da ADPF 444, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a acusação não pode se valer de declarações obtidas por agentes policiais, sem a demonstração do emprego das cautelas aludidas na Constituição (*Miranda rights*). Registrou-se que a incomunicabilidade nos interrogatórios policiais implica um ambiente intimidatório que esvazia o *direito ao silêncio*. E que o fato de o indivíduo sob investigação responder certas perguntas não significaria renúncia a esse *direito*.

No caso concreto, a entrevista *informal* realizada com o acusado foi expressamente mencionada na denúncia (eDOC 6, p.08/09). Por isso, impõe-se a adoção de providências imediatas para o desentranhamento desse elemento informativo dos autos da ação penal.

Ademais, há comprovação de que o interrogatório *informal* ocorreu em ambiente potencialmente intimidatório, sem a presença de advogado.

Na ocasião, foram formuladas diversas perguntas sem que o reclamante pudesse sequer conhecer as razões pelas quais era investigado. [...].

(STF Rcl 53878 / SP - SÃO PAULO. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 19/09/2023. Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20/09/2023 PUBLIC 21/09/2023) Grifo nosso.

Observe-se ainda que no interrogatório dos apelantes, na fase policial, nada foi indagado sobre o suposto recebimento de vultosa quantidade de droga, bem como não houve localização de dinheiro ou objetos ligados a traficância (balança de precisão ou material para embalagem, por exemplo) a legitimar a versão de abastecimento de pontos de venda de drogas.

Diante de todo esse quadro, houve invasão de domicílio, uma vez que o ingresso na residência dos apelantes somente ocorreu após busca pessoal com custódia irregular e interrogatório/conversa informal, que reputo como ilegal.

Não se está aqui a desmerecer o honrado trabalho policial, feito tantas vezes com equipes reduzidas e sem condições adequadas.

Entretanto, como aponta o Min. Ribeiro Dantas, no AREsp n. 1.936.393/RJ:

“Não obstante a nobreza de sua função e correição funcional da vasta maioria de seus membros, as instituições policiais por vezes desprezam os direitos mais básicos dos investigados ou daqueles que tomam por inimigos. O julgador não pode ignorar a realidade do país em que vive, e seria ingênuo de nossa parte atribuir aos procedimentos policiais a presunção de veracidade e legitimidade proclamada com tanto vigor pela jurisprudência majoritária.

Apesar disso, **o Judiciário brasileiro tem, como regra geral, ignorado esse substrato social ímpar** e, de modo geral, atribuído verdadeira onipotência à palavra da polícia enquanto elemento de prova no processo penal. **Profundamente influenciado há décadas por um discurso de emergência de combate ao tráfico de drogas, além do vírus autoritário que integra desde o início o código genético de nossa República, juízes desprezam a realidade** de extrema e disseminada brutalidade policial – que é objetivamente demonstrada por diversas fontes independentes –, fechando os olhos aos fatos por todos conhecidos. **Essa curiosa forma de negacionismo judicial já foi estudada, entre nós, por MARCELO SEMER**, que a sintetiza em sua espetacular obra *Sentenciando o tráfico*:

‘States of denial é o estudo dessa híbrida situação que envolve a circunstância de que, em sofrimentos e atrocidades que nos circundam, as pessoas reagem como se não soubessem o que sabem. Ou então, **a informação é registrada – não há tentativa de negar os fatos – mas sua implicação é simplesmente ignorada**’ (2020, p. 118) “(STJ. AREsp n. 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 8/11/2022.) Grifo nosso

Nessas circunstâncias, eliminada a justa causa para o ingresso no domicílio dos apelantes, estando ferido o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, considerando que a dinâmica da ação policial aponta para custódia ilegal seguida de interrogatório informal, sem advertência acerca do direito ao silêncio e de não autoincriminação, leva à conclusão que houve invasão de domicílio, havendo nulidade e ilicitude da prova, estando eliminada a materialidade, que induz à absolvição dos apelantes.

Ante o exposto, **acolho a preliminar arguida** nos apelos para reconhecer a **nulidade da busca domiciliar**, precedida de custódia e interrogatório/conversa informal ilegais, bem como, a toda menção judicial a tais atos, **por consequência, absolvo Leslie Mousas Pedro da Silva e José Rodrigo Marques Rufino da imputação de tráfico de droga contida na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso II, do CPP.**

Expeça-se o alvará de soltura, se por al não estiverem presos.

DECISÃO

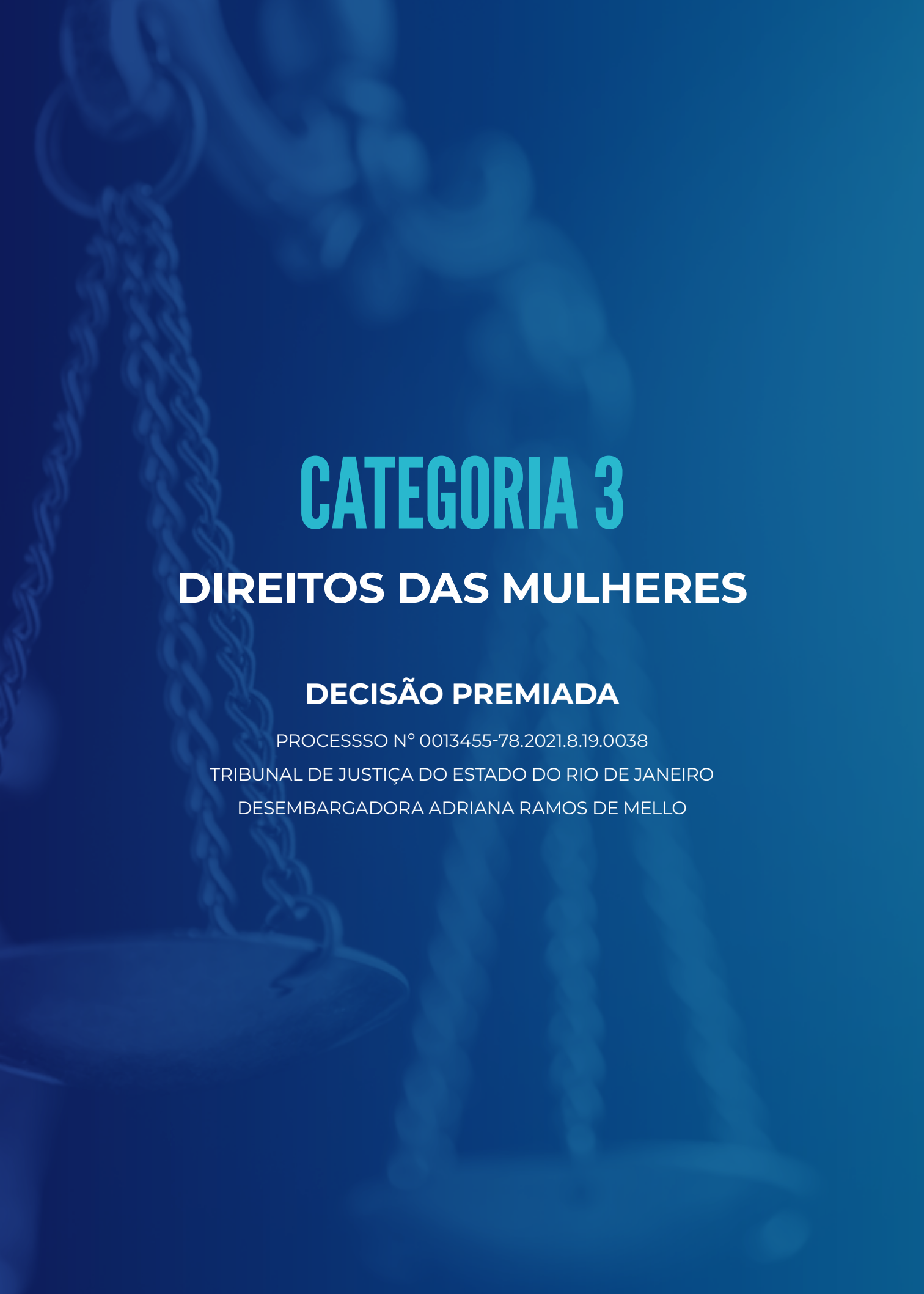
Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER OS APELANTES, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA

Presidência do(a) Ex^o(^a). Sr(a). Des^a. Elizabete Anache Relator(a), o(a) Ex^o(^a). Sr(a). Des^a Elizabete Anache

Tomaram parte no julgamento os(as) Ex^{os}(^{as}). Srs(as). Des^a Elizabete Anache, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 25 de março de 2024.



CATEGORIA 3

DIREITOS DAS MULHERES

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0013455-78.2021.8.19.0038

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DESEMBARGADORA ADRIANA RAMOS DE MELLO

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público

APELAÇÃO Nº 0013455-78.2021.8.19.0038

APELANTE: FRANCIELLE ROBERTA FERNANDES SILVA

APELADO: MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU

RELATORA: DES. ADRIANA RAMOS DE MELLO

A C Ó R D ã O

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. MÁ- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS COM RESULTADO DE SEQUELAS FÍSICAS EM MÃE E BEBÊ, SEGUIDO DE ÓBITO FETAL. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. APLICAÇÃO DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO DO CNJ.

1. Autora vítima de parto vaginal com violência obstétrica consubstanciada na utilização de ocitocina e episiotomia sem real indicação e sem consentimento da gestante, bem como da Manobra de Kristeller, intervenção proscrita e banida pela OMS, diante do efeito negativo nos resultados do parto e na saturação de oxigênio neonatal, apontado em estudos, tal como ocorrido no presente caso.

2. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero do CNJ que indica como violência obstétrica a violação do direito da gestante a obter tratamento digno e estabelece passos para que o julgador pondere sobre as desigualdades estruturais que permeiam o julgamento desses casos.

3. Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, que no art. 12 da sua recomendação geral nº 24, determina a necessidade de fornecimento de serviços adequados às mulheres no parto e no pós-parto.

4. Art. 3º da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém Do

Pará) que garante o direito a toda mulher a ser livre de violência, tanto nas esferas públicas quanto privadas.

5. Conduta dos profissionais de saúde que se mostram em desacordo com os protocolos pré-estabelecidos.

6. Documentos médicos que atestam o nexo causal entre a conduta da unidade de saúde e o resultado morte do feto.

7. Município que não logrou comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral.

8. Responsabilidade objetiva do ente público que se impõe diante da negligência na condução do atendimento da gestante.

9. Danos sofridos, que devem ser reparados e compensados. Quantum indenizatório fixado no valor de R\$350.000,00, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

10. Honorários sucumbenciais determinados com base no art. 85, §§ 2º e 3º, CPC.

11. Município que, na qualidade de réu sucumbente, não faz jus à isenção do pagamento da taxa judiciária, conforme súmula nº 145 do TJRJ e enunciado nº 42 do FETJ.

12. Recurso conhecido e provido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 0013455-78.2021.8.19.0038 em que é apelante FRANCIELLE ROBERTA FERNANDES SILVA e apelado o MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU

ACORDAM os(as) Desembargadores(as) da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em CONHECER O RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de AÇÃO INDENIZATÓRIA ajuizada por FRANCIELLE ROBERTA FERNANDES SILVA E OUTRO em face do MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU, com vistas à reparação dos danos morais, estéticos e materiais alegadamente sofridos em decorrência de violência obstétrica, que o douto Magistrado de primeiro grau julgou improceder, ao argumento de ausência de provas (índice 369).

Daí a irresignação autoral, que alega que anexou aos autos, inúmeros exames, que comprovam que teve uma gestação saudável, sem qualquer tipo de ocorrência que viesse denotar situação de risco, e conforme demonstrado em prontuário médico do próprio hospital, os batimentos cardíacos do bebê estavam em consonância com a regularidade, o que reforça ainda mais a tese de que o bebê entrou em sofrimento fetal pela demora no parto. Ressalta que a demora no procedimento causou ao filho da apelante, não apenas riscos de vida momentâneo, mas crises convulsivas, paralisia nos reflexos do hemisfério

esquerdo do cérebro, causando-lhe limitações aos estímulos, mastigação, respiração e etc, tanto que, após a alta da apelante, em 01/06/2020, o pequeno bebê permaneceu hospitalizado por mais 2 meses e 17 dias, sendo submetido inclusive, à inserção de sonda enteral, sendo substituída posteriormente por um “bóton” gástrico, pois sua alimentação não podia ser realizada por método tradicional. Salaria que, devido a essas limitações, a alimentação do bebê se fazia com leites especiais e ele

fazia acompanhamento periódico no Hospital Adão Pereira Nunes, demandando não só esforços físicos por parte dos familiares, que se desdobram a fim de ajudar a mãe com a cansativa rotina de tratamentos e cuidados com o pequeno João, mas também os onerava excessivamente, haja vista que são de família humilde. Aduz que sofreu uma recuperação procrastinada, devido ao sofrimento físico no parto, pois o ato da médica em introduzir sua mão na vagina da paciente, renderam-lhe 16 pontos em seu períneo, deixando-a com traumas internos e conforme ultrassonografia contida na última página do prontuário, coágulos sanguíneos em seu útero, que lhe renderam crises de ansiedade, e depressão pós-parto, segundo profissionais de saúde que a atenderam e a encaminharam a tratamento psicológico, pois o fato de não aceitar que seu filho carregasse para sempre tamanho sofrimento em sua vida, a fez amargar imensa tristeza e descontentamento, passando por crises de ansiedade, nas quais se auto mutila, causando-lhe ainda mais sofrimento.

Acrescenta que, em 27 de dezembro de 2021, o pequeno João, filho da apelante, veio a falecer com a causa morte em síndrome de morte súbita na infância, inalação de conteúdo gástrico residência, bronco aspiração, não restando dúvidas, que o óbito se deu em decorrência da negligência médica no momento do parto, que por consequência, acarretou todas as complicações de saúde na vida do pequeno João, sendo certo que os documentos juntados aos autos eram suficientes para comprovar o nexo de causalidade. Pugna pela reforma da sentença com a condenação da edilidade ao pagamento de indenização por dano moral (índice 387).

O apelado não ofereceu contrarrazões, apesar de intimado (índice 409). É o relatório. Decido.

Recurso tempestivo, presentes os demais pressupostos objetivos e subjetivos da respectiva admissibilidade, dele se conhece.

1. Do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero

Trata-se de ação indenizatória ajuizada em face do Município de Nova Iguaçu, em que a autora, menor, de apenas 16 anos de idade, residente em Queimados, Baixada Fluminense, busca a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de suposta violência obstétrica, que teria lhe causado sequelas, assim como a seu filho

recém-nascido, que veio a falecer de morte súbita, poucos meses após o parto, em decorrência das complicações de saúde geradas pela negligência médica a que submetido no momento de seu nascimento.

A sentença julgou improcedentes os pedidos ao argumento de que a autora não logrou provar o nexo causal entre o erro médico e as sequelas sofridas. Eis a fundamentação:

“(…) No caso dos autos não restou demonstrada a presença do nexo de causalidade entre as alegadas sequelas sofridas pelo 1º autor e o suposto erro médico, posto que apesar de devidamente intimada, a parte autora não requereu a produção de prova pericial, prova imprescindível para a comprovação da alegada falha no serviço médico prestado.

No caso em tela, a má prestação do serviço é alegada em virtude de imperícia no atendimento à gestante. Assim, a análise da falha no serviço, em caso de obrigação de meio, suscita profundas reflexões, uma vez que a prova do defeito no tratamento médico deve ser inequívoca.

E, neste aspecto, pelo constante dos autos, a autora não conseguiu demonstrar o nexo causal entre o atendimento médico e as sequelas sofridas pelo 1º autor, que supostamente o levaram à óbito posteriormente.”

Com a devida vênia, ousou discordar do douto julgador de primeiro grau. Em primeiro lugar, porque, se entendia imprescindível a realização de perícia médica no caso dos autos, caberia ao Magistrado determinar a sua realização, a teor do disposto nos artigos 370¹ e 355, I² do CPC, sob pena de incorrer em error in procedendo, em especial porque a prova pericial havia sido requerida pela autora com a inicial, e ela não a dispensou quando instada a se manifestar em provas.

De mais a mais, compulsando os autos, verifico que a autora juntou farta documentação médica a demonstrar de plano, sem a necessidade de realização de perícia, a flagrante violência a que foi submetida durante o parto, tudo a indicar, de forma inequívoca, a ocorrência de falhas técnicas no seu atendimento e no de seu filho que contribuíram diretamente, não apenas para as sequelas sofridas por mãe e filho, como também para o resultado morte do bebê.

O documento de índice 58, denominado “Ficha de Referência”, descreve, no campo “resumo do quadro clínico” que seu bebê nasceu de parto normal forçado, causando hipóxia, sendo necessária reanimação. Afirma, ainda, que João permaneceu internado na UTINeo por 2 meses e 17 dias, apresentando convulsão e falha na triagem auditiva e realizando alimentação via GTT:

1 Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

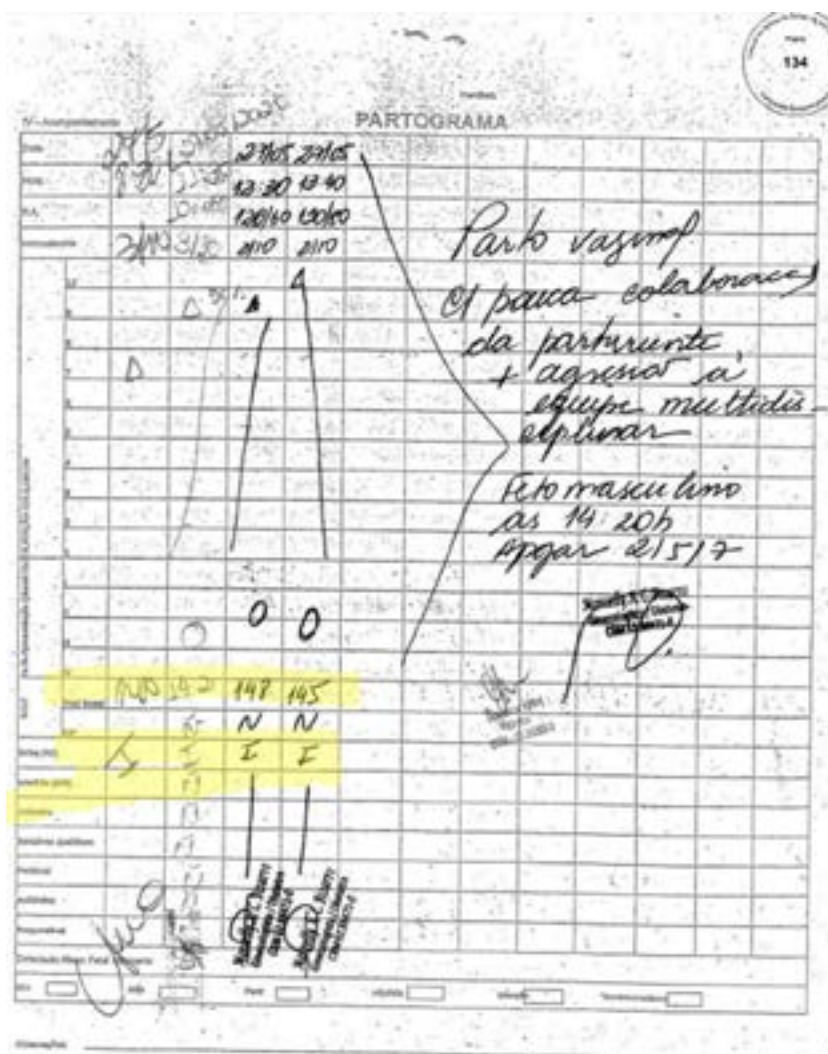
2 Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;

SUS		Estado do Rio de Janeiro Prefeitura da Cidade de Nova Iguaçu Secretaria Municipal de Saúde		FICHA DE REFERÊNCIA	
"O SISTEMA DE REFERÊNCIA E CONTRA REFERÊNCIA É MECANISMO IMPORTANTE DE RESOLUTIVIDADE DO SUS"					
UNIDADE DE ORIGEM: CASE		UNIDADE DE REFERÊNCIA ESPECIALIZADA: HULG			
NOME COMPLETO DO PACIENTE: João Guilherme Fernandes dos Santos					
DATA DE NASCIMENTO: 27/05/2020		SEXO: MASCULINO (M) FEMININO (F):		CARTÃO NACIONAL DE SAÚDE - CNS: 702003305518983	
ENDEREÇO: Sobra de cima 1850-993					
NOME: Nilda Amélia		NOME: Quaresma		TEL: 21 44549-5096	
RESUMO DO CASO CLÍNICO: Paciente de sexo masculino, nascido em 27/05/2020, com 11 dias de vida, encaminhado para UTI Neonatal, pela necessidade de ventilação mecânica e síndrome hipóxico isquêmica. Evoluiu com crise convulsiva de difícil controle. Parênquima cerebral com focos hiperecogênicos dispersos evidenciados na USTF.					
EXAMES COMPLEMENTARES:		IMPRIMÃO DIAGNÓSTICA			
Teste da Orelhinha.					
CONDIÇÃO TERAPÊUTICA ADOPTADA:		ASSINATURA E CARIMBO DO PROFISSIONAL			
Encaminhado para CEA.		DATA: 28/05/2020			

A Ficha de Internação e Alta do Paciente indica que a autora deu entrada no setor de obstetria às 4:40h do dia 27/05/2020 (índice 129), realizou internação de urgência para tratamento "cirúrgico" de parto vaginal sem intercorrências (hipertensão, diabetes, outras), vindo a realizar o parto transpélvico apenas às 14:20h do mesmo dia (índice 130). Informa que a autora deu entrada com 5cm de dilatação e colo 80% apagado (índice 132) e que foi submetida ao uso de ocitocina, bem como aos procedimentos invasivos e violentos de episiotomia MLD (índice 135) e manobra de Kristeller + pressão suprapúbica (índice 136).

O laudo médico de índice 122 descreve que o filho da autora nasceu com APGAR 2/5/7, deprimido, bradicárdico, sendo necessária reanimação na sala de parto, encaminhado à UTI Neonatal, pela necessidade de ventilação mecânica e síndrome hipóxico isquêmica. Evoluiu com crise convulsiva de difícil controle. Parênquima cerebral com focos hiperecogênicos dispersos evidenciados na USTF.

O partograma, no entanto, não traz qualquer alteração nos batimentos cardíacos do feto, a justificar a realização de episiotomia (procedimento violento e de uso seletivo), manobra de Kristeller + pressão suprapúbica (procedimento proibido) e o nascimento com apgar 2.



Como se viu, os registros do Partograma demonstram que o BCF (batimento cardíaco fetal) estava em parâmetros normais (140, 142, 148 e 145), não há anotação de ocorrência de DIP (desaceleração brusca da frequência cardíaca fetal), a bolsa estava íntegra e não havia presença de mecônio. Ou seja, nenhuma indicação de sofrimento fetal a justificar a realização das manobras violentas e mutiladoras (Kristeller e episiotomia) na parturiente, uma menina de apenas 16 anos de idade, em situação de extrema vulnerabilidade!

D.G.F.	Fred Basal	140	142	148	145
	D.P.		N	N	N
Boleia (F/I)		I	I	I	I
Mecônio (S/N)		N	I	I	I

Pois bem, na contestação o Município afirma que o “atendimento médico prestado à paciente foi adequado” e “os profissionais agiram com conscienciosidade em todos os seus atos, sopesando os riscos e benefícios de cada procedimento, conforme comprova o prontuário médico”.

Contudo, como acima relatado, a documentação médica demonstra que a autora foi submetida ao uso de ocitocina, episiotomia e manobra de Kristeller + pressão suprapúbica, intervenções desnecessárias e, no caso do Kristeller, proibida, já há muito contraindicadas pelas diretrizes da OMS e do Ministério da Saúde, diante das evidências científicas que demonstram que a sua utilização no parto contribui para um desfecho negativo, traumático e até mesmo fatal, como ocorreu com o filho da autora.

Sobre a ocitocina, sua utilização nas parturientes visa a aceleração do trabalho de parto com o aumento da intensidade e frequência de contrações de forma não fisiológica. Os estudos mostram que a condução medicalizada e uso indiscriminado no período do parto podem produzir efeitos adversos na parturiente, como a taquissistolia, hipertonia, hiperestimulação uterina, podendo provocar, inclusive, rotura uterina, hemorragia materna e trauma na região perineal, durante a expulsão fetal, que pode ser classificado em episiotomia e lacerações perineais espontâneas. Para o feto, o mais frequente efeito colateral é o sofrimento fetal agudo, motivado pela redução da perfusão sanguínea no espaço intervilo por taquissistolia e/ou hipertonia. Os efeitos colaterais dependem da dosagem, do aumento do gotejamento e o tempo de uso da medicação³.

Por esses motivos seu uso deve ser muito bem avaliado pela equipe multidisciplinar, a fim de reduzir possíveis danos, respeitando os direitos sexuais, reprodutivos e a autonomia da parturiente, levando em consideração sua condição fisiológica e a do bebê.

3 Oliveira LB, Mattos DV, Matão MEL, Martins CA. Laceração perineal associada ao uso de ocitocina exógena. Rev Enferm UFPE online. 2017; 11(6):2273- 2278.

No caso dos autos, a documentação médica não informa qual seria a indicação para a aplicação de ocitocina na autora, o que, dada a realidade obstétrica do Brasil, indica que seu uso foi realizado de forma indiscriminada e desnecessária. Além disso, não há Termo de Consentimento informado no prontuário médico da autora, o que prova que a intervenção foi realizada a sua revelia.

E, como se sabe, o uso de ocitocina, por aumentar a intensidade e frequência das contrações de forma não fisiológica, causa dores fortes e imenso desconforto à parturiente, representando uma violência à gestante em um momento de enorme vulnerabilidade.

No partograma, a equipe médica relatou que a parturiente estava pouco colaborativa e agressiva com a equipe multidisciplinar. Ora, como esperar comportamento diverso de uma menina de 16 anos de idade, vítima de toda sorte de violências durante o seu trabalho de parto, desde a falta de acompanhante, falta de informação sobre os procedimentos invasivos que lhe foram aplicados sem o seu consentimento, além da intensidade da dor sentida com a aplicação da ocitocina, vulgarmente difundida no meio obstétrico como apenas um “sorinho”?

Além da violência sofrida pelo uso não consentido de ocitocina, com possibilidade de efeito colateral no feto, a autora foi submetida à episiotomia, procedimento violento, que é o corte cirúrgico efetuado na região do períneo, entre o ânus e a vagina. A documentação médica informa que não foi administrada anestesia na autora, o que significa que a equipe médica lhe cortou e deu pontos na episiotomia SEM ANESTESIA! Em qual outra situação na medicina se admite algo assim?

De acordo com a Febrasgo⁴, a episiotomia não deve ser realizada sem o consentimento da mulher, após esclarecimento dos motivos que justificam sua realização. E, no caso dos autos, não há provas de que a apelante tenha sido esclarecida a esse respeito e consentido com o procedimento. Outrossim, as fotografias demonstram que o procedimento lhe causou laceração de segundo grau (índice 84), o que evidentemente lhe deixou marcas físicas e emocionais.

Não bastasse isso, a equipe médica ainda submeteu a autora à manobra de Kristeller + pressão suprapúbica, procedimento que consiste na compressão abdominal pelas mãos que envolvem o fundo do útero, sendo realizada com uma pessoa subindo em cima da barriga da mulher ou espremendo seu ventre com o peso do corpo sobre as mãos, o braço, antebraço ou joelho.

4 <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/715-recomendacoes-febrasgo-parte-ii-episiotomia>

Esse procedimento é proscrito, não recomendado pela OMS, estando atrelado a inúmeros traumas materno-fetais. De acordo com os resultados de estudo publicado na Pubmed⁵, verificou-se que a pressão do fundo uterino tem um efeito negativo nos resultados do parto e na saturação de oxigênio neonatal, tal como ocorrido no presente caso.

Da análise dos autos, conclui-se que o erro médico restou cabalmente demonstrado, não apenas pela conduta ativa da equipe na experiência violenta sofrida pela parturiente, eis que conduziram o parto com inúmeras intervenções desnecessárias, proscritas e até mesmo proibidas, como também pela negligência com o acompanhamento intra-fetal.

Os protocolos de parto indicam que no período de dilatação deve ser feita ausculta intermitente dos batimentos cardíacos fetais a cada 30 minutos, durante e logo após as contrações com o objetivo de detectar possíveis desacelerações. Já no período expulsivo, a ausculta do BCF deve ser feita a cada 5 minutos, imediatamente antes, durante e após a contração uterina⁶, o que não foi feito no presente caso.

O partograma, documento que permite acompanhar a evolução, diagnosticar alterações e indicar a tomada de condutas apropriadas para sua correção, demonstra que a equipe médica não realizou a ausculta intermitente nos prazos recomendados, tendo registrado apenas 4 auscultas durante as 10 horas de trabalho, sendo a primeira 4 horas após a internação, a segunda 3 horas depois e a 3ª e 4ª com 1 hora de intervalo:



Como se viu, após a entrada da autora na sala de parto, que se deu às 13:30h, apenas uma ausculta foi registrada, o que culminou na ausência de identificação de eventuais alterações no BCF ou DIP, que seriam cruciais para a aplicação de intervenções oportunas para redução de risco da lesão hipóxica sofrida pelo bebê.

A avaliação do bem-estar fetal durante o trabalho de parto é crucial para a tomada de decisão sobre uma intervenção oportuna e apropriada e não foi realizada no presente caso.

5 <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35231953/>

6 https://www.bibliomed.com.br/diretrizes/pdf/trabalho_parto.pdf

Ao invés disso, a equipe médica realizava manobra que aumentava o risco de hipóxia fetal, contribuindo, como dito anteriormente, de forma ativa e omissiva para a condição de saúde do feto e suas sequelas.

O laudo médico de índice 77 atesta que o filho da autora portava encefalopatia com tetraparesia, broncodisplasia e uso de GTT, sendo necessário o acompanhamento por gastro, pneumologista, fisioterapia e fonoaudiologia, todas sequelas decorrentes da hipóxia prolongada a que submetido no nascimento.

HOSPITAL ESTADUAL ADÃO PEREIRA NUNES

Laudo Médico

Identificação do paciente:

Nome do Paciente: JOAO GUILHERME FERNANDES DOS SANTOS		
Sexo: Masculino	Data de Nascimento: 27/05/2020	Idade: 0 ano(s) 7 mes(es) 10 dia(s)
Nome Mãe: FRANCIELLE ROBERTA FERNANDES SILVA		
Insuficiência: 408378	CNS: 702008805518981	

Laudo Médico

PACIENTE ENCEFALOPATA COM TETRAPARESIA ESPASTICA, BRONCODEPLASIA E USO DE GTT, JÁ ENCAMINHADA PARA AMBULATORIO GASTRO E PNEUMO - SOLICITO ACOMPANHAMENTO FISIOTERAPIA E FONO.

Quanto ao estado de saúde da autora, os documentos de índice 73, 120, demonstram que precisou passar por tratamento psicológico, eis que apresentou sintomas de depressão pós-parto, e necessitou de medicamentos psiquiátricos.

Para além das sequelas emocionais, o parto forçado deixou, ainda, sequelas físicas na autora, consequências da episiotomia, que lhe causou lesões importantes, como se vê nas fotos de índice 84 e seguintes.

Desse modo, resta flagrante a negligência e desprezo à situação de vulnerabilidade da autora no atendimento, o que é confirmado pelos elementos trazidos aos autos.

De acordo com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021)⁷, ainda que o Brasil não tipifique como crime autônomo a violência obstétrica, além de tratados e documentos internacionais, a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e os regulamentos técnicos funcionam para os devidos fins de responsabilização criminal, inclusive quando tais violações aos direitos humanos de

7 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>

mulheres e meninas são praticadas quando da prestação de serviços essencial e emergencial às parturientes.

Ainda conforme o referido Protocolo, a violência de gênero, na modalidade obstétrica, simboliza violar o direito à mulher/menina/ gestante ao atendimento digno, sem silenciamento de suas vulnerabilidades e manifestações, livre de estereótipos de gênero, ofertando-lhe atendimentos adequados com as exigências de saúde e assistência à maternidade sem risco e, ainda, com a atuação de profissionais capacitados e aptos à atenção obstétrica adequada.

O documento acima citado apresenta passo a passo para reflexão do/a magistrado/a sobre o direito em contexto, fazendo-o/a pensar sobre como desigualdades estruturais podem afetar a construção de seus conceitos, categorias e princípios e sua aplicação.

PASSO 1. Primeira aproximação com o processo

Questão-guia: é possível que desigualdades estruturais tenham algum papel relevante nessa controvérsia?

PASSO 2. Aproximação dos sujeitos processuais

Questão-guia: existem circunstâncias especiais que devem ser observadas para que a justiça seja um espaço igualitário para mulheres?

PASSO 3. Medidas especiais de proteção

Questões-guia: a parte envolvida precisa de proteção? Se sim, o que seria protetivo nesse caso?

PASSO 4. Instrução processual

Questões-guia: a instrução processual está reproduzindo violências de gênero institucionais? A instrução está permitindo um ambiente propício para a produção de provas com qualidade?

PASSO 6. Identificação do marco normativo e precedentes aplicáveis.

PASSO 5. Valoração de provas e identificação de fatos

PASSO 7. Interpretação e aplicação do direito

Recentemente, a partir da atuação de movimentos em defesa dos direitos reprodutivos das mulheres, o tema violência obstétrica vem sendo amplamente discutido. Dessa forma, vem sendo difundido o quanto as mulheres são vítimas de violência obstétrica no Brasil.

Conforme o Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente, do Instituto Fernandes Figueira e Fundação Oswaldo Cruz, a violência obstétrica é um tipo subestimado e naturalizado de violência contra a mulher, o que dificulta a elaboração de políticas públicas para preveni-la e erradicá-la.

2. Da violação aos Direitos Humanos das Mulheres

Abordar a violência obstétrica como forma de violação dos direitos humanos é justa e essencial, não apenas por se tratar de saúde pública, mas também por configurar uma das formas de violência de gênero.

Não há dúvidas de que a autora, no presente caso, foi vítima de uma verdadeira violência em sua condição de mulher e mãe pela equipe médica que a atendera.

A violência de gênero contra as mulheres é um dos meios sociais, políticos e econômicos fundamentais pelos quais a posição subordinada das mulheres, em relação aos homens, e seus papéis estereotipados são perpetuados. Essa violência é um obstáculo crítico para alcançar a igualdade substantiva entre mulheres e homens, assim como para o gozo, pelas mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

O direito das mulheres a uma vida livre de violência de gênero é inseparável e interdependente em relação a outros direitos humanos, incluindo o direito à vida, à saúde, à liberdade e à segurança pessoal, o direito à igualdade e à igual proteção dentro da família, à liberdade contra a tortura, o tratamento cruel, desumano ou degradante e à liberdade de expressão, movimento, participação, reunião e associação.

Ressalte-se que o Poder Judiciário deve observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), realizando o

controle de convencionalidade das leis internas, na apreciação dos casos concretos, nos termos da RECOMENDAÇÃO 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

3. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1979, após muitos anos de esforços no sentido de promover os direitos das mulheres⁸.

A referida Convenção é o principal instrumento internacional na luta pela igualdade de gênero e para a liberação da discriminação, seja ela perpetrada por Estados, indivíduos, empresas ou organizações. O Estado brasileiro ratificou a Convenção da Mulher em 1984.

8 <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/o%20que%20e%20CEDAW.pdf>

No artigo 1º, define que:

“Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

A Recomendação Geral nº 24 do Comitê CEDAW estabelece no artigo 12º (AS MULHERES E A SAÚDE) o seguinte:

Artigo 12.

1. Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio dos cuidados de saúde, com vista a assegurar-lhes, com base na igualdade entre homens e mulheres, o acesso aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planeamento da família.

2. Não obstante as disposições do n.º 1 deste artigo, os Estados Partes fornecerão às mulheres durante a gravidez, durante o parto e depois do parto serviços apropriados e, se necessário, gratuitos, assim como uma nutrição adequada durante a gravidez e o aleitamento.

O que se viu, porém, pela análise dos autos, foi o total oposto do que a Recomendação do Comitê exige, visto que a autora não recebeu serviço e tratamento apropriados no momento do parto, o que culminou no resultado de sequelas físicas e emocionais pessoalmente sofridas e nas sequelas sofridas pelo seu filho, que em poucos meses veio a óbito.

4. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção De Belém Do Pará”

A Convenção de Belém do Pará configura-se instrumento fundamental para compromisso dos Estados com a implementação de diversas iniciativas, visando sempre a garantia de uma vida livre de violência contra a mulher. Foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994, compondo o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

De acordo com o art. 3º da referida Convenção, “Toda mulher tem

direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Sendo a violência obstétrica um tipo de violência de gênero, vê-se, portanto, que o nosocômio municipal falhou em seu dever de prestar o atendimento devido à parturiente.

5. Da Convenção sobre os direitos da criança

Adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção é o tratado de direitos humanos mais amplamente ratificado da história⁹. Isso inspirou governos a mudar leis e políticas e a fazer investimentos para que mais crianças e adolescentes finalmente consigam os cuidados de saúde e a nutrição de que precisam para sobreviver e se desenvolver.

No Brasil, através do Decreto nº99.710 de 1990, foi promulgada a Convenção sobre os Direitos da Crianças que, entres outros, em seu art. 3º, prevê que: os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Já em 2015, o Ministério da Saúde, pela Portaria nº 1.130, Instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), trazendo como eixo estratégico: atenção humanizada e qualificada à gestação, ao parto, ao nascimento e ao recém-nascido: consiste na melhoria do acesso, cobertura, qualidade e humanização da atenção obstétrica e neonatal, integrando as ações do pré-natal e acompanhamento da criança na atenção básica com aquelas desenvolvidas nas maternidades, conformando-se uma rede articulada de atenção.

No caso, o resultado-morte do bebê possui relação direta com a falta de atenção e tratamento humanizados oferecidos à gestante e ao feto, o que evidencia a violação dos presentes compromissos firmados pelo Estado brasileiro.

6. Da Jurisprudência Internacional

Destaca-se que, em 2011, o Comitê CEDAW emitiu decisão no caso Alynne da Silva Pimentel e declarou o Estado brasileiro responsável pelas violações dos artigos:

a) 2-c, concernente ao acesso à justiça; b) 2-e, concernente à obrigação do Estado em regulamentar atividades de provedores de saúde particulares; c) artigo 1 (proibição da discriminação contra a mulher). Todos esses indicativos foram lidos em conjunto com a Recomendação Geral n. 24 (sobre mulheres e saúde) e n. 28 (relativa ao artigo 2º, da Convenção CEDAW); bem como artigo 12, do mesmo diploma internacional, concernente ao acesso à saúde.

⁹ www.unicef.org/brazil

(Fonte: Agência Senado) “Sentindo dores e no sexto mês de gestação, Alyne da Silva Pimentel procurou atendimento médico em um Município do Rio de Janeiro, recebeu analgésicos e foi liberada para voltar a sua casa. Não tendo melhorado, retornou ao hospital, quando então foi constatada a morte do feto. Após horas de espera, foi submetida a cirurgia para retirada dos restos da placenta. O quadro se agravou e foi indicada sua transferência para hospital em outro município, mas sua remoção foi feita com grande atraso. No segundo hospital, a jovem ainda ficou aguardando por várias horas no corredor, por falta de leito na emergência, e acabou falecendo em 16 de novembro de 2002, em decorrência de hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto. O caso foi apresentado à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw), órgão ligado à ONU, pela mãe de Alyne, Maria de Lourdes da Silva Pimentel. Em 2011, o Cedaw responsabilizou o Estado brasileiro por não cumprir seu papel de prestar o atendimento médico adequado desde o início das complicações na gravidez de Alyne. Para o órgão, a assistência à saúde uterina e ao ciclo reprodutivo é um direito básico da mulher e a falta dessa assistência consiste em discriminação, por tratar-se de questão exclusiva da saúde e da integridade física feminina”¹⁰.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença datada de 16 de novembro de 2022, no caso *Brítez Arce e outros Vs. Argentina*, responsabilizou o Estado Argentino pela violência obstétrica e pela morte de Cristina Brítez Arce, a qual estava grávida quando de seu falecimento.

O caso é sobre Cristina Brítez Arce¹¹, mulher de origem paraguaia, 38 anos e mais de 40 semanas de gestação no momento de sua morte. Durante a gravidez, ela procurou, por diversas vezes, atendimento no sistema de saúde Argentino, por conta da existência de alguns fatores de risco gestacionais, como hipertensão arterial, todavia, não foi devidamente atendida como uma paciente de alto risco.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO BRÍTEZ ARCE Y OTROS VS. ARGENTINA

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022

(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *Brítez Arce y otros Vs. Argentina*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “este Tribunal”), integrada por los siguientes jueces:

Ricardo C. Pérez Manríque, Presidente;
Humberto Antonio Sierra Porto, Vicepresidente;
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;
Nancy Hernández López, Jueza;
Patricia Pérez Goldberg, Jueza;
Rodrigo Mudrovitsch, Juez

10 Entenda o caso Alyne — Senado Notícias

11 Caso *Brítez Arce e Outros vs. Argentina*: Corte IDH condena país por violência obstétrica | Ministério Público do Estado do Paraná (mppr.mp.br)

O Estado Argentino reconheceu sua responsabilidade internacional no referido caso, concordando expressamente com os fatos e violações de direitos humanos apresentados. A Corte IDH destacou a importância desse ato, contudo também ressaltou que a tutela internacional dos direitos humanos possui caráter de ordem pública e transcende a vontade das partes, de modo que mesmo com reconhecimento da responsabilidade, a sentença deveria ser proferida para verificar as reais circunstâncias do caso concreto e garantir a justa reparação das vítimas, prevenção de repetição de casos semelhantes e satisfação dos fins da jurisdição interamericana.

A Corte condenou a Argentina pela violação do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará¹², em relação aos filhos mais velhos da vítima.



A hipótese dos autos e os casos acima citados possuem um elemento comum: a má-prestação de serviços de saúde oferecidos às mulheres gestantes no momento do parto, principalmente diante da violência e negligência com que foram tratadas em seu momento de vulnerabilidade, o que culminou no óbito de seus fetos ou delas próprias.

12 [Convencao de Belem Do Pará \(cidh.org\)](http://convencao.de.belem.do.parai.org)

Pelo princípio interpretativo das convenções internacionais, o estado parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ampliar a proteção de direitos humanos, por meio do princípio pro personae, devendo as autoridades judiciais exercer o controle de convencionalidade, adequando suas normas internas ao diploma internacional, e devendo empregar a interpretação mais favorável ao indivíduo.

Esse é o entendimento firmado no RHC 13691, conforme se extrai:

“...Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais...” (STJ - AgRg no RHC: 136961 RJ 2020/0284469-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/06/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2021)”

Em outras palavras, as autoridades judiciárias brasileiras devem exercer o controle de convencionalidade e observar as disposições das normas internacionais, adequando o cumprimento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, vez que o Brasil é signatário dos tratados internacionais de direitos humanos.

7. Da Responsabilidade Civil do Estado

A Constituição Federal da República, em seu art. 37, §6º¹³, estabelece a teoria da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, pela qual basta a simples comprovação do fato administrativo, seja via conduta omissiva ou comissiva, e o nexo causal entre o fato e o dano suportado para que reste configurada a responsabilidade do Ente Público.

Também o art. 43, do Código Civil determina que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que seus agentes causem a terceiros. Confira-se:

art. 43. as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Assim, resta claro que, demonstrado o dano e a conduta estatal, cabe ao Poder Público comprovar a ausência do nexo causal entre ambos, a fim de afastar a sua responsabilidade e o consequente dever de indenizar.

13 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

Ocorre que, em que pese os argumentos expendidos pelo apelado, vê-se que esse não logrou comprovar o rompimento da cadeia de causalidade, principalmente diante da farta documentação médica dos autos, que não deixam dúvidas quanto à ocorrência de erro médico e ao reconhecimento da conduta dos profissionais de saúde eivada de negligência ou imperícia, o que atrai a inevitável responsabilização civil do Poder Público.

O que se vê, portanto, é que a paciente se desincumbiu de seu onus probandi relativo aos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, I, CPC, enquanto o mesmo não se pode dizer do Ente Municipal, restando não demonstrados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito autoral (art. 373, II, do CPC).

8. Do Dano Moral

Quanto ao dano moral, devem ser analisadas as peculiaridades do caso concreto, principalmente no que se refere à gravidade e ao dano irreversível que representa os resultados sequelas da mãe e do filho e, ainda, o óbito verificado.

A compensação por danos morais possui dois objetivos, quais sejam o de punir o autor da lesão e desestimular a ocorrência de novas condutas ofensivas (caráter punitivo-pedagógico), bem como o de compensar a vítima pelo prejuízo vivenciado (caráter compensatório).

Na hipótese dos autos, o dano moral é inconteste e se configura *in re ipsa*, pois decorre do sofrimento e da angústia experimentados pela autora em razão do tratamento cruel e negligente recebido na unidade de saúde.

Assim, a quantia deve ser fixada no valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), afigura-se adequada e em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Este é também o entendimento deste Eg. TJRJ, *in verbis*:

REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL COM REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. Erro médico. Negligência no atendimento médico em unidade de saúde do município do rio de janeiro. Óbito do filho recém-nascido da autora. Sentença de procedência. Remessa necessária. Aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva da administração pública (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Uma vez demonstrados o dano e a conduta estatal, compete ao ente público comprovar o rompimento do nexo causal entre ambos para afastar o seu dever de indenizar, o que não ocorreu no caso dos autos. Perícia técnica conclusiva no sentido da existência de nexo de causalidade entre a conduta negligente da unidade de saúde e o dano sofrido pela paciente. Autora

que se desincumbiu de seu onus probandi (art. 373, I, do CPC). Consectários legais corretamente fixados. Sentença que comporta pontual reforma para determinar que o réu custeie a taxa judiciária. Incidência da súmula n.º 145 da Súmula desta Corte e o Enunciado n.º 42 do Fundo Especial do Tribunal De Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Reforma da sentença em reexame necessário. (Remessa Necessária nº 0191787-67.2010.8.19.0001 – Rel. Des(a). Lídia Maria Sodré de Moraes – Sexta Câmara de Direito Público- Julgamento 12 de junho de 2023)

Por fim, pontua-se que, a despeito de a autora ter formulado, na inicial, pedido de indenização pelos danos estéticos sofridos, e que efetivamente se vislumbram nas imagens acostadas aos autos, o presente recurso se restringe à discussão à indenização de cunho moral, motivo pelo qual a referida verba não será contemplada.

Sem outras considerações, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso para julgar procedente o pedido e condenar o Município de Nova Iguaçu ao pagamento de R\$350.000,00 à autora a título de danos morais, acrescido de juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança - art. 1º-F da Lei 9.494/97 (NR L. 11.960/09) até 08/12/2021 (Súmula 810 do STF) e, a partir de 09/12/2021, deverá ser observada a incidência, uma única vez, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente - vedada a incidência de juros compostos, bem como a incidência de qualquer outro índice (EC 113/2021). Condeno o réu ao pagamento da taxa judiciária e honorários advocatícios arbitrados em 10% (doze por cento) do valor da condenação, à luz do art. 85 §11 do CPC. Mantida a sentença nos demais termos.

Intimem-se.

Extraiam-se cópias ao Ministério Público para apuração de eventual prática de crime pela equipe médica, na forma do art. 40 do CPP, aos Conselhos Regionais de Medicina e Enfermagem e à Secretaria Municipal de Saúde do Município de Nova Iguaçu, para a apuração de eventuais falhas administrativas da equipe médica e de enfermagem.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2024.

Desembargadora ADRIANA RAMOS DE MELLO

Relatora

CATEGORIA 4

**DIREITOS DA POPULAÇÃO
LÉSBICA, GAY, BISSEXUAL,
TRANSEXUAL, QUEER,
INTERSEXO, ASSEXUAL E
PANSEXUAL – LGBTQIAP+**

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 1013733-65.2023.8.26.0016

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ FERNANDO ANTÔNIO DE LIMA

SENTENÇA

Processo nº: **1013733-65.2023.8.26.0016 - Procedimento do Juizado Especial Cível**

Requerente: **MARINA DE ANDRADE MARTINS**, CPF 41938289803, RG 49.740.375-4, Doutor Augusto de Miranda, 754, Casa 01, Vila Pompeia, CEP 05026-000, São Paulo - SP

Requerido: **UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.**, CNPJ 17.895.646/0001-87, com endereço à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 949, 8º andar, Edif. Faria Lima Plaza, Pinheiros, CEP 05426-200, São Paulo - SP

Juiz(a) de Direito: Dr(a). FERNANDO ANTONIO DE LIMA

Vistos.

Relatório dispensado (Lei nº 9.099/95, art. 38, *caput*).

1. Trata-se de demanda, em que a parte-autora busca indenização por danos morais, no valor de R\$ 20 mil. A preliminar de ilegitimidade passiva será analisada como matéria de mérito.

1.1. Antes de iniciar esta sentença, já adianto que a descoberta da solução jurídica vai se socorrer da arte – mais propriamente da poesia. Para a dor nem sempre bastam as leis, só a potência da arte para nos fazer sentir. É por isso que aqui e acolá “querem calar as artistas e os artistas para que seja dada voz à estupidez e à ignorância – duas filhas do casamento entre o ódio e a insensatez”¹.

2. Segundo a prova dos autos, a autora, mulher transexual, contratou uma viagem de Uber, no dia 17 de fevereiro de 2023, para o período situado entre as 22h e 22h30, com o objetivo de visitar, com o marido, um amigo. Durante a conversa, via chat do aplicativo da requerida, o motorista demonstrou cordialidade e solicitude, não demonstrando nenhuma pretensão de cancelar ou desistir da corrida.

3. Não obstante, em dado momento do deslocamento, o motorista, de forma violenta, afirmou que não admitiria “putaria” dentro do carro, de modo que ordenou à parte-autora e ao marido que saíssem do veículo.

1 LIMA, Fernando Antônio de. Sentimentos em frases, pág. 33. Lagoa Santa-MG: Editora Brunsmarck, 2023.

4. Com medo, porque expulsa com o marido à noite do veículo, a autora solicitou uma nova corrida, mas o fez, agora, de volta para a residência, e não mais em destino à casa do amigo. Isso porque a requerente ficou muito assustada e psicologicamente abalada com toda a situação.

5. No dia seguinte, logo pela manhã, a requerente observou que havia sido bloqueada pelo aplicativo (página 3). Em razão disso, a autora fez um desabafo nas redes sociais, de forma que a requerida respondeu que analisaria o que ocorreu (pág. 4).

6. A análise da requerida, contudo, foi robótica e, como um robô, tratou-se de uma análise insensível, sem levar em conta a situação de gravíssimo constrangimento suportado pela requerente. Esta última, inclusive, mencionou à requerida o envio de três e-mails relatando a situação (pág. 5).

7. Segundo a petição inicial, aliás, a recusa e o abandono no transporte de mulheres trans e travestis têm sido uma prática comum dos motoristas contratados pela ré.

8. De fato, conforme bem afirmado na petição inicial, subscrita pela Advogada, Doutora JANAÍNA BRITO DE ABREU, e pelos Advogados Doutores IVES BITENCOURT MENEZES, LUCAS DANIEL SORIANO DA MATTA,

assessorados pela Estagiária de Direito GIULIA STRACQUADANIO PEREIRA, a população trans no Brasil vive em situação de extrema vulnerabilidade social, econômica e emocional, devido a situações repugnantes de transfobia e discriminação.

8.1. Assim, os direitos à orientação sexual ou identidade de gênero sem opressões “(...) estão materialmente *inviabilizados* pela verdadeira *banalização do mal homotransfóbico* que vivemos na atualidade, caracterizada pela clara crença de incontáveis pessoas de que teriam um pseudo ‘direito’ de ofender, discriminar, agredir e até matar pessoas LGBT por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero”².

9. No caso dos autos, observa-se que a requerente é uma mulher transexual e estava acompanhada do marido, que é um homem transexual preto. Ao que consta, a autora e seu esposo brincavam e riam, porque estavam felizes ao irem ao encontro de um amigo.

10. Segundo a versão do motorista, a autora e o marido foram expulsos do carro, porque “os dois passageiros estavam colocando suas partes íntimas para fora e sua acompa-

2 VECCHIATI, Paulo Roberto Iatti. O mandado de injunção e a criminalização das condutas. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas/>.

nhante estava esfregando no órgão do mesmo”. Ainda segundo o mesmo motorista, “o passageiro tirou suas partes íntimas para fora e sua companheira estava acariciando o órgão do mesmo”.

11. Ora, por informação da própria autora, sem contestação alguma da requerida, nota-se que a requerente é mulher transgênera, ao passo que o marido, homem transgênero sem genitália masculina. Por isso, é impossível que a autora tenha acariciado o órgão masculino do marido. Na verdade, o motorista criou toda uma situação para tentar se eximir do crime de transfobia.

12. Segundo a contestação, a situação toda pode ter gerado mero aborrecimento e que não há dano moral em situações desagradáveis.

13. Se danos morais são violações a direitos fundamentais, como a honra, a imagem, a percepção que cada pessoa tem de si mesmo e o direito a fruir de direitos sociais como o transporte de qualidade, dúvida não há de que os danos morais ocorreram.

14. Simplesmente por ser uma mulher transexual, e o esposo um homem transexual – simplesmente por ser quem eles são - eles perderam o direito de existir. E existir não é qualquer existir. É o existir com dignidade. É o existir com respeito. É o existir com liberdade.

15. A propósito, a **identidade** do ser humano se constrói da conjugação de aspectos físicos, biológicos e psicológicos com o contexto social em que o ser humano esteja inserido³. Quando o meio social rejeita os aspectos físicos, biológicos e psicológicos de cada pessoa, a identidade da pessoa é vilipendiada, desprezada e desqualificada. São ambientes sociais racistas, estruturalmente discriminatórios, que destroem o ser e o existir, rejeitando a condição humana naquilo que a condição humana tem de fundamental.

16. Na hipótese dos autos, estava em jogo a existência digna de duas pessoas que fazem parte de grupos vulnerabilizados. O esposo da autora é um homem preto transexual. Houve contra ele uma discriminação de raça e de identidade de gênero. Façamos um pouco da discriminação racial, para, depois, construirmos o raciocínio jurídico em relação à identidade de gênero. E façamos tudo isso olhando para a sociedade brasileira, com um olhar de repúdio às múltiplas violências estruturais diariamente praticadas contra grupos vulnerabilizados. A propósito disso, “não entendo por que é mais fácil quebrar um muro do que destruir um preconceito”⁴.

3 BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes. Psicologias. Uma Introdução ao Estudo da Psicologia, pág. 203 a 207. 13ª ed. 14ª tiragem. 1999.

4 LIMA, Fernando Antônio de. Sentimentos em frases, pág. 142. Lagoa Santa-MG: Editora Brunsmarck, 2023.

17. Quando, na tarde de 22 de maio de 1867, o Imperador brasileiro Pedro II acenou com a possibilidade de acabar com a escravidão no Brasil, JOSÉ DE ALENCAR, o patrono da literatura brasileira – autor de SENHORA, IRACEMA, O GUARANI, A VIUVINHA -, escreveu que, sem a escravidão, a marcha da humanidade e o progresso do Brasil seriam impossíveis; que, com a escravidão, o negro foi tornado nobre pelo contato com a raça branca.

18. Ao que LUIZ GAMA, o ex-escravo que conseguiu autorização para defender ex-escravos no tribunal, sem conseguir acesso à Faculdade de Direito do Largo São Francisco por conta do racismo praticado no Segundo Império, levantou-se contra JOSÉ DE ALENCAR, para dizer: “se fosse possível saber o dia em que se fez o primeiro escravo, esse dia deveria ser de luto para a humanidade”⁵.

19. Além das violências múltiplas contra o povo negro, a humanidade – ou, pelo menos, a sociedade brasileira -, deveria estar de luto no exato momento em que esta sentença está sendo escrita. Em 2023, no Brasil, 155 pessoas transexuais foram mortas – pelo simples motivo de existirem, viverem e sentirem-se transexuais. População invisível, porque invisível tem sido, cada vez mais, com o avanço dos extremismos, o sentimento de respeito e de afetos por corpos e almas e modos de vidas diferentes do padrão dominante.

20. Aliás, entre as e os transexuais, há uma dor que só elas e eles sentem, porque um sentir é o do sentente, mas o outro é o do sentidor (GUIMARÃES ROSA). Por isso, em minha condição de homem cisgênero, não consigo dimensionar essa dor, por isso recorro à poesia. E recorro à poesia, para extrair a exata dimensão do jurídico, porque o jurídico, sozinho, não dimensiona nada. É que as ciências, já dizia NIETZSCHE, **costumam, com seus conceitos fechados, suas definições, aprisionar a verdade num templo**. Daí a necessidade de nos deleitarmos também na **arte**, com suas **narrativas épicas e representações teatrais, em que o ser humano se embriaga de felicidade**, vive do entusiasmo e se mostra pronto ao entro com o outro, com o que nos é humano⁶.

21. E assim voltando à poesia, uma poetisa, lidando com os dramas do mundo, dizia que dormia tarde e, para quem dorme tarde, parece que o dia é curto e parece que a noite arde e parece que o silêncio é surto. Mas também tem o lado bom, falava a mesma poetisa, com reconhecimento nacional em sua atuação como artista: sem som eu me escuto e, mesmo no lado ruim, mesmo no mal minuto, tem um tempo de sobra pra pensar sobre o barulho.

5 LIMA, Bruno Rodrigues de. Luiz Gama contra Império. A luta pelo Direito no Brasil da Escravidão, págs. 236 e 237. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024.

6 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. In: Coleção Os Pensadores. Tradução Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Págs. 58 e 59.

22. No caso dos autos, a autora foi expulsa de dentro de um veículo. Era noite. A noite que poderia ter um momento bom, o encontrar um amigo, pra pensar sobre os barulhos – amigos servem para refrigerar as nossas almas e abraçar nossos sossegos. Mas o barulho se fez grande, criminoso, estrondoso, destruidor. Um barulho que não permitiu à autora encontrar o amigo, nem se encontrar com o próprio silêncio - retorno para casa por conta da dor.

23. A noite sem o encontro com o silêncio. Resta a poesia, porque, ainda nas palavras da premiada artista, “conhecendo a crueza do mundo, faço da poesia meu mergulho no concreto”.

24. A luz da poesia não foi em vão, porque demonstrou a dor do estampido da noite. Dor que não foi mera situação desagradável, mas um pungente golpe contra a alma, que queima mais do que o golpe na carne, que cicatriza.

25. Dimensionada a dor, com auxílio da poesia, cumpre, agora, apresentar o Direito. E vamos fazer isso com duas caminhadas. A caminhada primeira pelas normas jurídicas internas, e a caminhada segunda pelas normas jurídicas internacionais. Engana-se quem pensa que estas últimas não fazem parte do direito brasileiro. Fazem sim. São o próprio direito brasileiro revelando que o Brasil se integrou ao direito internacional dos direitos humanos, porque direitos humanos não são assunto de países, mas são tema de preocupação de toda a humanidade, de toda a comunidade internacional.

26. Por isso eu ando divulgando uma tal **Hermenêutica dos Direitos Humanos**, que é uma ciência de interpretação do Direito que busca combinar normas jurídicas internas e internacionais, decisões de tribunais nacionais e internacionais, com o objetivo de se extrair a máxima interpretação dos Direitos Humanos⁷. Referida **Hermenêutica dos Direitos Humanos** nada mais é do que uma forma de interpretar o Direito a partir das construções jurídicas realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição contenciosa é obrigatória ao Brasil desde 1998.

27. Em termos de normas jurídicas internas, é preciso observar que o Código de Defesa do Consumidor, no art. 14, *caput*, estipula que o prestador responde, independentemente de culpa, por falhas na prestação do serviço. No caso dos autos, a UBER empresta a própria marca e o próprio aplicativo para que terceiros realizem, materialmente, a atividade de prestar serviços de condução de passageiras e passageiros.

7 LIMA, Fernando Antônio de. Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos, pág. 40. São Paulo: JusPodivm, 2024.

28. Ainda que se considere a (o) motorista como prestador autônomo, embora segmentos importantes da Justiça do Trabalho visualize uma verdadeira relação de trabalho, esse serviço é prestado em nome da marca UBER. O aplicativo é uma forma tecnológica de organizar um serviço, e é o serviço UBER que as passageiras e os passageiros contratam. O prestador de serviço é o chão da fábrica, e a fábrica é a UBER. Portanto, a responsabilidade da UBER, ao menos em matéria de consumo, é evidente. Não é preciso nem mesmo verificar se a UBER agiu mediante culpa, porque a responsabilidade é objetiva, nos termos do já citado art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

29. Ainda no plano interno, a Constituição Federal brasileira de 1988 estipula, no art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil tem por fundamento a **dignidade humana**. Em termos etimológicos, dignidade provém da palavra *dignitus*: algo que tem importância, que deve ser respeitado. Logo, o Estado deve adotar providências para que, mesmo nas relações privadas, a dignidade humana seja preservada. A propósito, “a dignidade da pessoa humana é tão importante, que eu a considero um elemento insculpido na alma da nossa Constituição, a matéria-prima lapidada no coração do nosso texto constitucional”⁸.

29.1. Na linha do já foi escrito nesta sentença, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que o racismo compreende uma construção histórico-cultural destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daquelas pessoas que integram grupos em situação de vulnerabilidade. Tais pessoas vulnerabilizadas, por não pertencerem ao estamento dominante, são consideradas estranhas e diferentes e são degradadas à condições de marginais do ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, das pessoas transexuais, expostas a situações de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização⁹.

30. No plano internacional, o Brasil se submete às decisões da Corte Interamericana de Direitos desde 1998. A jurisprudência desse tribunal vincula o Brasil, incluindo todos os poderes e órgãos do Estado. O Poder Judiciário brasileiro, a propósito, deve atuar para que a jurisprudência dessa corte internacional seja aplicada. Da mesma forma, desde 1992, o Brasil se submete à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também denominada Pacto de São José da Costa Rica – um tratado internacional de direitos humanos.

30.1. Não é por acaso que, segundo a Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fica recomendado ao Poder Judiciário brasileiro a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁸ LIMA, Fernando Antônio de. Sentimentos em frases, pág. 60. Lagoa Santa-MG: Editora Brunsmarck, 2023.

⁹ STF, Plenário, ADO nº 26/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgamento no dia 13 de junho de 2019.

31. Passemos, então, a analisar um caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que também houve violação, por parte de empresa privada, de direitos humanos relacionados à identidade de gênero.

32. Um casal em união homoafetiva, que demonstrava um comportamento afetuosos, foi expulso de um estabelecimento comercial no Peru. Crisstian Manuel Olivera Fuentes, um comunicador popular, que foi discriminado com o companheiro, apresentou uma denúncia a um órgão administrativo de defesa do consumidor. A denúncia foi rejeitada. Olivera Fuentes, então, chegou até a Suprema Corte peruana, mas o pleito foi novamente rejeitado.

33. O caso foi parar na Corte Interamericana, a qual decidiu que **a noção de igualdade**, prevista nos arts. 1.1 e 24 da CADH, depreende-se diretamente da unidade de natureza do gênero humano e é **inseparável da dignidade essencial da pessoa**. Isso significa que discrepa da dignidade humana e da igualdade tratar com privilégio ou com discriminação algum grupo¹⁰.

34. Nesse sentido, o **direito à identidade sexual e de gênero** encontra-se protegido pelos direitos à **liberdade pessoal** (CADH, art. 7) e à **vida privada** (CADH, art. 11.2). Daí a possibilidade de todo ser humano de autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à existência, conforme as próprias convicções¹¹.

34.1. Destaque-se que “o direito à identidade de gênero seria, em essência, o direito do indivíduo a ser socialmente a pessoa que é, cisgênero ou transgênero, e, em consequência disso, ser tratada no gênero com o qual se identifica para todos os efeitos, inclusive de adequação documental, tratamento de saúde, trajetória escolar, inclusão na educação e no mercado de trabalho, bem como de proceder na vida social de acordo com os padrões desse gênero autoidentificado”¹².

35. A propósito, o direito à vida privada deve ser valorado a partir da dignidade humana. Isso significa que direito à vida privada não é apenas proteção à privacidade, mas, também, o direito de desenvolver a própria personalidade, aspirações, identidade e definir as relações pessoais¹³.

10 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Olivera Fuentes vs. Peru. Sentença de 4 de fevereiro de 2023 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), § 85.

11 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Olivera Fuentes vs. Peru. Sentença de 4 de fevereiro de 2023 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), § 92.

12 GALINDO, Antonella. “Direito dos Banheiros” e o direito à identidade de gênero. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-25/antonella-galindo-direito-identidade-genero/>.

13 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Olivera Fuentes vs. Peru. Sentença de 4 de fevereiro de 2023 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), § 94.

36. Importante anotar que, no referido caso, a violação à dignidade humana decorreu de uma ação de particular (um supermercado). Segundo a Corte Interamericana, em referido caso, as empresas são as primeiras encarregadas a ter um comportamento responsável nas atividades que realizam. Isso porque a participação ativa das empresas é fundamental para o respeito e a garantia dos direitos humanos¹⁴.

37. Daí a demonstração clara de que o princípio da dignidade humana impõe limites também à atuação dos particulares, os quais não podem atuar sem respeitar e garantir os direitos humanos.

38. Ainda em termos internacionais, segundo os **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**, o Estado deve tomar providências para evitar comportamento discriminatório por razões de orientação sexual, gênero, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais (princípio 2, K). Nesse sentido, a reparação por danos morais, além de servir para compensar a dor sofrida pela vítima, serve para que condutas semelhantes não sejam também adotadas contra outras pessoas.

38.1. Os danos morais estão caracterizados, a propósito, porque a requerente, além de expulsa do veículo, foi bloqueada no aplicativo da requerida. Trata-se de violação a direitos fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa humana. Diante do elevado porte econômico da requerida e da extrema gravidade dos fatos, fixa-se a reparação por danos morais no valor de R\$ 20 mil, nos termos em que solicitado pela parte-autora.

39. Retornando à esfera jurídica internacional, cumpre ao Estado, por meio de suas instituições e poderes, respeitar e garantir os direitos humanos dos grupos vulnerabilizados.

39.1. Aliás, o **princípio da igualdade ou da não discriminação** encontra-se previsto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual os Estados devem respeitar e garantir direitos, sem discriminação. Daí: **a) dever de respeito ou obrigação negativa:** o Estado deve abster-se de agir, para que o direito seja respeitado. Ex.: os agentes estatais não podem discriminar pessoas transexuais; **b) dever de garantia ou obrigação positiva:** o Estado deve atuar, para que o direito seja garantido. Ex.: o Estado deve tomar todas as medidas necessárias para reparar violações a direitos de pessoas transexuais; o Estado deve promover ações afirmativas em favor da população negra, das mulheres, dos grupos LGBTI, povos indígenas e quilombolas, com o objetivo de estancar a desigualdade estrutural que nega direitos a essas pessoas.

14 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Olivera Fuentes vs. Peru. Sentença de 4 de fevereiro de 2023 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), § 98.

39.2. Em termos de **dever de garantia ou de obrigação positiva**, o Estado deve **identificar os grupos e categorias em desvantagem**, com base na realidade social. Para identificar os grupos e categorias em desvantagem, há alguns critérios, como, por exemplo, o critério do estereótipo em relação aos grupos vulnerabilizados. A propósito, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não basta ao Estado deixar de violar direitos. O Estado deve adotar medidas positivas, determináveis em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja pela condição especial desse sujeito, seja pela situação específica em que tal sujeito se encontra¹⁵.

39.3. **Critério do estereótipo em relação às pessoas transexuais:** estereótipos são características ou papéis cristalizados que são atribuídos a determinados grupos da sociedade. Esses estereótipos de gênero legitimam práticas sociais e individuais de violência física e psicológica contra as pessoas transexuais. Assim, quanto às pessoas transexuais, são negados direitos porque tais pessoas não compõem o estrato social identitário dominante.

39.4. Em suma, cumpre ao Estado captar a discriminação, reconhecendo as estruturas sociais de opressão, subordinação e dominação, algo que deve ser feito por meio de categorias ou enfoques que têm sua origem na discriminação estrutural e na perspectiva da interseccionalidade¹⁶.

39.5. Aplicando-se, então, o princípio da igualdade ou da não discriminação, previsto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cumpre ao Poder Judiciário nacional, como instituição do Estado, identificar os grupos e categorias em desvantagem, mediante o critério do estereótipo. Fazendo-se isso, deve o Poder Judiciário nacional extrair daí as consequências jurídicas naturais, como a reparação por danos morais, nas hipóteses em que direitos fundamentais dos grupos em desvantagem sejam violados.

39.6. Portanto, a fixação dos danos morais, na presente lide, simplesmente segue os padrões normativos internacionais seguidos pelo Brasil, evitando-se, com isso, uma responsabilização internacional do País por violação a direitos humanos.

40. Por fim, há relatos da autora de que diversas transexuais têm sofrido, pelo Brasil, discriminação por motoristas da Uber. Uma simples digitação no google comprova esse relato. Embora a requerida afirme que não tolere discriminação de qualquer ordem, é preciso que haja a adoção de medidas mais efetivas, para que essas discriminações cessem. Não

15 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Empleados de la Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesús e seus Familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas), §115.

16 ROIG, María Añón. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. Isonomía, nº 39, México, outubro de 2013, pág. 130.

obstante, essas providências devem ser adotadas no plano coletivo, devendo-se oficiar o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, para que, se o caso, adotem as providências no plano coletivo.

41. Posto isso, JULGA-SE PROCEDENTE o pedido da inicial, para condenar a requerida na reparação por danos morais no valor de R\$ 20 mil, com atualização monetária a partir desta sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Defere-se à autora a gratuidade da justiça.

Oficie-se ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para que, se o caso, adotem providências, no plano da tutela coletiva, contra supostas violações de direitos humanos praticadas na atividade empresarial-fim da requerida, conforme mencionado no item 40 desta sentença.

Oficie-se à Polícia Civil do Estado de São Paulo, para que apure a prática de crime de transfobia contra a autora e o marido.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios (Lei nº 9.099/95, art. 55, *caput*).

Na eventualidade de ser interposto recurso, o recorrente deverá recolher o preparo recursal na forma da Súmula 13, do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital, publicado em 12.06.2006, com a seguinte redação: O preparo no juizado especial cível, sob pena de deserção, será efetuado, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição do recurso, e deverá corresponder à soma dos seguintes itens: a) 1,5 % sobre o valor atualizado da causa, no mínimo de 5 UFESPs, a ser recolhido na guia DARE (inciso I, do art. 4º. da Lei 11.608/2003), b) 4% sobre o valor da condenação - Lei 15.855 de 02/07/2015, ou se não houver, do valor da causa atualizado, observando-se a quantia de, no mínimo, 5 UFESPs, a ser recolhido na guia DARE (inciso II, do art. 4º. da Lei 11.608/2003), c) soma do valor das despesas processuais referentes a todos os serviços forenses eventualmente utilizados (despesas postais, diligências do Oficial de Justiça, taxas para pesquisas de endereço nos sistemas conveniados, etc), a serem recolhidas na guia FEDTJ, à exceção das diligências de Oficial de Justiça, que deverão ser colhidas na guia GRD, conforme Comunicado CG nº 1530/2021. O preparo deverá ser recolhido de acordo com os critérios acima estabelecidos independente de cálculo elaborado pela serventia que apenas será responsável pela conferência dos valores e elaboração da certidão para juntada aos autos. Para a elaboração do cálculo do preparo é possível acessar a planilha por meio do portal do TJSP, a partir da aba Institucional - Primeira Instância - Cálculos de Custas Processuais – Juizados Especiais - Planilha Apuração da Taxa Judiciária, onde estão relacionados os links para emissão da guia de

recolhimento da taxa judiciária (DARE), das despesas processuais (FEDTJ) e das diligências de Oficial de Justiça (GRD).

Em caso de ter sido realizada audiência conciliatória, a parte recorrente deverá pagar o valor referente aos honorários do conciliador fixado em R\$75,42 (setenta e cinco reais e quarenta e dois centavos), com fundamento legal nos artigos 55 da Lei nº 9.099/95, 13 da Lei 13.140 e 169, § 1ª do Código de Processo Civil, regulamentados pelas Resoluções números 809/2019 do TJSP e 125/2010 do CNJ, valor este que também é considerado como despesa processual.

O recolhimento dos honorários do Sr.(a) Conciliador(a) deverá ser realizado através de depósito judicial vinculado a este processo (utilizar o portal de custas do site do TJ/SP fazendo constar no campo de observação: ref. Honorários de Conciliador).

Não existe possibilidade de complementação, caso haja recolhimento de valor inferior ao devido, conforme restou decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (AgRg na Rcl 4.885/PE) e estabelecido nos Enunciados 80 do FONAJE e 39 e 82 do FOJESP, não se aplicando o disposto no art. 1007 do CPC.

Caso haja eventual pleito de gratuidade, além da declaração de hipossuficiência, a parte que o postular deverá apresentar as duas últimas declarações de bens e rendimentos utilizadas para fins de imposto de renda perante a Receita Federal, ou caso se declare, sob as penas da lei, contribuinte isenta de I.R., deverá anexar os dois últimos comprovantes de rendimentos mensais, no prazo de cinco dias ou junto com eventual recurso interposto, sob pena de indeferimento do benefício postulado.

Para início da fase de cumprimento de sentença, o peticionamento deverá observar os termos do Comunicado CG nº 1789/2017. Oportunamente, ao arquivo.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 22 de agosto de 2024.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes. *Psicologias. Uma Introdução ao Estudo da Psicologia*, pág. 203 a 207. 13ª ed. 14ª tiragem. 1999.

GALINDO, Antonella. “Direito dos Banheiros” e o direito à identidade de gênero. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-25/antonella-galindo-direito-identidade-genero/>.

LIMA, Bruno Rodrigues de. *Luiz Gama contra Império. A luta pelo Direito no Brasil da Escravidão*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024.

LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, pág. 40. São Paulo: JusPodivm, 2024.

LIMA, Fernando Antônio de. *Sentimentos em frases*. Lagoa Santa-MG: Editora Brunsmarck, 2023.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. In: **Coleção Os Pensadores**. Tradução Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROIG, Maria Añon. Princípio antidiscriminatório y determinación de la desventaja. *Isonomia*, nº 39, México, outubro de 2013.

VECCHIATI, Paulo Roberto Iatti. O mandado de injunção e a criminalização das condutas. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iot-ti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas/>.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Olivera Fuentes vs.*

Peru. Sentença de 4 de fevereiro de 2023 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*. Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Plenário, ADO nº 26/DF, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgamento no dia 13 de junho de 2019.



CATEGORIA 5

DIREITOS DOS AFRODESCENDENTES

ACÓRDÃO PREMIADO

PROCESSO Nº 1002028-78.2022.8.26.0348

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESEMBARGADOR ALFREDO ATTÍE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000229024

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002028-78.2022.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante ERIC RENATO CHAVES, são apelados ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS DO MAUA PLAZA SHOPPING, PERALTA INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES EMPRESARIAIS LTDA e BRASTERRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT E LUÍS ROBERTO REUTER TORRO.

São Paulo, 21 de março de 2024.

ALFREDO ATTÍE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: **MAUÁ**
AGRAVANTE: **ERIC RENATO CHAVES**
AGRAVADOS: **ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS DO MAUA PLAZA SHOPPING E OUTROS**

VOTO N.º 22.247

DIREITO DO CONSUMIDOR, DISCRIMINAÇÃO E PERFILAMENTO RACIAL.
AÇÃO INDENIZATÓRIA.

Sentença de improcedência dos pedidos reformada. Autor, pessoa negra, que narra ter sido seguido por segurança do estabelecimento da ré (shopping center) e, após discussão com outro segurança, foi determinada a sua retirada do local, buscando indenização por danos morais em razão de discriminação racial. Fato do serviço. Distribuição do ônus da prova que deve obedecer a regra do art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo hipótese de inversão ope legis do ônus da prova, enquanto regra de julgamento, cabendo ao autor a prova do nexo de causalidade e à ré a demonstração da inexistência do defeito do serviço ou da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ré que juntou, aos autos, vídeos que retratam, apenas em parte, os momentos em que o autor estava no estabelecimento, e não pretendeu, tempestivamente, a produção de prova oral. Está demonstrado, tanto pelas provas produzidas, quanto pelo cenário brasileiro de discriminação racial, que, de fato, a irresignação inicial do autor procede, isto é, foi seguido pelos seguranças da ré, sem qualquer motivação aparente, senão em razão de se tratar de pessoa negra, bem como pelos seus trajes e, após discussão, foi determinada a sua retirada do local por outro segurança. Conduta da ré que configura prática ilícita de perfilamento racial em abordagem por seguranças privados. O perfilamento racial consiste em prática discriminatória, calcada em estereótipos e em tirocínio de policiais e agentes de segurança privado, em que pessoas negras são vigiadas, investigadas, selecionadas ou abordadas, a partir da utilização de critérios subjetivos, e por uma perspectiva racista, para um pretenso fim de prevenção ou repressão à prática de crimes ou condutas ilícitas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Superior Tribunal de Justiça consideram discriminatória a prática do perfilamento racial no

âmbito da segurança pública, entendimento extensível às relações de direito privado. A natureza privada da segurança não retira o seu caráter de segurança cidadã e deveria a ré oferecer cursos e treinamentos específicos a seus seguranças privados com enfoque em direitos humanos e com perspectiva racial, para o fim de abolir, entre outras práticas, o perfilamento racial nas atividades de segurança privada. Danos morais. Cabimento. Indenização fixada em R\$ 25.000,00. Pedido julgado parcialmente procedente.

RECURSO PROVIDO.

Vistos.

Cuida-se de ação com preceito condenatório, envolvendo discriminação racial e direito do consumidor, cujos pedidos foram julgados improcedentes na sentença de fls. 229/234, condenando-se o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apela o autor (fls. 240/261) pretendendo a reforma da sentença. Alega, em síntese, o seguinte: a) presença dos requisitos do art. 98 do CPC/2015, de modo que deve ser restabelecida a gratuidade de justiça; b) houve prática de racismo, pois foi convidado a se retirar do shopping em razão de sua cor e vestimentas; c) há relato idêntico contra a ré conforme denúncia encontrada na internet (“Reclame Aqui”); d) conforme fotos e vídeos, os seguranças ficam sempre próximo ao autor, cercando-o e vigiando-o; e) afirma não ter havido xingamentos, mas sim pedido para que o autor se retirasse do shopping.

Recurso tempestivo, dispensado o preparo.

Contrarrazões a fls. 278/287.

Recebe-se o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 1.010, §3º, c/c art. 1.012, ambos do CPC).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta provimento.

Inicialmente, presentes os requisitos do art. 98 do CPC/2015, fica deferida a gratuidade de justiça ao autor.

Cuida-se de ação com preceito condenatório, envolvendo discriminação racial e direito do consumidor, ajuizada por ERIC RENATO CHAVES contra ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS DO MAUÁ PLAZZA SHOPPING(ALMAPS) MAUÁ PALAZA SHOPPING.

Alega o autor, em síntese, que, em 26/10/2021, por volta das 17 horas, no estabelecimento da ré ("Mauá Plaza Shopping"), de forma inesperada e estranha, os seguranças passaram a segui-lo, primeiro à distância por homens uniformizados e, depois, à paisana. Afirma que os seguranças o seguiam ao adentrar em lojas ou quando se sentou em um banco. A perseguição evoluiu para uma abordagem direta e incisiva, com a solicitação para que se retirasse do local. Ainda, afirma que, *"Com a recusa do autor, que indagou: 'Porque tenho que sair? Não estou fazendo nada de errado', sem entender o que estava acontecendo, os seguranças o empurraram aos gritos de 'sai fora da aqui !!!'".* Informa que foi a única pessoa tratada dessa forma no local. Afirma que a única explicação para esse ódio é a cor de sua pele ou vestimenta (por ser cantor de Rap). Esclarece que *"Aos empurrões o autor foi obrigado a se retirar do ambiente, não conformado com tanto constrangimento e humilhação, fez um Boletim de Ocorrência (anexo). Porém, além do B.O, o autor procurou a administração do Shopping, que não deu tanta importância ao caso, não tomando as providências necessárias, como aponta a transcrição do áudio gravado (anexo) quando o requerente acionou a administração."* Narra ter recebido o contato, via aplicativo *whatsapp*, da representante do marketing da ré, após a repercussão do episódio em sua página. Acusa a ré de discriminação racial, em razão da abordagem discriminatória. Reclama do tratamento recebido quando denunciou o fato à administração da ré, especialmente pela preferência dada a uma pessoa branca. Afirma que pediram para se retirar do local: *"foram palavras e expressões ofensivas, racistas, pedindo para o autor se retirar do local: 'sai fora daqui!!!! Sai fora daqui!!'".* Pede a condenação da ré em danos morais.

Com a inicial junta, entre outros, os seguintes documentos: a) Boletim de Ocorrência (fls. 15/16); b) troca de mensagens pelo aplicativo "Messenger" com a ré (fls. 18/23); c) transcrição de áudio gravado após a ocorrência no shopping (fls. 24/26).

Contestação a fls. 56/89, em que se alega: a) denúncia da lide; b) ilegitimidade passiva; c) conforme o próprio Boletim de Ocorrência juntado, não houve injúria racial; d) da transcrição do áudio juntada pelo autor não se infere qualquer afirmativa a corroborar o teor da petição inicial; e) a pessoa branca a que se refere o autor era uma mãe com uma criança de colo, que acabou sendo atendida preferencialmente; f) o autor não foi perseguido no estabelecimento da ré, como afirma, não tendo os seguranças realizado qualquer abordagem, mas sim tendo o autor se dirigido ao segurança.

A ré colaciona os vídeos do momento da abordagem (fls. 200).

Ré que dispensou a produção de provas (fls. 224).

Sentença a fls. 229/234, que assim decidiu a lide:

“De fato, a versão dos fatos conforme deduzida na inicial não encontra eco em qualquer elemento de prova. Aliás, nem mesmo a prova documental produzida pela parte autora dá respaldo ao quanto alega, já que do histórico do boletim de ocorrência consta expressamente: “Por fim, o declarante desconhece os motivos de ter sido submetido a tamanho constrangimento, mas afirmou que não foi injuriado verbalmente por nenhum dos seguranças patrimoniais” (fl. 15).

Mesmo nos prints de diálogos travados com prepostos da ré, inexistiu indício das alegadas ofensas ou condutas discriminatórias, e a parte autora não se animou a produzir provas adicionais que as demonstrassem. Muito embora não tenha este magistrado sido capaz de visualizar via link (fl. 203) as imagens do dia do evento, os prints de imagens acostados igualmente não denotam nenhuma movimentação anormal em relação à parte autora.

Em suma, a falta de consistência das provas produzidas se é que há alguma milita em desfavor da versão da inicial.

Não há na espécie defeito do serviço a ser reconhecido, nos termos do art. 14, § 1º, CDC3.”

Com a devida vênia, a sentença comporta reforma.

Inicialmente, e antes da análise do caso concreto, cabe uma importante introdução a respeito da distribuição do ônus da prova ao caso e quanto à legislação envolvendo acusações de discriminação racial no Brasil, inclusive sobre a praticada do chamado perfilamento racial nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor traz dois regramentos diversos quanto à inversão do ônus da prova. Se, por um lado, prevê a inversão *ope legis* para as hipóteses do art. 12, § 3º, art. 14, § 3º, e art. 38, e consequentemente como regra de julgamento, por outro lado determina que, nos demais casos, como na hipótese de vício do produto ou do serviço (art. 18 e seguintes) a inversão será *ope judicis* e como regra de instrução, nos termos do art. 6º, VIII, a ser enfrentada, preferencialmente, em decisão saneadora (art. 357, III, do CPC/2015).

A hipótese dos autos é de fato do serviço: há, no caso, acusação de discriminação racial e agressão dirigida ao autor por funcionários da ré (acidente de consumo). Portanto, cabia ao autor a prova do nexo de causalidade e à ré a prova de que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistia, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A inversão, assim, é *ope legis* e como regra de julgamento.

Ainda em termos introdutórios, cabe uma breve análise a respeito da discriminação racial no Brasil.

No âmbito do Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada pelo Decreto nº 65.819/1969, em seu art. 1º, dispõe que *“a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano,(em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.”* Além disso, em seu art. 6º, consagra o direito à reparação justa e adequada a todas as pessoas vítimas de discriminação racial: *“Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos efetivos perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à presente Convenção, violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a êsses tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima em decorrência de tal discriminação.”*

No Sistema Interamericano, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, já ratificada e com observância ao rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, isto é, com status constitucional, traz importantes conceitos, de fácil compreensão a todos os atores do sistema de Justiça e toda a sociedade de um modo geral, a seguir reproduzidos:

CAPÍTULO I DEFINIÇÕES

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção:

1. **Discriminação racial** é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.
2. **Discriminação racial indireta** é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
3. **Discriminação múltipla ou agravada** é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais

consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.

4. **Racismo** consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. O racismo ocasiona desigualdades raciais e a noção de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificadas. Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas descritas neste Artigo são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional e, portanto, perturbam gravemente a paz e a segurança internacional, sendo, dessa maneira, condenadas pelos Estados Partes.

5. As **medidas especiais ou de ação afirmativa** adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

6. **Intolerância** é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos.

Em artigo recente (ATTIÉ, Alfredo. *“Revolução Constitucional Ignorada”* in Portal247, São Paulo, 13/08/2023) fala-se da importância da Convenção para o aprimoramento da ordem constitucional brasileira, e da necessidade de sua interpretação e aplicação pelos poderes públicos, notadamente, o Judiciário, na construção da igualdade material:

“No caso da Convenção Interamericana contra qualquer Forma de Discriminação, as definições que passam a compor o texto da Constituição abrangem o racismo institucional e estrutural, além da questão fundamental da interseccionalidade, a que a Convenção dá o nome de discriminação agravada ou múltipla, em que vários aspectos da configuração discriminatória do modo como uma sociedade desigual como a nossa opera, excluindo classes, povos negros, originários, periféricos, pessoas com deficiência, e todos os gêneros. A Convenção torna constitucionais as políticas afirmativas e reparatórias, impondo o dever de que permaneçam e não sejam suprimidas até que as desigualdades sejam efetivamente superadas. A partir da vedação da intolerância, todos os aspectos educacionais, culturais, incluindo as religiões, passam a ter um tratamento constitucional contundente, impedindo, por um lado, que discriminações ocorram, e incentivando, por outro, a multiplicidade de expressões, às quais o Estado, por seus três poderes e por todas as unidades da federação, deve não só proteger como incentivar, mesmo coibindo que ocorram discriminação e intolerância na vida privada, na família e na empresa (...) Finalmente, saliento um aspecto fundamental da revolução constitucional trazida por esses instrumentos e que, até aqui, tem sido solenemente ignorada pelos Poderes públicos e não tem sido objeto do tratamento e das reivindicações e empoderamento da sociedade a mudança da concepção constitucional da igualdade. (...) Até aqui, os direitos, deveres e políticas públicas vêm sendo tratados apenas como indutores

da igualdade formal: mera igualdade perante a lei. A partir de fevereiro de 2022, porém, quando a Convenção Interamericana passou a fazer parte da Constituição, a igualdade a ser considerada deve ser a material: o dever do Estado e da sociedade é fazer erradicar a desigualdade em todos os aspectos, do econômico ao cultural, do povo brasileiro. Numa palavra, a Constituição, em sua revolução, determina que se leve a sério a cidadania, de modo integral e absoluto.”

Ainda no âmbito do Sistema Interamericano, são importantes as observações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Simone André Diniz (Caso 12.001, 21 de outubro de 2006), envolvendo a temática da discriminação racial no Brasil. No caso analisado, a Sra. Aparecida Gisela Mota da Silva publicou nos Classificados do jornal “A Folha de São Paulo” o seguinte anúncio: “*doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele*”. A vítima, Simone André Diniz, candidatou-se à vaga, mas acabou não sendo contratada por ser negra. Realizada a investigação em sede policial, o Ministério Público propôs o arquivamento do Inquérito Policial, ensejando a petição à Comissão.

No Relatório são relevantes diversas constatações feitas, que permanecem atuais. Na ocasião, a Comissão chamou a atenção da persistência do racismo na sociedade brasileira e que podem ser resumidas da seguinte forma: (i) no Brasil, as pessoas em situação de pobreza são majoritariamente negras, percentual inclusive superior à média da população, se comparado com pessoas brancas; (ii) o analfabetismo é mais alto entre pessoas negras do que entre pessoas brancas; (iii) a mortalidade infantil de pessoas negras é mais alta do que de entre pessoas brancas; (iv) no âmbito dos processos criminais, a um lado, há clara seletividade penal dirigida aos réus negros, que são, proporcionalmente, mais processados e condenados do que réus brancos e, a outro lado, as pessoas negras são as maiores vítimas da violência policial; (v) no ambiente de trabalho, os salários das pessoas negras são proporcionalmente menores. Nesse sentido:

“45. Num persistente contexto de profunda desigualdade estrutural que afeta os afro-brasileiros,[15] pesquisa realizada pelo IPEA tem demonstrado a sobre-representação da pobreza entre os negros brasileiros, numa concentração que tem se mantido estável ao longo do tempo.[16] De acordo com a pesquisa, **em 1999 os negros representavam 45% da população do país, mas correspondiam a 64% da população pobre e 68% da população indigente. Segundo concluiu a pesquisa, “nascer negro no Brasil está relacionado a uma maior probabilidade de crescer pobre.”**

1. Na área da educação, em todas as regiões do Brasil, **o analfabetismo entre negros é, de longe, mais alto do que entre os brancos.**[17] Segundo dados do IBGE de 1999, 21% da população afro-descendente era analfabeta contra 8% da população branca. Entretanto, considerando-se a alfabetização funcional, definida pela a UNESCO como o domínio da leitura, escrita, matemática e ciências, equivalente a, no mínimo, educação até o quarto ano primário, 22.7% dos brancos e 41% dos afro-descendentes são funcionalmente analfabetos no Brasil.

2. Dados sobre **mortalidade infantil** demonstram que **para cada grupo de 1.000 crianças negras ou mestiças, 62 não viviam até a idade de 1 ano**, enquanto a **taxa de mortalidade das crianças brancas, num grupo de 1.000 era de 37.**[18]

(...)

49. Da mesma forma, **réus negros condenados estão proporcionalmente muito mais representados do que sua participação na distribuição racial da população do município de São Paulo. Não sendo o mesmo cenário quando se trata de réus brancos.** Neste caso, a proporção de condenados brancos é inferior à participação dessa etnia na composição racial da mesma população. A pesquisa concluiu que tal contexto “sugere uma certa “afinidade eletiva” entre “raça e punição.”

50. De outra maneira, a **violência policial no Brasil vitimiza desproporcionalmente pretos e pardos.** A Comissão tomou conhecimento que no Brasil,[20] o perfil racial determina um **alto número de detenções ilegais** e que a **população negra é mais vigiada e abordada pelo sistema policial**, sendo esse tema objeto de recomendação pela Comissão não somente em relatório geral sobre o país mas também em relatório de mérito.[21]

51. Com efeito, de acordo com outro levantamento,[22] ficou manifesto que “**no Rio de Janeiro, o perfil da maioria das crianças e adolescentes assassinados, em um conjunto de**

265 investigações, é de pobre, sexo masculino, negro e mulato”. Em outra investigação conduzida pelo ISER,[23] comprovou-se que “a incidência da raça no uso da força policial letal talvez seja a fonte de violações mais graves dos direitos humanos no Brasil”.

52. Depois de avaliar mais de 1000 homicídios cometidos pela Polícia do Rio de Janeiro entre os anos de 1993 e 1996, o relatório concluiu que a raça constitui um fator que incide na polícia seja conscientemente ou não quando atira para matar. Quanto mais escura é a pele da pessoa, mais susceptível está de ser vítima de uma violência fatal por parte da polícia”. Concluiu dizendo que a violência policial é discriminatória pois alcança em maior número e com maior violência aos negros. Com efeito, em seu relatório para o CERD o governo brasileiro reconheceu a letalidade da ação policial no Brasil quando a vítima era não branca.[24]

(...)

54. Para demonstrar essa desigualdade, segundo pesquisa conduzida pelo INSPIR,[26] que coletou informação sobre salários de trabalhadores em 6 áreas metropolitanas do país, **os salários dos trabalhadores negros são sistematicamente menor do que trabalhadores não-negros.** De acordo com a pesquisa, isso é o resultado de uma combinação de fatores, tais como precoce entrada no mercado de trabalho, colocação de trabalhadores negros nos setores menos dinâmicos da economia, desproporcionalidade no número de negros que são empregados em posições informais e que não exigem muita qualificação.

55. De outra forma, pesquisa do IBGE de 1999 demonstrava que 5.7% da população branca empregada ocupava posições de empregadores contra 1.3% de negros e 2.1% de mestiços. Igualmente, 5.7% da população branca empregada ocupava posição de trabalhador doméstico contra 13.4 de negros e 8.4 de mestiços.[27]

56. Em outra pesquisa conduzida sobre prática discriminatória no mercado de trabalho dois aspectos chamaram a atenção[28] (1) a **discriminação racial era uma prática permanente e diária que garantia privilégios econômico e simbólico para trabalhadores brancos** e (2) a **integração no local de trabalho não era obstaculizada pelos negros, mas pelos brancos que bloqueavam a entrada e mobilidade daqueles no mercado de trabalho.**

57. Relativamente à discriminação no recrutamento, a mesma pesquisa constatou que “a discriminação foi relatada em recrutamento e seleção pessoal em todos os tipos de trabalho, seja entre empregadas domésticas, serviços gerais ou trabalhadores profissionais. Testemunhos coletados durante a pesquisa indicaram que a identidade racial era avaliada na admissão, não obstante essa prática não fosse oficial.”

58. Para ilustrar, em duas denúncias de discriminação racial em recrutamento, através de anúncios de emprego publicados pelo jornal A Folha de São Paulo, a promotoria pública pediu o arquivamento dos inquéritos. No primeiro caso, procurava uma assistente administrativa “loura ou japonesa, com boa aparência”. As partes envolvidas negaram responsabilidade pelo anúncio o que foi aceito pelo Ministério Público. O segundo caso, buscava um garçom “experiente e branco”. Aqui o Ministério Público estabeleceu que o anúncio era discriminatório mas não determinou qual das partes era responsável pelo mesmo, daí por que o arquivamento do feito.[29]

59. Em outro caso de discriminação no recrutamento ocorrido também em São Paulo, em 1994, o anúncio veiculado em jornal procurava um advogado que possuísse “boa apresentação”. A investigação não foi capaz de identificar a pessoa da firma de advocacia que fez veicular o anúncio. Ademais, a firma argüiu que uma vez que não tinha admitido nenhum advogado que tivesse respondido ao anúncio, não havia cometido nenhum crime. Por esta razão, o Ministério Público sugeriu o arquivamento do feito.”

Pende de julgamento, ainda, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira Vs. Brasil, envolvendo discriminação racial no ambiente de trabalho, já tendo havido, inclusive, reconhecimento parcial da responsabilidade internacional pelo Brasil.

Na ordem jurídica nacional, a seu turno, a Constituição Federal, no art. 4º, VIII, estabelece como princípio da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais o repúdio ao terrorismo e ao racismo e, em seu art. 5º, XLII, prevê que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Em marcante julgado envolvendo racismo e liberdade de expressão (“Caso Ellwanger”), que veio a estabelecer importantes balizas para sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal afirmou a importância desses dispositivos constitucionais na proteção contra a discriminação racial, definindo que “*o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”* (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, entre outras, há duas importantes leis que consagram direitos e repudiam o racismo: o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e a Lei do Crime Racial (Lei nº 7.716/1989).

O Estatuto da Igualdade Racial elenca uma série de direitos específicos, envolvendo: (i) a saúde (Política Nacional de Saúde Integral da População Negra, conforme artigos 6º, 7º

e 8º); (ii) a educação, em que, por exemplo, se exige o estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil nos estabelecimentos de ensino fundamental e ensino médio, públicos e privados (artigo 9º a 16); (iii) a cultura, preservando-se, por exemplo, aos remanescentes de comunidades quilombolas o direito à preservação de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos, bem como a preservação de documentos e dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, além da proteção ao samba e à capoeira, bem como de outras manifestações culturais de matriz africana (artigos 17 a 20); (iv) esporte e lazer (artigos 21 e 22); (v) direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício de cultos religiosos, garantindo-se o livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana (artigo 23 a 26); (vi) acesso à terra e à moradia adequada, com expresse reconhecimento da propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos (artigos 27 a 37); (vii) trabalho (artigos 38 a 42); (viii) e meios de comunicação (artigos 43 a 46). Institui, ainda, o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (artigos 47 a 57).

A Lei do Crime Racial (Lei nº 7.716/1989, recentemente alterada pela Lei nº 14.532/2023), a seu turno, disciplina o tratamento penal conferido às discriminações raciais, seja aquelas abarcadas pelo crime de injúria racial, antes disciplinado pelo Código Penal, quanto o próprio crime de racismo, equiparando, portanto, ambas as condutas, em termos de gravidade e de consequências penais e processuais penais. Dois acréscimos realizados pela Lei nº 14.532/2023 chamam a atenção: o primeiro tratando do chamado racismo recreativo, isto é, aquele ocorrido em contexto ou intuito de descontração, diversão ou recreação, que configura, inclusive, causa de aumento de pena (art. 20-B); o segundo, que orienta os juízes, na interpretação da lei, a considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência (art. 20-D).

No mais, cabe ainda um breve esclarecimento sobre a chamada prática do perfilamento racial, especialmente nas relações de consumo e na segurança privada.

O termo perfilamento racial é associado às abordagens policiais, no âmbito da atividade ostensiva de policiamento, assim como às abordagens por seguranças privados, e consiste em prática discriminatória, calcada em estereótipos e no tirocínio de policiais e agentes de segurança privado, em que pessoas negras são vigiadas, investigadas, selecionadas ou abordadas, a partir da utilização de critérios subjetivos, e por uma perspectiva racista, para um pretenso fim de prevenção ou repressão à prática de crimes ou de condutas ilícitas. Sobre o tema, conforme a Recomendação Geral nº 36 do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, perfilamento racial significa a *"a prática de aplicar a lei baseando-se, em qualquer grau, na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica para sujeitar*

peessoas a atividades de investigação ou para determinar se um indivíduo está envolvido em atividades criminosas.”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Acosta Martínez Vs Argentina (2020), teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema. O caso envolve a utilização de estereótipos racistas (perfilamento racial) em prisão e posterior morte de integrante do chamado “Grupo Cultural Afro”. Em 05/04/1996, a vítima, José Delfín Acosta Martínez, pessoa negra, se encontrava nas imediações da boate “Maluco Beleza” no centro de Buenos Aires e protestou, no local, contra a prisão dos irmãos Gonçalves Da Luz, brasileiros e pessoas negras, acusados de portar armas, tendo afirmado aos policiais que ambos só teriam sido presos porque eram negros. Após a acusação dirigida aos policiais, a vítima José também foi presa. Na prisão, os policiais verificaram que nenhum dos três portava armas. Também não havia mandado de prisão contra qualquer um deles. Mesmo assim, os três foram levados à delegacia. Durante a prisão, José sofreu ferimentos e perdeu a consciência, motivo pelo qual foi chamada uma ambulância. Morreu de parada respiratória na ambulância, a caminho do Hospital. O irmão da vítima, quando do reconhecimento do corpo, constatou as diversas lesões. As perícias não foram conclusivas quanto à presença de álcool ou entorpecentes no corpo da vítima, como acusava a polícia, assim como quanto à origem das lesões. A investigação dos fatos foi arquivada, sob o fundamento de inexistência de prova de crime contra a vítima José, indicando-se, ainda, que a causa de sua morte decorreu de efeitos do álcool e drogas, somado às lesões alegadamente autoimpostas. Durante processo que tramitou na justiça local, os familiares foram vítimas de ameaças. A Corte Interamericana, no caso, considerou que a atuação da polícia esteve motivada mais por um perfil racial do que pela suspeita de cometimento de um crime e determinou, além de indenização, a inclusão, em curso de formação de policiais de Buenos Aires, de capacitação dos agentes policiais sobre o caráter discriminatório dos estereótipos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, assim como o uso de perfis raciais nas prisões, bem como sensibilização sobre o impacto negativo desse preconceito à população negra. Acenando para o conteúdo da Declaração de Durban, esclarece a Corte que:

“95. De la misma manera, la amplitud de las normas que facultan a la policía a privar de libertad sobre la base de edictos que sancionan características más que conductas, terminan siendo utilizadas arbitrariamente y con base en prejuicios y estereotipos de ciertos grupos que coinciden con aquellos históricamente discriminados. En efecto, tal como lo subraya el Informe del 2015 del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas:

Los agentes de policía y de inmigración y los funcionarios de prisiones a menudo actúan basándose en perfiles raciales y étnicos, en muchas formas distintas y perniciosas. También puede suceder que las políticas oficiales faciliten prácticas discrecionales que permiten que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley dirijan selectivamente sus actuaciones hacia grupos o personas basándose en el color de su piel, en su vestimenta, en su vello

facial o en el idioma que hablan. A veces también existe un sesgo implícito que motiva la utilización de criterios raciales y étnicos en la actuación de las fuerzas del orden. Aunque algunos estudios han demostrado la ineficacia de la utilización de perfiles raciales y étnica, los funcionarios siguen recurriendo a esa práctica.

96. El programa de acción de Durban define los perfiles raciales como “la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha hecho referencia a estas prácticas definiéndolas como “los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”

97. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Personas de Ascendencia Africana examinó el tema de la elaboración de perfiles raciales. El Grupo de Trabajo reconoció que elaborarlos viola el derecho a la no discriminación y recordó que las normas internacionales y regionales dejan sentado que la discriminación racial en la administración de justicia es ilícita. El Grupo de Trabajo destacó, además, que se ha admitido que los perfiles raciales son un problema específico debido a que sistemática e históricamente han estado dirigidos contra las personas de ascendencia africana, lo que tiene consecuencias graves puesto que se crean y perpetúan una estigmatización y estereotipos profundamente negativos de los afrodescendientes como criminales en potencia. Asimismo, consideró que en la mayoría de los casos en que se han utilizado perfiles raciales, no se ha logrado mejorar la situación de seguridad y se ha perjudicado mucho a la población de ascendencia africana y otros grupos vulnerables.

98. Las manifestaciones de la utilización de perfiles raciales también pueden estar ligadas a la normativa o la práctica interna. En efecto, como lo señaló el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, “puede suceder que las políticas oficiales faciliten prácticas discrecionales que permiten a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley dirijan selectivamente sus actuaciones hacia grupos o personas basándose en el color de su piel, en su vestimenta, en su vello facial o en el idioma en que hablan”

99. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha señalado que una privación de libertad tiene motivos discriminatorios “cuando resultaba evidente que se había privado a las personas de su libertad específicamente en función de las características distintivas reales o aparentes, o a causa de su pertenencia real o presunta a un grupo diferenciado (y a menudo minoritario)”. El Grupo de Trabajo considera como uno de los factores a tomar en cuenta para determinar la existencia de motivos discriminatorios, si “[l]as autoridades han hecho afirmaciones a la persona detenida o se han comportado con ella de manera que indique una actitud discriminatoria”. De esta forma, una detención basada en el uso de perfiles raciales sería claramente discriminatoria.”

Nesse mesmo sentido, ainda, o Caso Fernández Prieto e Tumbeiro Vs Argentina (2020). Em 26 de maio de 1992, um inspetor e dois sargentos que estavam em patrulhamento de rotina avistaram, em uma zona quase despovoada da cidade de Mar de Plata, um veículo

verde com “três sujeitos dentro em atitude suspeita”, entre estes o Sr. Fernández Prieto. Policiais interceptaram o veículo, fizeram descer os passageiros e, na presença de duas testemunhas, passaram a fazer uma busca pessoal. De acordo com o registro da prisão, no porta- malas do veículo encontraram um tijolo embrulhado em papel prateado com fita marrom, cujo aroma e características indicavam que, segundo a polícia, poderia ser maconha, e um revólver calibre 32 com munição. No interior do veículo, no banco ocupado pelo Sr. Fernández Prieto, foram encontrados cinco tijolos iguais ao anterior e uma pistola calibre 22 com 8 projéteis, um carregador e dois coldres. Com base nessas descobertas, os policiais procederam à apreensão dos referidos objetos e prenderam em flagrante o senhor Fernández Prieto e os demais passageiros, levando-os para a delegacia. Em sua sentença, o Tribunal considerou que o exame da legalidade da prisão deve ser realizado a partir das circunstâncias especiais em que foi desenvolvida, bem como que os policiais estavam em patrulhamento na função específica de prevenção ao crime. Em virtude de sua condenação, o senhor Fernández Prieto foi privado de sua liberdade por um período de dois anos, oito meses e cinco dias. Ele faleceu no ano de 2020.

Na mesma sentença, a Corte IDH avaliou o caso do Sr. Tumbeiro. Em 15 de janeiro de 1998, por volta do meio-dia, o Sr. Tumbeiro, eletricista de 44 anos, foi interceptado por agentes da Polícia Federal Argentina “*para fins de identificação*”, enquanto caminhava por uma rua em Buenos Aires. Os policiais perguntaram ao Sr. Tumbeiro o que ele fazia no local, que respondeu que procurava equipamento eletrônico e entregou seu documento de identidade. Percebendo-o “extremamente nervoso”, um dos agentes o convidou para entrar na patrulha para verificação de sua identidade. Enquanto aguardavam a verificação da existência antecedentes criminais, os agentes perceberam que o senhor Tumbeiro “*em meio a um diário [...] carregava consigo uma substância branca [...] semelhante ao cloridrato de cocaína*”, pelo que exigiram a presença de testemunhas e procederam à sua prisão. De acordo com versão policial, a atitude do senhor Tumbeiro foi suspeita porque “*sua roupa era incomum para a área e por ser evasivo na abordagem*.” Por outro lado, o Sr. Tumbeiro afirmou que naquele dia estava vestido de jeans e camisa e que os policiais o colocaram na viatura e contrabandearam a droga. O Sr. Tumbeiro foi privado de sua liberdade no dia de sua prisão e foi obrigado a prestar serviço comunitário em uma fundação.

Neste caso, que envolve duas acusações de perfilamento racial, pontuou a Corte IDH a incompatibilidade da prática com o art. 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

“81. Ante la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre

prejuízos respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En concordancia con lo anterior, el perito Juan Pablo Gomara enfatizó lo siguiente:

Atribuir a una persona la sospecha de un comportamiento ilegal por la sola circunstancia de ser joven y usar determinada ropa, ser pobre, estar en situación de calle, ser mujer trans, etc. importa claramente un trato discriminatorio, prohibido por el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, los cuerpos de seguridad ejercen en gran medida la facultad de identificación y registro a través del uso de perfiles discriminatorios.

82. El uso de estos perfiles supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efectivamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, la Corte ha señalado que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias. En este caso, el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, el reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado, y la falta de explicaciones sobre el carácter sospechoso atribuido al señor Tumbeiro más allá de su nerviosismo, su manera de vestir y el señalamiento explícito de que esta no era propia de la zona “de gente humilde” por la que caminaba, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo, sino que la detención se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área, lo que comporta un trato discriminatorio que torna en arbitraria la detención.”

A jurisprudência brasileira em matéria penal, por exemplo, vem reconhecendo a ilicitude da prática do perfilamento racial, em abordagens policiais. Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC nº 158.580/BA, pontuou o Min. Rogério Schietti Cruz que:

“Como decorrência da ainda latente mentalidade escravista, cujos efeitos perduram até os dias de hoje, o controle sobre os corpos negros no espaço público se acentua por meio da repressão criminal, a qual se voltava não apenas contra condutas concretas e danosas, mas também contra condições pessoais vistas, por si sós, como perigosas e indesejáveis porém muitas vezes inescapáveis aos ex-cativos, que, uma vez postos em liberdade pela Lei Áurea, haviam sido abandonados à própria sorte, tais como a vadiagem e a mendicância. Ainda mais especificamente direcionada à população negra, nota-se a continuidade da criminalização da capoeiragem.

(...)

Em outras palavras, “o controle por parte das agências policiais estatais se desenvolveu como um prolongamento do controle senhorial e continuou a incidir, sobretudo, em face de escravos e ex-escravos, enxergados pelo aparato policial a partir do signo inafastável da suspeição” (WANDERLEY, Gisela Aguiar, Filtragem racial na abordagem policial: a “estratégia de suspeição generalizada” e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 135, v. 25, 2017, p. 189-231, p. 196, destaquei).

A manipulação das ideias de suspeição e de periculosidade mesmo sem indícios objetivos da prática de atos criminosos se articula, portanto, como um instrumento de pretensa preservação da ordem no espaço urbano por meio da punição antecipada de indivíduos considerados presumidamente perigosos. Nas palavras de Sidney Chalhoub, “perseguir capoeiras, demolir cortiços, reprimir a vadiagem o que geralmente equivalia a amputar opções indesejáveis de sobrevivência, era desferir golpes deliberados contra a cidade negra” (CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. Revista Brasileira de História, v. 8, n. 16, p. 83- 105, 1988, p. 105).

É nesse contexto que se identifica, a pretexto de manter a famigerada “ordem pública”, a proliferação de códigos de posturas e a utilização das (in)superadas “prisões para averiguação” ainda presentes, embora de maneira camuflada, nas abordagens e nas revistas policiais dos dias atuais, como forma de limitar a cidadania e o próprio “direito à cidade” daqueles considerados desviantes, mesmo sem haver delitos concretos a serem apurados.

(...)

Passado mais de um século desde o fim da escravatura, o cenário acima exposto ganhou novos contornos; substancialmente, contudo, pouco se alterou.

Mesmo revogada a tipificação criminal da capoeiragem e de situações pessoais tais como a vadiagem e a mendicância, é inevitável constatar que o controle da circulação da negritude no espaço público continua a ser exercido, sob o viés da suspeição racial apriorística, por meio das reiteradas abordagens policiais exploratórias para “averiguação”, que acabam por configurar verdadeiras “fishing expeditions” à procura de qualquer deslize.”

A corroborar que, de fato, o perfilamento racial é a regra nas abordagens policiais no Brasil, ainda, o mesmo julgado traz à tona importantes pesquisas científicas, que comprovam que pretos e pardos são mais abordados pela polícia do que brancos:

“O trabalho, divulgado em 15/2/2022 pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania CESeC, revelou que **pretos e pardos representam 48% da população carioca, mas são alvo de 63% das abordagens de policiais militares.** “Por exemplo, **eles são 79% dos que já tiveram suas casas revistadas por agentes das forças de segurança. São 74% dos que relatam ter um parente ou amigo morto por um policial.** E ainda **71% das pessoas abordadas no transporte público.** Do total de pessoas abordadas, **17% já foram paradas pela polícia mais de dez vezes**”, (Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,negros-sao-os-mais-abordados-pela-policia-no-rio-a-firma-pesquisa,70003979207>, acesso em: fev. 2022, destaquei).

No entanto, os problemas apontados não se restringem ao Rio de Janeiro.

Depois de aplicar questionários a integrantes da Polícia Militar do Mato Grosso (PMMT), Jamil Queiroz observou que as abordagens são pautadas por “preconceito racial e discriminação, pois **a ação policial está baseada na aparência física das pessoas, na cor da pele, na tatuagem, na condição social desfavorável, no lugar, sobretudo nos bairros de periferia**” (QUEIRÓZ, Jamil Amorim de. Abordagem policial militar no contexto étnico-racial. VI Mostra da Pós-Graduação (PROPG/UFMT), 2014, p. 10-12, destaquei).

Com igual metodologia aplicada na Polícia Militar do Estado de Pernambuco, Geová da Silva Barros constatou que os **policiais tendem a priorizar a abordagem, em**

primeiro lugar, de pretos; depois, passam para os pardos e, só por último, para os brancos, a denotar uma tendência a relacionar negritude, pobreza e criminalidade, em contraste com a percepção policial sobre a branquitude (BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 2, n. 3, 2008, p. 134-155).

Laís Avelar, a seu turno, após pesquisa etnográfica na cidade de Salvador, observou que os territórios negros da cidade despontam como “espacialidades onde o Estado, através do seu braço policial, invade casas sem mandado, constrange, cotidianamente, especialmente seus jovens, em abordagens infundadas a não ser pela cor da maioria destes que, por serem negros, ‘inspiram’ uma permanente suspeição”. (AVELAR, Laís da Silva. “O ‘Pacto pela Vida’, aqui, é o pacto pela morte!”: o controle racializado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do Grande Nordeste de Amaralina. 2016. Dissertação de Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 117, grifei).

Já no Estado de São Paulo, Airton Ribeiro, depois de acompanhar patrulhas da Polícia Militar (PMESP), concluiu que predominaram “abordagens a negros, em grupos, com jaquetas largas, bonés e gorros” (RIBEIRO, Airton Edno. A relação da Polícia Militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana: a questão da abordagem policial. 2009. Dissertação de Mestrado em Educação Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009, p. 75, destaquei)

É o que Jéssica da Mata também pontua em sua pesquisa de campo em batalhões da PMESP em 2019, ao afirmar que **“Os enquadros se dirigem desproporcionalmente aos rapazes negros moradores de favelas dos bairros pobres das periferias.** Dados similares quanto à sobre-representação desse perfil entre os suspeitos da polícia são apontados por diversas pesquisas desde os anos 1960 até hoje e em diferentes países do mundo”. Segundo a acadêmica, “Trata-se de um padrão consideravelmente antigo e que ainda hoje se mantém, de modo que, ao menos entre os estudiosos da polícia, não existe mais dúvida de que o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra”. Mais do que isso, **“os policiais tendem a enquadrar mais pessoas jovens, do sexo masculino e de cor negra não apenas como um fruto da dinâmica da criminalidade, como resposta a ações criminosas, mas como um enviesamento no exercício do seu poder contra esse grupo social independentemente do seu efetivo engajamento com condutas ilegais, por um direcionamento prévio do controle social na sua direção”** (DA MATA, Jéssica, A Política do Enquadro, São Paulo: RT, 2021, p. 150 e 156, grifei).

(...)

É o que também observa **Vera Malaguti Batista**, ao apontar que “[a]nalisando a fala dos policiais o que se vê é que **a ‘atitude suspeita’ não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo do ‘fazer algo suspeito’, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social**”. Segundo a criminóloga carioca, “é isso que desperta suspeitas automáticas. Jovens pobres, pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol (BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 103, grifei).

O entendimento adotado pela Corte IDH e pelo Superior Tribunal de Justiça é extensível às relações de direito privado. No âmbito da segurança privada não é diferente e os mesmos padrões discriminatórios são observados.

Em estudo envolvendo o perfilamento racial no âmbito das relações de consumo nos Estados Unidos, por exemplo, os criminólogos Shaun L. Gabbidon e George E. Higgins trazem conceitos, dados e conclusões importantes envolvendo o tema e que, guardadas as devidas proporções e consideradas as diferenças entre ambas as realidades, podem trazer contribuições à análise do tema.

Segundo os autores, o perfilamento racial do consumidor ocorre na situação em que um consumidor é selecionado, seja por um tratamento injustificado, seja por suspeita criminal, com base em sua origem racial ou étnica: *“Consumer racial profiling occurs when a shopper is singled out for unwarranted bad treatment/service and/or criminal suspicion based on their racial/ethnic background”*.¹ Diversas pesquisas realizadas, segundo os autores, confirmam que o CRP (*“Consumer Racial Profiling”*, ou o perfilamento racial de consumidores) ocorre em uma variedade de estabelecimentos comerciais de acesso ao público, e não apenas em grandes lojas de varejo, como em restaurantes, bares e teatros, e trazem dados interessantes, como, por exemplo: (i) a população, de um modo geral, acredita que o perfilamento racial de fato ocorre, com diferenças em termos de percentual, e a depender do recorte realizado, como gênero, raça e idade, assim como, em sua maioria, há reprovação da prática; (ii) a minoria que apoia a prática do perfilamento racial o faz por acreditar se tratar de método eficaz para identificar criminosos; (iii) o estereótipo geral e enraizado ligado ao envolvimento de pessoas negras no crime (*“Black thief stereotype”*) se aplica aos crimes de furto em lojas, influi negativamente na opinião pública e dificulta a compreensão sobre quem pratica crimes patrimoniais e quem de fato são os criminosos; (iv) as pessoas negras são os alvos principais do perfilamento no âmbito da segurança privada em estabelecimentos comerciais e de varejo; (v) a maioria das vítimas não denuncia o incidente, seja para autoridades públicas, seja para funcionários dos estabelecimentos, mas as vítimas que denunciam são mais suscetíveis a, inclusive, ingressar com processos judiciais, sendo muito importante, para a mudança desse cenário, que denúncias sejam realizadas e incentivadas; (vi) os incidentes envolvendo a CRP foram em grande parte iniciados com base em palpites infundados dos funcionários e seguranças das lojas; (vii) os negros de todas as idades, inclusive mulheres idosas, vivenciam a CRP, experimentando uma série de emoções, como raiva, choque, tristeza, humilhações e vergonha; (viii) os Tribunais impõem um padrão extremamente elevado, em matéria de prova, para consagrar vitórias às vítimas de CRP em processos judiciais, sendo que, na maioria dos casos, as provas não estão disponíveis para os demandantes e, mesmo em casos que há provas claras, os Tribunais sugeririam que esta forma de tratamento seria permitida, desde que não impedida a capacidade de compra dos consumidores negros afetados.

Alguns grandes estabelecimentos comerciais nos Estados Unidos, apontam os autores, estiveram envolvidos em acusações de prática de perfilamento racial. No início dos anos 2000, por exemplo, foi movida uma ação coletiva contra a *“Macy’s”*, pois, em uma de suas

lojas, na Herald Square, em Nova York, havia um padrão de abordagens sistemáticas com base na raça, inclusive com métodos de perseguição, como seguir pessoas negras por seguranças à paisana ou por meio de vigilância por vídeo, valendo-se de “códigos de raça” para identificar pessoas negras que entravam nas lojas. Além disso, outras acusações foram formuladas, como, por exemplo, a tolerância com comentários racistas, além do fato de que 90% dos capturados por furto no estabelecimento seriam pessoas negras, assim como restrições de liberdade aos acusados e submissão a tratamentos abusivos aos suspeitos. As acusações foram confirmadas e a loja foi processada, mas foi realizado um acordo, em que a loja foi obrigada a pagar uma indenização e realizar uma série de alterações nos procedimentos de segurança, como manter registros completos dos incidentes, com informações sobre recorte racial dos envolvidos, revisar práticas e realizar auditorias.

Sobre o tema, Susana Durão e Josué Correia Paes, a partir de pesquisas antropológicas a respeito da segurança privada no Brasil, tecem importantes considerações envolvendo o tema, pontuando, a respeito do perfilamento racial que (*in* “Caso Carrefour, Racismo e Segurança Privada. São Paulo, Uniplamares, 2021):

“O *modus operandi* deste tipo de discriminação não se dá a olho nu. Ele pode ser sutil e apenas operar no plano de um olhar de desagrado e de desaprovação. Ou pode ser algo mais sério e violento e contemplar práticas permanentes de discriminação, como a que nos foi referida por um dos jovens entrevistados que relatou ser sistematicamente seguido pelo mesmo vigilante num mercado que frequenta diariamente e no qual já é conhecido. (...)

O que os jovens ajudam a entender é como funciona, e é por eles sentida, a discriminação racial cotidiana, mesmo quando não existe motivo profissional por parte dos seguranças para ter suspeição.”

Tramita, ainda, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5231/20, que, reconhecendo a prática de condutas discriminatórias no Brasil, notadamente de raça, gênero ou orientação sexual, por parte de agentes públicos e privados de segurança, entre outras providências, criminaliza condutas discriminatórias, determina a introdução de cursos relacionados a Direitos Humanos e combate ao racismo e outras formas de discriminação aos agentes públicos e privados de segurança, bem como altera a Lei nº 7.102/1983, que regulamenta a segurança privada no Brasil.

Estabelecidas essas premissas, passa-se à análise do caso concreto.

Quanto aos fatos, o autor acusa a ré das seguintes condutas:

- (a) Os seguranças do local, oficiais e à paisana, por volta das 17 horas do dia 26/10/2021, passaram a segui-lo, primeiro à distância, ao adentrar em lojas e quando sentado em um banco;

(b) A perseguição evoluiu para uma determinação de retirada do local, sendo que o autor resistiu e, no momento, os seguranças o empurraram aos gritos de “sai fora daqui”, em razão da cor de sua pele e em franca discriminação racial;

(c) A administração do shopping, após o ocorrido, e ante o contato do autor, nada fez de concreto, não adotando providências.

Restou devidamente provado, nos autos, que, de fato, o autor, no dia 26/10/2021, quando frequentava o estabelecimento da ré, “Mauá Plaza Shopping”, foi vítima do chamado perfilamento racial: foi seguido e vigiado, além de ter sido constrangido, indevidamente, a se retirar do local, por segurança do *shopping*.

Resumidamente, ocorreu o seguinte: o autor caminhava pelo *shopping*, quando, em diversos momentos, notou que estaria sendo seguido por seguranças da ré e, após questionar um dos seguranças, este teria o mandado se retirar do local.

Nesse sentido: (i) o Boletim de Ocorrência de fls. 15/16; (ii) a troca de mensagens entre as partes (fls. 18/23); (iii) a transcrição do áudio gravado pelo autor no dia da ocorrência (fls. 24/26); (iv) os vídeos relacionados ao momento da abordagem ao autor, quando este estava sentado em um banco em frente à loja “Casa das Alianças” (arquivos: 17H37M26S.dav, 17H37M30S.dav, 18H00M.dav e 18H00M002.dav).

Com relação ao Boletim de Ocorrência consta que, no dia dos fatos, o autor narrou que dois seguranças estavam vigiando os seus passos e, após questionar o motivo pelo qual estava sendo seguido, um deles, que não estaria trajado (segurança à paisana), teria dito, após discussão entre ambos, “*some daqui, vai procurar o que fazer*”. Afirma, ainda, que chamou a polícia, a qual não se dirigiu ao local, e fez reclamação.

Em mensagens trocadas com a ré (fls. 18/23), o autor narrou que notou ter sido seguido pelos seguranças do estabelecimento, tendo sido “*medido de cima a abaixo*” quando foi realizar reclamação.

Ainda, em áudio transcrito, oriundo de gravação realizada no dia dos fatos (fls. 24/26), o autor relatou ao segurança da ré, o mesmo que teria o perseguido, instantes antes, que: “*percebi que tinha gente me perseguindo, fui numa loja o rapaz foi junto comigo de camisa listrada um carequeinha ai fui numa outra loja também me perseguindo ai pensei não é possível né. Ai parei naquele carro vermelho que tinha ali (carro de exposição) eu falei deixa eu parar nesse caso. Vi que você me mediu também será que é por causa do meu traje? (...)*”. Em seguida, o segurança respondeu que “*não olhei o senhor assim entendeu pode ser comum normal*”. O autor rebate, afirmando que “*não, eu vi você me olhando dos*

pés à cabeça". Com relação ao outro segurança, que teria realizado a abordagem direta, disse o autor que *"ele veio de novo e aí falei o senhor está me perseguindo? Ele começou a debater comigo "O que que é, vai dar um role e vai sair fora daqui"."* O segurança respondeu ao autor que todos os seguranças do *shopping* trabalham uniformizados, sugerindo que este outro segurança, por não estar uniformizado, não trabalharia com a ré: *"Outras pessoas de outras lojas trabalham aqui. (...) Eu não vou identificar quem é ele. (...) Porque eu não conheço sem uniforme eu não conheço. (...) Se for o meu de uniforme sim, agora se for outra pessoa não consigo responsabilizar por isso"*.

Conforme o relato deste segurança oficial, chamado Salomão, esta pessoa que teria realizado a abordagem ao autor não estaria identificada como segurança oficial, mas a ré, em sua defesa, a fls. 73, admite que esta pessoa seria "Agente de Segurança do Condomínio". Em sede recursal, sobre esta controvérsia específica, a ré, a fls. 333/343, afirmou que *"No horário 17:47, o Apelante é visivelmente o primeiro a fazer contato com o segurança, que estava fazendo a sua ronda pela área"*.

Com relação às imagens das Câmaras de segurança, muito embora o r. Juízo de primeiro grau não tenha obtido êxito em sua visualização, foi possível o acesso aos vídeos em segundo grau (arquivos: 17H37M26S.dav, 17H37M30S.dav, 18H00M.dav e 18H00M002.dav).

As imagens, frisa-se, retratam apenas reduzida parcela de tempo em que o autor esteve no estabelecimento, de modo que não retrata a totalidade das descrições dos fatos pelo autor na inicial. Há, frisa-se, momentos em que o autor esteve no *shopping center* e que não estão registrados nas imagens juntadas, mas, o que consta dos vídeos não é bastante para afastar as alegações do autor, considerada a inversão *ope legis* do ônus da prova, a um lado, e da ausência de contribuição da ré para a produção de prova oral, já que é única parte que teria condições de produzir esta prova, a outro lado.

De qualquer forma, pelos vídeos é possível constatar, e a partir de diversas perspectivas, que, em um dado momento, o autor estava sentando em um banco em frente à loja "Casa das Alianças", sendo que havia três pessoas principais nas imagens: o autor, que, na maior parte do tempo, estaria sentado em um banco, mexendo o celular; o segurança oficial da ré (de nome Salomão, exatamente aquele cuja conversa teria sido gravada pelo autor e juntada com a inicial), que, em alguns momentos ficava parado em frente à loja "Casa das Alianças", observando os passos do autor e, em outros momentos se deslocava lateralmente, inclusive em direção ao autor; e um segundo segurança, que, em um momento específico (por volta das 17:46:43), trava discussão com o autor, oportunidade em que o manda se retirar do estabelecimento.

Nesse sentido se constata das imagens, em que há gravações entre aproximadamente 17:30 horas e 18:00 horas, em diversos ângulos e do mesmo local.

A partir da visualização do primeiro arquivo de vídeo disponibilizado pela ré (17H37M26S.dav) é possível constatar, a partir de 17:37:24, que o autor aparece no canto inferior direito da tela, mexendo no celular e caminhando em direção a um banco, localizado no corredor do *shopping*. Havia um segurança localizado próximo ao autor, parado em frente a uma loja, nas proximidades da “Casa das Alianças”. Até o instante 17:39:44, as posições se mantêm: autor fica sentado no banco mexendo no celular e o segurança parado no mesmo local, quando então o segurança passa a se deslocar, primeiro em sentido oposto, retornando em seguida, parando no mesmo local em que estava. Em diversas ocasiões, o segurança olha para os lados e, especialmente, em direção ao autor, que estava sentado mexendo no celular. As posições se mantêm até 17:44:12, quando o segurança se dirige em direção ao autor, retorna à posição às 17:44:29, quando parece falar ao celular. No instante 17:45:54 o segurança caminha em frente ao autor, olhando diretamente para ele, parando exatamente em frente ao autor, no instante 17:46:03, momento em que parece dialogar com alguém de forma eletrônica. No instante 17:46:10, o segurança se desloca aproximadamente 1 metro para o lado, olha novamente em direção ao autor, caminha por aproximadamente 3 metros para frente, quando mais uma vez olha em direção ao autor, passando a caminhar em sentido contrário, por aproximadamente 2 metros, parando novamente e dirigindo olhar ao autor (instante 17:45:27). Em seguida, caminha de costas, em direção à parede, olhando fixamente para o autor, de 17:45:28 até 17:45:38, por 10 segundos, quando então se dirige ao local onde estava inicialmente parado. No instante 17:46:55, o autor parece se incomodar com os olhares. Pouco antes, no instante 17:46:43, o outro segurança aparece no vídeo olhando diretamente o autor, passa à sua frente (17:46:47) e, logo em seguida (17:46:58), retorna em direção ao autor e ambos começam a discutir, até o instante 17:47:43. Aparentemente, em diversos momentos, este segurança parece falar com alguém no celular, enquanto discutia com o autor. No instante 17:48:07, este segundo segurança retoma seu caminho, gesticulando com os braços, aparentemente reclamando, até que, em 17:48:58, desaparece no canto superior direito da imagem.

O segundo arquivo de vídeo (17H37M30S.dav) traz imagem de câmera de segurança de um corredor, em que, ao lado direito do vídeo há uma loja “Casa das Alianças” e alguns quiosques na parte central. Cuida-se de câmera localizada em lado oposto à câmera vista no primeiro vídeo (17H37M26S.dav). As imagens revelam a mesma dinâmica do vídeo anterior, sob outro ângulo. O segurança dirige olhares diretos para o autor diversas vezes (por exemplo, em 17:38:18, 17:38:59 e 17:39:28, 17:41:41, 17:42:43, 17:43:03, 17:43:55, 17:44:41 e 17:44:55), sendo que, em alguns desses olhares, por diversos segundos. Em seguida, o segurança vai até o banco onde o autor estava, quando então para por alguns segundos (17:46:04 até 17:46:17), momento em que passa a caminhar bem em frente

ao banco do autor, olhando diretamente para ele. Ainda, o segurança fica parado alguns segundos algumas vezes, o que perdura até 17:46:43, quando então retorna ao seu posto inicial, em frente à loja “Casa das Alianças”. Em 17:46:40, o outro segurança passa em frente ao autor e, em 17:46:58, após passar em frente ao banco onde o autor estava sentado, inverte a trajetória em direção ao autor e, em 17:46:05 ambos iniciam uma conversa (cujo som não está registrado), e que perdura até 17:48:12, sendo que este homem, ao final, parece gesticular em direção ao autor. O outro segurança, parado em seu posto, acompanhava a discussão.

Há outros dois vídeos dos mesmos locais (18H00M.dav e 18H00M002.dav), que mostram, sob os mesmos ângulos, os fatos de 18:00:00 a 18:30:00, sem mais a participação do autor.

O último vídeo (003_M_211026190001.dav) mostra a sala de atendimento aos clientes do shopping.

Este Relator, a fls. 319/325, determinou que fossem prestados alguns esclarecimentos às partes, para o fim de se evitar alegação de nulidade ou de cerceamento de defesa, até porque os vídeos sequer foram analisados na sentença, e a ré se restringiu solicitar a oitiva do apelante em depoimento pessoal e testemunhas, sem apontar quais, bem como prazo suplementar para a juntada de novas imagens, restringindo-se a argumentar que o autor alterou sua versão em diversas vezes, bem como a defender a inexistência de qualquer defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC, além da denúncia da lide de seguradora. Não informou, ainda, a realização de cursos, treinamentos ou orientações a seus funcionários, relacionadas a abordagens aos consumidores, muito embora tenha sido determinado, no despacho, que fossem prestadas informações nesse sentido.

Quanto à solicitação de oitiva de testemunhas e de depoimento pessoal, evidentemente que a pretensão está preclusa, ante a dispensa de produção de provas a fls. 227 e, além disso, não trouxe a ré qualquer justificativa e não informou quem seriam essas testemunhas. Com relação à pretensão de juntada de novas imagens fora do prazo indicado, com a devida vênia, se mostra protelatória, tanto porque já poderia a ré ter juntado as imagens, quanto porque não se revela útil ao caso concreto, nos termos do art. 370, parágrafo único, do CPC/2015, e alargaria, em demasia, a análise dos fatos, sem qualquer indício mínimo de efetividade. A denúncia da lide, no mais, é vedada pelo art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.

Cabe ressaltar, ainda, que a ré não comprovou realizar orientações específicas a seus seguranças, como treinamentos, e muito menos com perspectiva racial. E não se argumenta que tais deveres, isto é, a realização de cursos e treinamento a agentes de segu-

rança privada não seriam de observância obrigatória à ré, especialmente considerado o contexto de discriminação racial no Brasil. Não apenas em razão da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecidamente aplicada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e de todos os direitos e deveres já elencados, mas também em razão da aplicação, a um lado, do Decreto nº 9.571/2018, vigente à época dos fatos, e que estabelecia Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, e, a outro lado, da observância dos chamados “Princípios Ruggie”, norma de *soft law*, aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Quanto ao Decreto, recém revogado pelo Decreto nº 11.772/2023, que instituiu Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de proposta da Política Nacional de Direitos Humanos e Empresas, seu art. 9º, exigia das empresas a identificação de riscos de impacto e violação a direitos humanos no contexto de suas operações, realizando atividades de prevenção. Os referidos princípios, por sua vez, são expressos em prever que as empresas têm uma responsabilidade independente de respeitar os direitos humanos, evitando impactar negativamente nos direitos humanos das pessoas por meio de suas atividades ou relações comerciais, devendo lidar com os danos que ocorram e viabilizar mecanismos eficazes de reparação, quando for o caso. Assim, as empresas devem cumprir todas as leis aplicáveis, respeitar direitos humanos, prover recursos adequados e eficazes em caso de descumprimento, realizando, sempre, devida diligência em direitos humanos (Princípio 17).

Desse modo, a natureza privada da segurança não retira o seu caráter de segurança cidadã, isto é, voltada à paz, à convivência pacífica entre as pessoas e a partir da perspectiva dos direitos humanos, com maior ênfase na prevenção e controle da violência e da insegurança.¹ Deveria a ré, assim, oferecer cursos e treinamentos específicos a seus seguranças privados, com enfoque em direitos humanos e com perspectiva racial, para o fim de abolir, entre outras práticas, o perfilamento racial nas atividades de segurança privada.

Assim, está claro, pelas provas produzidas e pelo cenário brasileiro de discriminação racial, que, de fato, a irresignação inicial do autor procede, isto é, foi seguido pelos seguranças da ré, sem qualquer motivação aparente, senão em razão de se tratar de pessoa negra, bem como pelos seus trajés e, após, foi determinada a sua retirada do local por outro segurança.

Passa-se à fixação dos danos morais.

O dano moral, ainda mais sob uma perspectiva constitucionalizada do direito civil, somente se configura quando houver lesão à dignidade humana e seus substratos: liberdade, igual-

1 Sobre o tema da segurança cidadã são importantes as conclusões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no “Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos. 2009.”. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>. Acesso em 27/02/2024.

dade, solidariedade e integridade psicofísica. Nesse sentido a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes (Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro, Editora Processo, 2017, pág. 327):

“Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”.

No caso, há violação à integridade psicofísica do autor, bem como à liberdade de contratar e à igualdade perante a lei.

Em atenção às finalidades compensatória e punitiva da indenização por danos morais, e à razoabilidade e à proporcionalidade, fixa-se o seu valor em R\$ 25.000,00, a ser corrigida monetariamente a contar da publicação do acórdão e com juros de mora a partir da citação.

Dá-se provimento ao recurso para, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, julgar parcialmente procedente o pedido e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais em R\$ 25.000,00, a ser corrigida monetariamente a contar da publicação do acórdão e com juros de mora a partir da citação. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios no valor mínimo previsto pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do art. 85, § 8º-A, do CPC/2015.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ALFREDO ATTÍE

Relator



MENÇÃO HONROSA

DIREITOS DOS AFRODESCENDENTES

PROCESSO Nº 0010798-12.2022.5.03.0011

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

JUÍZA PAULA OLIVEIRA CANTELLI

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO
04ª Turma

PROCESSO nº 0010798-12.2022.5.03.0011 (RORSum)

RECORRENTE: MARIA EDUARDA NEVES RODRIGUES SILVA, AROMA ALIMENTOS LTDA - ME

RECORRIDO: MARIA EDUARDA NEVES RODRIGUES SILVA, AROMA ALIMENTOS LTDA - ME

RELATOR(A): PAULA OLIVEIRA CANTELLI

Acórdão

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pela sua Quarta Turma, na Sessão de Julgamento Ordinária Híbrida, realizada no dia 9 de agosto de 2023, por unanimidade, conheceu dos recursos ordinários interpostos, porquanto próprios, tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade; no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso da ré; por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso da autora, para: **a)** majorar o valor devido a título de indenização por danos morais para **R\$30.000,00** e **b)** majorar o percentual de honorários advocatícios devidos aos patronos da obreira para 10% do valor líquido da condenação, vencida, parcialmente, a eminente Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães que majorava o valor da indenização por danos morais para R\$10.000,00, por se tratar de microempresa. Custas majoradas para R\$600,00, calculadas sobre R\$30.000,00, valor arbitrado à condenação. A d. Turma determinou a aposição do **Selo Histórico** no presente processo e, também, o encaminhamento do v. acórdão para publicação na Revista do TRT.

DADOS CONTRATUAIS: Conforme será a seguir demonstrado, a autora foi convocada para iniciar a prestação de serviços para a ré no dia **21/02/2022**, na função de recepcionista.

MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS

DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL

DE RAÇA E DE GÊNERO.

A ré não se conforma com a sua condenação no pagamento de indenização por danos morais. Alega que a sentença é *extra petita*, pois reconheceu a existência de danos morais em razão de fundamentos diversos daqueles trazidos em exordial, já que sedimentou a inexistência de discriminação racial. Alega que a não contratação formal da obreira se

deu em razão da política da empresa sobre acessórios corporais, o que está dentro do seu poder diretivo. Sucessivamente, pugna pela diminuição do *quantum* indenizatório.

A autora, por seu turno, requer a majoração do valor arbitrado à indenização pelos danos morais sofridos, argumentando que fora vítima de ofensas suficientemente graves, fundadas em suas características físicas.

FUNDAMENTOS DA SENTENÇA

“A autora relata que sofreu dispensa discriminatória pela ré devido ao fato de ser negra e usar tranças, piercing e ter tatuagem.

A ré se opõe e alega que foi realizada uma entrevista de emprego, que não foi ultrapassada a fase pré-contratual e que não houve nenhum preconceito, que dentro do poder diretivo da empresa é razoável a exigência durante o expediente que seus colaboradores se abstenham de usar “piercings”.

Examina-se.

*Pela conversa tida entre a irmã da Sra. Eliene e a mãe da autora, **ela não foi chamada para uma entrevista, mas para já começar a laborar na reclamada.** Vê-se às fl. 31 que a Sra. Eliete pergunta sobre a possibilidade da autora iniciar de imediato o labor na ré.*

A reclamada confirma que deixou de contratar a reclamante por esta usar piercing e cabelo com trança, alegando que este perfil visual não condiz com a política da ré, considerando o perfil de seus clientes.

Mesmo que a autora não tivesse ainda sido contratada, os fatos ocorridos no que seria então uma entrevista de emprego são graves e, sem dúvidas, causaram sofrimento psicológico na autora. Vejamos.

No presente caso, embora o uso de dreadlocks ou tranças seja associado a pessoas negras, não há elementos que indicam relação com o racismo, mas sim com um comportamento discriminatório, decorrente de viés da aparência, na qual uma pessoa é julgada com base em seu físico, em sua roupa ou em sua adequação (ou não adequação) aos padrões de beleza. Esse tipo de viés, em não raros caso, manifesta-se inconscientemente.

Empresas que apresentam uma cultura organizacional mais tradicional podem considerar corpo com tatuagens e piercing, bem como o uso de dreadlocks como uma ameaça para o negócio, uma vez que a presença desses não seria compatível com a ocupação de determinado cargo, por não retratarem os padrões de comportamentos e os valores da organização. Tal conduta organizacional vai de encontro à diversidade cultural no mercado de trabalho, ao se sustentar na crença de que a aparência visual do colaborador deve representar a imagem empresa, além de passar determinada mensagem para os clientes.

O trabalho que a autora exerceria na reclamada seria o de recepcionista. O uso de piercing e cabelo com tranças em nada prejudica a execução de tal atividade. Nada além do mais puro preconceito com tal aparência poderia justificar a ação da ré, de não contratar a autora por estes motivos.

Houve então na atitude da ré uma discriminação contra a autora, mesmo que não de cunho racial, ferindo sua dignidade e imagem, bens jurídicos imateriais resguardados pela Constituição, em sua art. 5º, incisos V e X, merecendo o devido reparo.

Presentes, então, os pressupostos para a responsabilidade civil aquiliana da reclamada, quais sejam, o dano, a atitude culposa e o nexo de causalidade entre o dano e a atitude da ré.

Em vista das circunstâncias narradas acima, a reclamante possui direito ao deferimento de compensação por danos morais, ora arbitrada em R\$4.000,00, valor que se entende condizente com o dano experimentado. É ainda o valor suficiente para o efeito didático-pedagógico de evitar que a reclamada promova novas lesões, bem como não acarreta enriquecimento sem causa da autora.” (Id 4638e1f - Págs 1 a 3).

FUNDAMENTOS DE REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA

A condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, com base nos fundamentos expostos na r. sentença não se revela *extra petita*, pois que cabe ao julgador analisar o caso posto e aplicar a Lei, da forma como melhor entender (arts. 4º e 5º, da LINDB), o que ocorreu.

Na petição inicial, a autora relatou que se apresentou na ré no dia **21/02/2023**, para início da prestação de serviços como **receptionista**, mas fora impedida de exercer as atividades em razão de sua aparência física, seja diante do uso de *piercing*, de tatuagem, de adereços, de unhas grandes e pintadas e de cabelo com tranças (Id 8ddc536 - Págs. 3 e 4).

Examino.

Há no ordenamento jurídico brasileiro um complexo de normas, regras e institutos que tem o objetivo de evitar atos discriminatórios. A Constituição da República de 1988 abraça o princípio da igualdade e de direitos com o objetivo de fazer com que todos os cidadãos sejam tratados de forma igualitária. Ou seja, não podem ser feitas diferenciações além daquelas consentidas, expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico brasileiro. (CANTELLI, 2007, pág. 39)

Qualquer forma de discriminação agride os ideais democráticos do Estado. Por isso, discriminar é transgredir o princípio constitucional da igualdade; é violar a própria Constituição Federal, é afrontar a democracia. Em termos mais precisos, é violar direitos de uma pessoa em função de determinada ação ou omissão, abalizada em critérios contrários à justiça, à lei, como, por exemplo, sexo, idade, cor ou raça. (CANTELLI, 2007, pág. 39).

Apesar das normas e dos princípios antidiscriminatórios, muitas vezes a discriminação manifesta-se de forma oculta, indireta e sutil, criando

desigualdades em relação a grupos específicos de pessoas. Pode ocorrer em qualquer lugar, por qualquer motivo, sob diversas formas. Como ensina Márcio Túlio Viana, qualquer pessoa pode ser vítima de discriminação, simplesmente por ser como é ou por ser o que é. (CANTELLI, 2007, pág. 40).

No caso *sub judice*, analisando-se a petição inicial, bem como a foto da carteira de identidade (Id f92e3fd) e o vídeo da audiência de instrução (Id bbd4c36), verifica-se que a autora é uma mulher negra, que utiliza tranças no cabelo.

A autora anexou aos autos os áudios de *whatsapp* (Id 52f792d e seguintes), a ata notarial, em que foram transcritos os referidos diálogos realizados no aplicativo (Id e1f89fa), os REDS de procedimento investigativo na polícia civil (Id 224f1aa), os laudos e os receituários médicos (Ids 1e15407 e ab004fd).

Extraí-se da referida ata notarial, o teor do diálogo realizado entre a mãe da autora e a Sra. Eliete, que, na conversa, se apresenta como uma das sócias da ré:

"[...] 21/02/2022 10:40 - (+55) 31 9 9692- 8812 - duração

1min19seg: Sol tá boa meu bem? Sol, deixa eu te explicar uma coisa, espero que cê não fique chateada e me entenda. É o seguinte... é porque a Maria Eduarda ela tá com piercing e aqui a gente não contrata éé... pessoas com piercing e e tatuagem, sabe? E o cabelo rastafári também, porque? Igual a gente conversou com ela, espero que cê me entenda... não é a questão da gente ter preconceito não é nada disso, porque ela é maravilhosa! Porém, é o perfil do cliente daqui, porque são os clientes do Tribunal e eles são suuuuper chatos, super chatos! A gente já teve garçom aqui, queeee a gente teve que demitir, garçom até bom porque, não tinha... bom assim... não tinha o perfil físico, sabe? Então assim... tinha tatuagem! Essas coisas e eles não gostam... é é o tipo... cada casa tem um perfil, né? Então assim, espero que cê não fique chateada comigo, não fique triste, mas ééé... na verdade assim... foi só por isso! Mas ela assim, é linda! Ia ficar perfeito, mas infelizmente a gente não pode contratar! Tá bom amor? Beijo!"

21/02/2022 12:55 - (+55) 31 9 9872-5089 - duração

*2min03seg: Ô Eliete... pois é menina, mas é não tem jeito de não ficar triste, né? Fiquei triste sim! Porque hoje em dia né... isso é tão normal, né? Tatuagem! **Ela não tem tatuagem, o piercing ela poderia tirar, claro!**, né? E o cabelo nem é **rastafari, né? O cabelo dela é trança, sabe?** É Muito bem cuidado ééé... infelizmente né isso aí é preconceito sim! Sabe porque? Porque por exemplo, uma pessoa que chega pra você pra falar de uma pessoa, de um funcionário seu que tenha tatuagem... nossa que coisa triste! Ainda mais pessoas que trabalham com a Justiça, né? Que a gente sabe que isso é crime, né? É preconceito, né? E outra, esse pessoal toda aí de Tribunal de Justiça... ihhhh minha filha, por baixo desses ternos, dessas camisas de manga comprida, eles tão tudo tatuado. Mas tudo bem, né? Se o seu restaurante não aceita é essas pessoas, tem que ser pessoas do padrão, né? Não tem problema! Te agradeço, né? De cê ter entrevistado ela... eee e só lamento né de... de não ter essa inclusão, né? Ainda mais assim que eu eu essa eu nunca esperava mesmo, juro pra você, porque ainda mais te conhecendo como eu te conheço, né? Uma pessoa que que lida na igreja e tudo né?*

Achei que a religião é ajudasse, né? A incluir as pessoas e não de afastar, né? De tirar a pessoa do trabalho, porque ela tem uma tatuagem ou porque o cabelo dela é diferente... mas tá bom, tá ótimo! Te agradeço viu, muito obrigada, que Deus te abençoe!;

21/02/2022 13:53 - (+55) 31 9 9692- 8812 duração 1min45seg: *Ôoo Sol tudo joia meu bem? Olha... assim... eu queria que ficasse bem claro que eu Eliete, eu não tenho preconceito não... tanto é que eu lido com pessoas de todos os tipos na igreja, entendeu? Então assim... nenhum nenhum nenhum nenhum. **Agora cada empresa tem um perfil de profissional, né? Por exemplo, o banco ele pega um perfil de profissional, o Tribunal pega outro, cada empresa tem um perfil de profissional. Eee assim é, isso não é uma coisa minha, entendeu? É uma coisa assim, dá porque nós somos três sócios, né? Então assim... cê sabe muito bem como é que é a tal da sociedade.** Então assim... é não tem preconceito nenhum nenhum nenhum, de jeito nenhum! **Tanto é que eu te falei, eu achei muito bonita, menina apresentável, com um corpo bonito, só que... aqui no restaurante, os próprios, é que igual o cê falou, quem mexe com a justiça é pior, né? Infelizmente!** Então assim... não é a gente, é porque a gente vai conhecendo na clientela e vai adequando a comida vai adequando é o tipo de profissional que tem que saber mexer com essas pessoas... então... ééé... mas infelizmente assim... é o perfil que foi traçado durante todos esses 11 anos de restaurante, entendeu? Mas não fica chateada por isso não, Deus vai abrir uma porta melhor para ela, né? Com Deus! Brigada viu? [...]"*. (Original sem destaques).

Em sua defesa (Id 1344e9f), a ré **não negou** as acusações, nem tampouco impugnou os áudios e as transcrições acostados pela autora, afirmando, apenas, que agiu dentro dos limites do seu poder diretivo, não se configurando discriminação ou racismo.

Aliás, na audiência de instrução realizada (Id bbd4c36), a preposta da ré, Sra. Eliene El Malih, confirmou que os áudios foram enviados à mãe da autora, por sua irmã (00min-54seg). Afirmou que a autora ocuparia a função de recepcionista mas, **como portava cabelo trançado e piercing, não se encaixou no perfil daquela função**, que exigia contato direto com público *tradicional*. Destacou a preposta que a autora poderia ocupar outras funções na ré, mas não de recepcionista (05min00seg). Asseverou, ainda, que para a recepção, seria necessário alguém com cabelo curto e sem *piercing* (09min25seg). Frisou a preposta que a autora se propôs a tirar o *piercing*, mas, ainda assim, seu **cabelo também estaria em desconformidade com o código de postura da empresa**. Segundo a Sra. Eliene, pelo referido código de postura, somente pessoas com **cabelo "mais tradicional"** podem exercer a função de recepcionista (10min57seg).

Verifica-se que é incontroverso que a autora foi convocada para iniciar a prestação de serviços, mas, ao chegar nas dependências da ré, não pôde prestar suas atividades, em razão de sua aparência física, de seu tipo de cabelo específico e de adereços.

O conjunto probatório - especialmente o depoimento pessoal e a ata notarial - exposto nos autos demonstra que **a preposta da ré admitiu que**, mesmo se a autora retirasse o

piercing que utilizava, **continuará não se encaixando no perfil adequado para exercer a função de recepcionista, em razão de seu cabelo trançado.**

Ao contrário do que entendeu o d. magistrado primevo, a situação exposta nos autos configura **discriminação de cunho nitidamente racial, porquanto o estilo de tranças da autora é, dentre outros, há séculos, utilizado majoritariamente por mulheres negras como símbolo de sua identidade étnico racial.**

Conforme esclarece a professora Nilma Lino Gomes, para a mulher negra, a manipulação do cabelo é uma forma de expressão da corporeidade e da cultura, remetendo a uma raiz ancestral:

*“Por mais que a escravidão e a diáspora negra tenham obtido sucesso na despersonalização do negro, por mais que a mistura racial tenha mesclado corpos, costumes e tradições e por mais que o contato com o branco tenha disseminado um processo de discriminação intrarracial entre os negros e introduzido uma hierarquização racial que elege o tipo de cabelo e a cor da pele como símbolos de beleza ou de feiura, todo esse processo não conseguiu apagar as marcas simbólicas e reais que nos remetem à ascendência africana. **O corpo, a manipulação do cabelo são depósitos de memória.***

[...]

*Esta pesquisa revela que não é só por mera vaidade ou por não se sentirem satisfeitos com a sua aparência que os negros e as negras dão tanta atenção ao cabelo. **Para o homem e a mulher negra, manipular o cabelo representa uma entre as múltiplas formas de expressão da corporeidade e da cultura, as quais remetem a uma raiz ancestral**” (GOMES, 2019, págs. 344 e 345). Destaques acrescidos.*

No mesmo sentido são as lições de Aline Cristina Araújo de Aguiar, que ensina que o movimento de aceitação do cabelo e da estética negra se entrelaça com atos de empoderamento, de autoaceitação e de resgate das raízes históricas da cultura dos afrodescendentes. Em função do racismo que estrutura nossa sociedade, a estética negra tem sido, ao longo dos tempos, rejeitada pela sociedade:

“O cabelo é um elemento corporal extremamente significativo e representativo na construção da feminilidade. Ele também é um condutor de mensagens, instrumento político e símbolo preponderante da diferenciação racial.

Como vimos, no contexto em que vivemos, de herança colonialista, o branco é marcado como padrão, inclusive de beleza, e o cabelo cacheado/crespo natural é colocado em um lugar de inferioridade em relação ao liso, por isso, durante muitos anos, os negros conviveram com discursos naturalizados de um padrão de beleza que nega a estética afro e afirma modelos eurocêtricos. Uma relação conflituosa já que há um padrão ideal, branco, e um padrão real negro: pardo e preto.

Para os afrodescendentes, as experiências estéticas começam na infância, e na perspectiva do cabelo, a rejeição aos fios naturais está primordialmente relacionada ao volume das madeixas. Este parece-nos um ponto fundamental: é por causa do volume, sempre associado aos termos depreciativos do cabelo natural, como “juba”, “sarará”,

“leão”, “vassoura”, numa perspectiva de negação, inexistência e desumanização, que as mulheres participantes do concurso se submetem ao alisamento.

Em todos os relatos que analisamos, alisar o cabelo com produtos químicos foi, portanto, a alternativa das enunciantes para se inserirem no mundo branco, determinado como padrão. Essa submissão, porém, trouxe uma série de consequências como, e principalmente, o apagamento das suas raízes.

A retomada ao cabelo natural é um reposicionamento. Embora algumas decisões sejam políticas, muitas acontecem por causa da violência física e emocional que essas mulheres passaram por causa das químicas de alisamento vista como solução para alcançar o cabelo liso.

A aceitação do cabelo natural é um processo demorado, doloroso, que flutua entre a negação e a aceitação e traz, na maioria das vezes, a conscientização da opressão que foram submetidas. O problema não é o cabelo, nunca foi, mas os imaginários criados acerca dele.” (AGUIAR, 2021, pág. 122). Destaques acrescidos.

Seja como for, qualquer ato e/ou conduta contrários a símbolos identitários da **população negra** representam formas de manifestação de discriminação em razão da raça e da cor.

Verifica-se, ademais, que a preposta da ré admitiu que a autora poderia tão somente ocupar funções nas quais **não tivesse muito contato com o público**. Essa afirmação remete às décadas passadas, quando era possível encontrar anúncios de jornais em busca de trabalhadoras negras para o labor nos *fundos da cozinha*, reservando-se as funções de maior visibilidade e contato com o público para *“candidatas com boa aparência”*, expressão que, em verdade, constituía eufemismo para o que verdadeiramente se buscava: **mulheres brancas**.

Extraí-se dos autos que a ré efetivamente perpetua a conduta de tratar seus trabalhadores de forma discriminada, uma vez que, nas fichas de registro colacionadas (Ids 0240c7c e 393c9e2), é possível perceber que os trabalhadores negros da demandada ocupam cargos de *“auxiliar de serviços gerais”* e *“saladeira”*, funções que, sabidamente, não têm o mesmo contato com o público que uma *“receptionista”*.

Atitudes como esta, a longo prazo, repercutem privilégios concedidos a uma determinada classe racial em detrimento de outra, contribuindo para a manutenção de pessoas brancas em empregos com maior remuneração e com mais prestígio social. Assim, nutre-se esse *ciclo vicioso* imposto pela discriminação de raça, de cor e de gênero, no mercado de trabalho brasileiro. E o que é pior: a discriminação gera mais exclusão social. Se esse *ciclo* não for rompido, a sociedade estará, cada vez mais, impregnada pelo racismo.

A professora Nilma Lino Gomes leciona que o mercado de trabalho, muitas vezes, gera na população negra a necessidade de se adequar aos padrões estéticos *“socialmente aceitos”*, a partir da discriminação em relação ao cabelo:

“Durante o trabalho de campo, enquanto conversava com algumas clientes, ouvi de algumas delas depoimentos que atestavam que, além de ser um gosto pessoal, o alisamento do cabelo era uma condição para conseguirem ou permanecerem no emprego. Segundo elas, alguns setores de trabalho não admitem mulheres negras usando cabelos crespos, tranças, estilo bçack power, nem homens negros com cortes afro e dreadlocks. Uma dessas mulheres trabalha como nutricionista, outra na área do Direito e a terceira é atriz.

Vemos, então, que o mercado de trabalho também opera com uma representação de estética e beleza negra. Ao fazê-lo, alguns setores privilegiam determinado estilo de cabelo do negro considerado mais próximo do padrão estético branco. **O negro e a negra se veem diante de um conflito que envolve não só a escolha de um determinado estilo de cabelo, mas também questões de sobrevivência, raciais, políticas e identitárias**” (GOMES, 2019, pág. 197).

Esclareço que, para o professor Silvio Luiz de Almeida, “*racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas **conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam***” e a *discriminação racial é “a atribuição de tratamento diferenciado a membros de grupos racialmente identificados”* (ALMEIDA, 2019, págs. 22 e 23).

Destaca-se, ainda, que, segundo Silvio Luiz de Almeida, o racismo é estrutural porque está institucional e estruturalmente enraizado na forma como se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, de tal sorte que, muitas vezes, os indivíduos reproduzem comportamentos racistas de forma inconsciente, justamente porque esse comportamento está naturalizado.

No dia 13 de maio de 2023, o Brasil completou 135 anos da abolição formal da escravidão. No entanto, o que se percebe é que o país continua envolvido em um sistema de “racismo estrutural”, fundamentado em uma sociedade com profunda desigualdade social, que ainda se curva à escravidão moderna e à intensa discriminação no mercado de trabalho, seja em razão da raça, da cor e/ou do gênero (além de diversas outras formas de discriminação, tão sórdidas como a aqui analisada).

Pode-se dizer que a discriminação em razão da raça (e, consequentemente o racismo) permanece em nossa sociedade como uma herança “maldita”, que tem se transformado ao longo dos tempos, revelando - dia após dia - novas faces, novas roupagens, novos disfarces, que tentam maquiagem a realidade, mas, sempre desvelam a mesma essência sórdida e perversa utilizada no passado, aviltando a dignidade humana.

É preciso sempre lembrar o caso emblemático de Simone Diniz, que, em 1997, foi rejeitada em uma vaga de empregada doméstica por ser negra. Simone levou o caso às

autoridades brasileiras, que, no entanto, o arquivaram, por não vislumbrarem a existência de crime de discriminação ou preconceito de raça. Em 2006, o Brasil foi condenado pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, que reconheceu ser evidente o racismo perpetrado contra Simone, não só pela anunciante da vaga que preferia “**candidatas brancas**”, como também pelas próprias autoridades brasileiras, que sedimentaram a discriminação, ao arquivarem o caso. Ressalte-se trecho da referida decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“[...] 107. A Comissão chama a atenção do governo brasileiro que a omissão das autoridades públicas em efetuar diligente e adequada persecução criminal de autores de discriminação racial e racismo cria o risco de produzir não somente um racismo institucional, onde o Poder Judiciário é visto pela comunidade afro-descendente como um poder racista, como também resulta grave pelo impacto que tem sobre a sociedade na medida em que a impunidade estimula a prática do racismo.

108. A Comissão gostaria de concluir dizendo que é de fundamental importância estimular uma consciência jurídica capaz de tornar efetivo o combate à discriminação racial e ao racismo pois o poder judiciário de um país deve ser um sistema de uso eficaz porquanto é instrumento imprescindível no controle e combate à discriminação racial e do racismo.

109. Em razão do tratamento desigual conferido pelas autoridades brasileiras à denúncia de racismo e discriminação racial feita por Simone André Diniz, revelador de uma prática generalizada discriminatória na análise desses crimes, a Comissão conclui que o Estado brasileiro violou o artigo 24 da Convenção Americana, em face de Simone André Diniz.(...)”. (CIDH, 2006)

Vale destacar que, atento ao combate da discriminação racial, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em 2023, condenou os réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, em razão do tratamento dispensado às empregadas domésticas, destacando-se a existência de “**racismo estrutural e institucional no que concerne à sistêmica negação de direitos trabalhistas das mulheres pertencentes à categoria domésticas**”. (Tribunal Superior do Trabalho. RRAg-597-15.2020.5.06.0021. 3ª Turma. REL. MIN. Alberto Bastos Balazeiro. Data de publicação: **30.06.2023**).

Por fim, cumpre lembrar que as mulheres negras são diariamente vítimas de discriminação interseccional: de raça e de gênero e, muitas vezes, ainda, de classe social. Conforme explicita Kimberle Crenshaw, é imprescindível essa constatação para o avanço da sociedade em direção à proteção dos direitos humanos (CRENSHAW, Kimberle, 2002).

É importante mencionar que a discriminação direcionada à mulher negra no mercado de trabalho é, muitas vezes, mais intensa do que àquela dirigida aos *homens* ou aos *homens negros*. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2019 (PNADC/IBGE), apenas 53,5% das mulheres negras com 15 anos ou mais de idade participa da força de trabalho, o que evidencia maiores dificuldades de inserção no

mercado de trabalho, quando comparadas aos homens brancos (74,1%), homens negros (73,5%) e mulheres brancas (55,7%). (IBGE, 2019). Sabe-se que os pretos e pardos no Brasil, segundo dados da PNADC para o 2º trimestre de 2023, representam há anos, a maior parte da população desempregada, sendo que dos 8,6 milhões de pessoas desocupadas no país, 50,6% são pardas, 14,5% são pretas e 33,8% são brancas. (IBGE, 2023).

Além disso, os indicadores sociais do IBGE de 2021 apontaram que as *mulheres pretas ou pardas* representavam os maiores percentuais de pessoas *pobres e extremamente pobres* no Brasil (11,6% e 39,0%, respectivamente). (IBGE, 2021).

Diante do exposto e com base no conjunto probatório dos autos, verifica-se a ocorrência de discriminação em razão da autora ostentar um cabelo tipicamente utilizado por mulheres negras, havendo, portanto, confluência entre a discriminação de raça e de gênero.

Portanto, tenho por comprovado o tratamento discriminatório dispensado à obreira, **em razão de esta ostentar símbolos de identidade negra**, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico, sendo devida indenização por danos morais.

A responsabilidade civil tem previsão nos artigos 5º, incisos V e X, e 7º, inciso XXVIII, da CR/88, bem como nos artigos 186 e 927, do Código Civil, sendo necessários para a configuração do dever de indenizar, que se constatem, ao mesmo tempo, três pressupostos essenciais, quais sejam: ocorrência do dano, ação/omissão dolosa ou culposa do agente, nexo causal entre a ação/ omissão e o prejuízo.

Vale lembrar que a responsabilidade civil do empregador abrange também a fase pré-contratual, consoante o art. 442 do Código Civil, o qual assegura a boa-fé nas negociações preliminares, possibilitando a responsabilização da parte que, desistindo da concretização do negócio, cause prejuízos à outra parte.

Nelson Rosenvald esclarece que os *entabulantes* - ainda não contratantes - podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato, pois a responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além de expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material. (ROSENVALD, 2023. pág.655)

Importante destacar, também, o apontamento do ilustre autor Sérgio Cavalieri Filho acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance (FILHO, 2008. pág. 75):

“Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”.

Em outras palavras, a perda de uma chance é caracterizada pela privação do empregado à obtenção de determinada vantagem, em razão de ato ilícito praticado pelo empregador, como ocorreu *in casu*.

No caso, foram preenchidos todos os pressupostos que impõem à ré a responsabilidade por danos causados à autora, os quais decorrem da ilicitude do ato perpetrado, sendo o dano ***in re ipsa***, eis que na contramão da concretização dos direitos fundamentais à dignidade humana.

Mesmo que fosse o caso de comprovação do dano causado à autora, estes foram suficientemente provados nos autos pelo relatório de Id 1e15407, em que se lê que:

“[...] no atendimento realizado no dia 24/02/2022, a Srta. Maria Eduarda se mostrou visivelmente abatida, com pouca disposição para falar. Foi percebido imediatamente que algo havia acontecido que a levou àquele estado corporal de tristeza e que até a voz estava embargada, ela estava profundamente abalada. No processo da sessão, a Srta. Maria Eduarda foi questionada sobre o motivo pelo qual se encontrava daquela forma. A mesma relatou uma situação de entrevista de emprego realizada no dia 21/02/2022 em um restaurante localizado na Av. Afonso Pena, no bairro Cruzeiro em Belo Horizonte, Minas Gerais, em que no processo da entrevista ela sofreu preconceito por usar piercing, pois foi solicitado a retirada do piercing, porém após várias tentativas, o mesmo não pode ser retirado, sendo oferecido pela própria Srta. Maria Eduarda se necessário tampá-lo com um band-aid ou esparadrapo. Descreve também as críticas que fizeram a ela em relação às suas tranças no cabelo e de sua aparência. Expressa na sessão que foi ofendida e injuriada com o tratamento recebido pelo estabelecimento, se sentindo vítima de preconceito. Relata que esse fato lhe afetou a ponto de não conseguir dormir à noite, pois sentiu uma discriminação forte pela sua forma estética que nada influenciaria no trabalho que iria realizar, pois ela se sente competente e com habilidades para exercer o trabalho.” Destaques acrescidos.

Ademais, a testemunha Shirlei Bazoli Grasso depôs que, no dia do ocorrido, estava varrendo o corredor e viu a autora passando chorando, então foi na casa da mãe da autora e ouviu o relato do ocorrido; tendo a mãe da autora informado que esta se preparou para trabalhar, com a vestimenta adequada e que, chegando lá, foi impedida de trabalhar, em razão de piercing, cabelo, unha grande. (18min30seg).

Em relação ao *quantum* indenizatório, *d.m.v* do entendimento adotado pelo d. magistrado sentenciante, R\$4.000,00 configura valor irrisório e desproporcional à gravidade da situação relatada nos autos.

A indenização não pode ser fixada em valor tão elevado que importe enriquecimento sem causa, nem tão ínfimo que não seja capaz de diminuir o sofrimento do trabalhador, nem sirva de intimidação para a ré.

Em casos semelhantes a este, o Col. TST tem fixado valores muito superiores para a indenização, veja-se:

"I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO.

ATO VEXATÓRIO. Merece provimento o agravo por possível violação do art. 5º, V, da Constituição Federal. Agravo conhecido e provido. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO.

*ATO VEXATÓRIO. Merece provimento o agravo de instrumento por possível violação do art. 5º, V, da Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e provido. III - RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. ATO VEXATÓRIO. **COMENTÁRIO DEPRECIATIVO E RACISTA ACERCA DO***

FILHO DA AUTORA. Trata-se de caso de pedido de indenização por danos morais em virtude de tratamento vexatório, uma vez que a autora foi vítima de comentário depreciativo por parte da proprietária do estabelecimento acerca do filho daquela e da futura semelhança com um cliente (de pele escura e cabelo rosa). A conduta da proprietária ao dirigir comentário depreciativo ao filho da autora caracteriza ofensa grave. Não há como tolerar o tratamento vexatório dispensado à empregada, uma vez que nada justifica práticas dessa natureza, que vilipendiam a dignidade humana e a personalidade do trabalhador, advindas daquele que tem o dever de zelar pelo salutar ambiente de trabalho. Embora não possa ser mensurada a dor, faz-se necessário que o julgador determine o valor a ser pago pelo empregador pelo sofrimento causado ao empregado. Busca-se imputar ao empregador uma pena pelo ato ilícito e ao empregado atenuar o sentimento de injustiça. Comprovado o ato ilícito resulta devida uma reparação proporcional. No caso ora em exame, o Juízo Primeiro arbitrou o valor de R\$20.000,00 a título de danos morais, o qual o eg. TRT considerou como desproporcional ao caso sob análise, principalmente ao se considerar o salário da autora (última remuneração de R\$ 2.473,14) assim como o lapso total de seu contrato, o qual perdurou por apenas cinco meses. Houve rearbitramento para R\$5.000,00. **Ora, o salário percebido pelo empregado não é fundamento para fixação do quantum indenizatório.** A gravidade da ofensa ponderada com o porte da empresa leva à real fixação. Assim, verifica-se que o valor **arbitrado pela r. sentença, em R\$20.000,00, atende ao princípio da proporcionalidade, diante do quadro delineado. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, V, da CF e provido"** (RR-725-89.2015.5.12.0038, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 10/02/2017). Destaques acrescidos.

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Demonstrada possível violação dos arts. 186 e 927 do Código Civil, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. DISCRIMINAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

Consoante se infere do acórdão do Tribunal Regional, a reclamada possui um guia de padronização visual para seus empregados, no qual não constam fotos de nenhum que represente a raça negra. Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência

baseada exclusivamente na cor da pele, raça, nacionalidade ou origem étnica pode ser considerada discriminação racial. No caso, a falta de diversidade racial no guia de padronização visual da reclamada é uma forma de discriminação, ainda que indireta, que tem o condão de ferir a dignidade humana e a integridade psíquica dos empregados da raça negra, como no caso da reclamante, que não se sentem representados em seu ambiente laboral. Cumpre destacar que no atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, toda a forma de discriminação deve ser combatida, notadamente aquela mais sutil de ser detectada em sua natureza, como a discriminação institucional ou estrutural, que ao invés de ser perpetrada por indivíduos, é praticada por instituições, sejam elas privadas ou públicas, de forma intencional ou não, com o poder de afetar negativamente determinado grupo racial. É o que se extrai do caso concreto em exame, quando o guia de padronização visual adotado pela reclamada, ainda que de forma não intencional, deixa de contemplar pessoas da raça negra, tendo efeito negativo sobre os empregados de cor negra, razão pela qual a parte autora faz jus ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso de revista conhecido e provido” (RR-1000390-03.2018.5.02.0046, 2ª Turma,

Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 04/12/2020). Destaques acrescidos.

Assim, dou parcial provimento ao recurso da autora, para majorar o valor da indenização devida para R\$30.000,00.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A autora pugna pela majoração do percentual de honorários advocatícios deferido aos seus patronos, fixando-os em 15%.

FUNDAMENTOS DA SENTENÇA

“Condeno a reclamada, conforme art. 791-A da CLT, a pagar honorários advocatícios sucumbenciais, no importe de 05% sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença.” (Id 4638e1f - Pág. 3)

FUNDAMENTOS DE REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA

Concessa *vênia* do entendimento adotado na origem, o percentual de 5% do valor líquido da condenação não é compatível com os requisitos estabelecidos no art. 791-A, §2º, da CLT.

Dou provimento parcial ao pedido para majorar a verba honorária devida aos patronos da autora para 10%.

PAULA OLIVEIRA CANTELLI
Desembargadora Relatora

Tomaram parte neste julgamento as Exmas.: Desembargadora Paula Oliveira Cantelli (Relatora), Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães e Desembargadora Denise Alves Horta (Presidente).

Representante do Ministério Público do Trabalho presente à sessão: Maria Christina Dutra Fernandez.

Composição da Turma em conformidade com o Regimento Interno deste Regional e demais Portarias específicas.

Sustentação Oral: Dr. Marcus Vinícius da Silva Mattos, pela 1ª recorrente.

Válbia Maris Pimenta Pereira

Secretária da Sessão

PAULA OLIVEIRA CANTELLI
Desembargadora Relatora

POC 14/3

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** São Paulo: Pólen, 2019.

AGUIAR, Aline Cristina Araújo de. **Resistir e Reexistir: análise discursiva de narrativas de vida sobre transição capilar**. Dissertação (mestrado). Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Estudos de Linguagens, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://sig.cefetmg.br/sigaa/verArquivo?idArquivo=3696750&key=ee97c5b68555aa57867716ece0853407>. Acesso em 16/08/2023.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O Trabalho Feminino no divã: dominação e discriminação**. São Paulo: LTr, 2007.

CIDH, Relatório N° 66/06. **Caso 12.001. Simone André Diniz v. Brasil**, 21 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em 01/08/23.

CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. In: Estudos feministas, No. 1/2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/317>. Acesso em 17/08/2023.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IBGE. **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Disponível em: [https:// biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784](https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784). Acesso em 16/08/2023.

IBGE. Indicadores IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Segundo Trimestre de 2023**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo? view=detalhes&id=72421](https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=72421). Acesso em 16/08/2023.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo? view=detalhes&id=2101979](https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101979). Acesso em 16/08/2023.

GOMES, Nilma Lino. **Sem perder a raiz: corpo e cabelo como símbolos da identidade negra**. 3ª ed. rev. amp. Belo Horizonte: Autêntica Editora. 2019.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil** - volume único. 8a. ed. São Paulo: Editora Juspodivum. 2023. - STJ. Resp 1.051.065.

CATEGORIA 6

DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0000522-11.2014.8.26.0172

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP

JUÍZA HALLANA DUARTE MIRANDA

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ELDORADO FORO DE ELDORADO PAULISTA
VARA ÚNICA**

Processo nº: 0000522-11.2014.8.26.0172
Classe - Assunto: Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração
Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Requerido: Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva
Itesp e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). HALLANA DUARTE MIRANDA

I – RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo** contra **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo** ITESP, **Fundação para a Conservação e a Produção Florestal do Estado de São Paulo** FUNDAÇÃO FLORESTAL e **Estado de São Paulo**.

Narra, em favor da **Comunidade Quilombola de Bombas**, a invisibilidade e o suposto abandono ocasionado pela omissão do Estado no atendimento da comunidade. Pontuou a respeito da soberania no uso do conhecimento tradicional do povo, da gestão sustentável do território, do *etnodesenvolvimento*, assim como de seu cooperativismo. Elucidou o conceito moderno do termo quilombo, destacando **ancestralidade, etnicidade, territorialidade e identidade**. Nessa toada, apontou que o quilombo não conta com água encanada, esgotamento sanitário, energia elétrica, atendimento médico regular, educação compatível com a realidade da comunidade. Ainda, assinalou sobre o empecilho do *etnodesenvolvimento* da comunidade e do isolamento geográfico em que se encontram. Demonstrou os problemas enfrentados pela comunidade símbolo de resistência no Vale do Ribeira. Esclareceu que a comunidade foi objeto do projeto *Inventário Cultural de Quilombos do Vale do Ribeira*, realizado pelo Instituto Socioambiental em parceria com o IPHAN e que foram computados locais sagrados, bens culturais, na tentativa de exibir a riqueza dessa comunidade quilombola.

Explanou sobre o que denominou de “um parque no meio do caminho”, no contexto da criação da Unidade de Conservação PETAR, com o seu desenho geográfico sobreposto ao território tradicional. Dissertou sobre **a comunidade quilombola Bombas ser resistência na região, o que remontaria à época da escravidão**. Relatou que o Decreto n. 40.723/96 promovido pelo então governador Mario Covas determinou a formação de grupo de tra-

balho com o objetivo de reconhecer as comunidades quilombolas. Ainda, que o Decreto n. 42.839/98 atribuiu competência ao ITESP para identificar e demarcar as áreas ocupadas pelos grupos quilombolas. Informou, exemplificando, que comunidades quilombolas resistiam em áreas afetadas pelo Parque Estadual Intervales, ocorrendo a desafetação do parque através de decreto em negociações que se desenvolveram de forma política. Afirmou que no ano de 2001, o ITESP iniciou o processo de reconhecimento das comunidades quilombolas na região entre Iporanga e Itaóca - a comunidade quilombola Bombas se localiza em Iporanga, próxima a divisa de Itaóca. Explicitou que a comunidade Bombas foi observada como potencial comunidade quilombola pelo Grupo de Trabalho criado pelo Decreto n 40.723/96 e estava (na data da propositura da ação) em processo de reconhecimento oficial desde o ano de 2002, o que ensejou no **Procedimento Administrativo de Reconhecimento e Titulação da Comunidade de Quilombo de Bombas n. 1.186/02, ainda sem resolução do ITESP**. Declarou que mesmo após o Estudo Técnico elaborado pelo antropólogo Pedro Castelo Branco Silveira, o procedimento continuou sem conclusão. Igualmente, que os autos foram remetidos à Fundação Florestal para a realização de estudos sobre biodiversidade e que o também Consultor Clayton Ferreira Lino admitiu ser inquestionável a tradicionalidade daquela Comunidade. Apontou que a Unidade de Conservação de Proteção Integral (PETAR) se sobrepôs ao território da Comunidade Bombas no ano de 1958 e foi implementada a partir da década de 1980 (Decreto Estadual n. 32.283/58). Que, em abril de 2009, a gestão do PETAR sugeriu a elaboração de Plano de Manejo, o que considerou uma postura política etnocida, pois excluiria a comunidade quilombola Bombas do PETAR. Informou que no ano de 2010, foi firmado Protocolo de Intenção (FF Aj 10.005.-8-13) entre a Fundação Florestal, a ITESP e a Associação dos Remanescentes do Quilombo de Bombas, que objetivava o reconhecimento e a titulação territorial, assim como a elaboração de Plano de Uso e Termo de Compromisso, enquanto não solucionava o conflito decorrente da sobreposição do Território Quilombola e da Unidade de Conservação (PETAR). Contudo, o Protocolo de Intenção não teria atingido seu objetivo. Aduz que no ano de 2012 a Comunidade foi surpreendida por proposta da Fundação Florestal que excluiria parte da área pretendida, qual seja, a denominada Areias (Córrego Grande) e que essa região seria de suma importância para a Comunidade Bombas, vez que consideram um lugar sagrado. Em resposta a recusa da Comunidade, o ITESP e a Fundação Florestal teriam concordado: *1) com o reconhecimento de todo o território, com a ressalva da comunidade se comprometer em tutelar a área questionada (Sistema Areias) por meio da instituição de Reserva Particular do Patrimônio Natural RPPN; 2) que se encaminhasse o projeto de lei para desafetação do PETAR no território Bombas; 3) que se firmasse o Termo de Compromisso e Plano de Uso enquanto não ocorreria a desafetação*. Entretanto, com a exoneração do representante da Fundação Florestal, não houve a concretização do acordado.

Com essa informação, argumentou que a comunidade aceitou abandonar parte do seu território, o mencionado Sistema Areias (Córrego Grande), sob a orientação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em conjunto com a EEACONE e ao ISA, condicionando a proposta realizada pela Fundação Florestal a um Termo de Ajustamento de Conduta que deveria conter: 1) *parecer favorável da Fundação Florestal a respeito do reconhecimento/titulação/desafetação*; 2) *inclusão do Projeto Lei do Mosaico de Paranapiacaba da proposta de desafetação do PETAR sobreposto ao território quilombola de Bombas*; 3) *concretização das políticas públicas básicas*; 4) *demarcação dos limites do PETAR*. Alega que em abril de 2013, o ITESP teria declarado que após a produção do novo mapa e do memorial descritivo, juntamente com o parecer favorável da Fundação Florestal, ocorreria a publicação do reconhecimento no diário oficial, entretanto, isso não ocorreu. Enunciou outras duas situações que ensejaram na desistência da Comunidade Quilombola do Bombas em continuar com as negociações: 1) um ataque a Sr. Antoninho por membros de uma família que reiteradamente foi denunciada pela comunidade; 2) duas multas impostas a comunidade sob alegação de suposta infração ambiental, entendendo a comunidade que não era adequada a aplicação, tendo em vista que a comunidade teria autorização para realizar suas roças tradicionais (fls. 31).

Informou que após: a) a II Audiência Pública das Comunidades Tradicionais de Iporanga (outubro de 2013), culminando na aprovação da Moção em favor do reconhecimento territorial da comunidade quilombola de Bombas; b) a instauração de Portaria n. 07/13/PATC/CD/DPVR/UR de Procedimento Administrativo de Tutela Coletiva encaminhada ao ITESP objetivando o reconhecimento da Comunidade e a garantia do território; c) a Recomendação n. 06/2013 elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo no mesmo sentido, pleiteando a conclusão do Procedimento Administrativo de Reconhecimento e Titulação da Comunidade Quilombola, teria a Fundação Florestal emitido o parecer favorável ao reconhecimento da Comunidade Quilombola de Bombas, mantendo-se a exclusão do Sistema Areias (Córrego Grande). Contudo, o ITESP, no ano de 2014, declarou a necessidade de remeter o parecer a instâncias jurídicas da Secretaria do Meio Ambiente e à Procuradoria Geral do Estado. Desse modo, esclareceu que diante do tempo e das sucessivas tratativas infrutíferas, a **Comunidade Quilombola de Bombas decidiu pleitear o reconhecimento e titulação de todo o território, incluindo o Sistema Areias**.

Argumentou que não há incompatibilidade entre a permanência da Comunidade e a tutela da biodiversidade, consoante também entende o estudo elaborado pela ESALQ (Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, da Universidade de São Paulo), conforme Resolução SMA 29/2010. Enfatizou sobre o Decreto Estadual n. 32.238/58, criador do PETAR apresentar contradições, excluir a presença humana, mas ter previsto em seu artigo sexto, a construção de um grande hotel. Discorreu sobre o papel do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza SNUC (Lei n. 9.985/2000) na proteção dos direitos e

garantias da população residente nas áreas de conservação, relatando que diminuíram os casos de remoção da população após a criação da lei, apesar da previsão da possibilidade de remoção de moradores tradicionais no art. 42 do mesmo diploma legal. Ainda, criticou o fato de as Unidades de Conservação poderem ser **criadas, ampliadas ou substituídas** por Unidades de Conservação Integral por meio de Decreto do Poder Executivo, mas **a sua extinção, desafetação ou substituição** por Unidade de Conservação de Uso Sustentável apenas através de lei específica. Descreveu que as ambiguidades geradas a respeito da sobreposição das Unidades de Conservação sobre as Comunidades tradicionais não foram totalmente sanadas pelo Decreto nº 6.040/2007, o qual instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), enfatizando sobre o desafio prático que é a resolução desse problema.

Sobre a desafetação das Unidades de Conservação, aponta como precedentes o ato do Poder Executivo, através do Decreto Estadual n. 44.293/99, e ato do Poder Legislativo, através da Lei n. 10.850/01, que providenciaram a desafetação de unidades de conservação incompatíveis com a presença humana que invadiram áreas tradicionais, reconhecendo os direitos dessas comunidades. Ainda, delimita como **tese principal da demanda o direito ao reconhecimento étnico e ao domínio territorial, considerando incompatível a aplicação do art. 42 da Lei 9.985/2000 ao Decreto Estadual n. 32.283/1958 que criou o PETAR, no tocante a Comunidade Quilombola de Bombas** (*por inconveniência e necessidade de interpretação conforme a constituição*). Mencionou a Convenção n. 169 da OIT como primeiro instrumento internacional vinculante que trata de direitos indígenas e tribais, entendendo como obrigação a proteção territorial dos quilombolas a partir dessa Convenção. Quanto a aplicação dos diplomas legislativos em âmbito nacional, assim como a competência do reconhecimento das terras, alegou que o PETAR é Unidade de Conservação pertencente ao Estado de São Paulo, devendo estar em conformidade com o Decreto Estadual n. 44.294/99, o qual atribui ao ITESP a identificação e demarcação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Narrou, com detalhamento, a relação das comunidades quilombolas com a terra, o que lhes confere senso de identidade. Discorreu sobre casos similares em que já se reconheceu a violação a direitos de comunidades tradicionais nas hipóteses em que há remoção forçada, citando situações analisadas pelos Tribunais Superiores e pelo TRF3 no que tange às comunidades no Vale do Ribeira. Subsidiariamente, e **como tese secundária, dissertou a respeito do que chamou de dupla afetação. Defendeu ausência de incompatibilidade entre os interesses das comunidades tradicionais e os interesses ambientais, utilizando-se de julgados do Supremo Tribunal Federal, numa interpretação extensiva de causas indígenas que estiveram sob circunstâncias fáticas semelhantes**. Nesse sentido, argumentou pela coexistência do PETAR com a comunidade quilombola de Bombas.

Requerer a título de tutela de urgência: a) *que o Poder Público Estadual seja obrigado a apresentar Plano de Trabalho de construção de estrada de acesso à Comunidade de Bombas, com a participação de seus membros;* b) *plano provisório de Gestão Compartilhada da área.* **No mérito, requereu:** a) *o reconhecimento oficial do território;* b) *o levantamento fundiário do território;* c) *a revogação/invalidade do Decreto 32.283/58 no tocante à sua incidência sobre o território de comunidade de Bombas;* d) *a outorga do título coletivo e pró-indiviso;* e) *a confirmação da tutela antecipada.* Ainda, requereu série de pedidos subsidiários caso o entendimento não seja pelo acolhimento dos pedidos principais. Com a exordial, acompanharam os documentos de fls. 109/574.

O despacho de fls. 575 recebeu a inicial, determinando a notificação dos requeridos; todavia, do que se vê, considerou a ação como se de Improbidade fosse aplicando-lhe o rito daquela legislação.

A Fundação Florestal se manifestou às fls. 578/579, juntando documentos 580/595, com fins de regularizar a representação processual.

O ITESP apresentou manifestação às fls. 597/611 e documentos fls. 612/798. Alegou ser sucessor do extinto Instituto de Terras do Estado de São Paulo (Decreto n 33.706/91). Argumentou ser competente para a identificação e demarcação das terras que se encontram os remanescentes de quilombos, desenvolvendo uma função técnico-jurídica e, que após o reconhecimento, deve ser realizada a regularização fundiária da área, tudo em parceria com a Cooperação Técnica e Ação Conjunta com a Procuradoria Geral do Estado e diversas Secretarias (Decreto Estadual n. 41.774/97). Que no tocante à emissão dos títulos de terras devolutas estaduais já incorporadas ao patrimônio do Estado de São Paulo, a transmissão ocorre diretamente pelo Estado mediante a expedição de Título de propriedade às associações regularmente constituída (Lei Estadual n. 9.757/97). Tratando-se de terras de particulares, essa atividade de regularização é realizada pelo INCRA.

Aduziu que no caso em concreto, no ano de 2002, identificou o Território de Bombas e constatou que estão localizados em terras inseridas no Parque Estadual Turístico do Alto do Ribeira PETAR, alegando que 90% das áreas são de titulação particular e que 10% das áreas são terras devolutas estaduais. **Concluiu, através do processo administrativo n. 1886/2002 que a comunidade de Bombas é remanescente quilombola.** Informou a elaboração do Relatório Técnico Científico RTC (Decreto Estadual n. 42.839/98), que instruiria a Portaria de Reconhecimento oficial. Adiante (fls. 604), informou que a comunidade de Bombas está totalmente inserida no PETAR, a qual é uma Unidade de Proteção Integral UPI. Informou que apenas em 2010 firmaram protocolo de intenções para ação conjunta da Fundação Florestal, ITESP e a Associação dos Remanescentes de Quilombos de Bombas, ajustando-se a conclusão dos estudos com base na Resolução SMA n. 29/2010, que

verificou a necessidade de estudos complementares. Mencionou a questão do Sistema Areais (Córrego Grande), citando a relevância da área que se encontrava dentro da região pleiteada e, que apenas em 2013, o presidente da Associação apresentou proposta de reconhecimento do território concordado com a exclusão do Sistema Areias. Ademais, informou que o procedimento administrativo é complexo, que caminhou de forma regular e que estaria próximo da conclusão. Por fim, prescreve que a partir do reconhecimento formal da Comunidade de Bombas, em atendimento à Lei n. 9.985/2000 (SNUC) e ao Decreto Estadual n. 60.302/2014 (Sistema de Informações e Gestão de Áreas Protegidas e de Interesse Ambiental do Estado de São Paulo), deverá existir **um plano de gestão compartilhada da Unidade de Conservação de Proteção Integral, entre a Fundação Florestal, a Secretaria do Meio Ambiente e a Comunidade de Bombas.**

Às fls. 799, a Defensoria Pública requereu vista dos autos.

Às fls. 802, a Defensoria Pública requereu a suspensão do feito, em decorrência de acordo extrajudicial (fls. 803/805).

O Estado de São Paulo, por meio da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, apresentou contestação às fls. 808/843. Reproduziu a manifestação do ITESP até às fls. 823 e passou a discorrer sobre falta de interesse dos membros da Comunidade de Bombas e de sua Associação, **bem como a invasão do mérito administrativo**, alegando ausência do binômio adequação-necessidade. Argumentou sobre a Separação dos Poderes, que não se deveria permitir a interferência do Judiciário, vez que a demanda trataria de funções típicas de administração, **gozando o Poder Executivo de discricionariedade no que tange ao mérito do ato a ser praticado**. Aduziu ausência de provas de ilegalidade quanto aos atos administrativos praticados. Protestou eventual imposição de multa por descumprimento de decisão judicial, argumentando impossibilidade da aplicação de multa a Fazenda Pública. Alegou que o valor requerido a título de multa é desproporcional e desmotivado, que não estariam condizentes com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por fim, requereu a improcedência do pedido.

Às fls. 852 foi deferida a suspensão do processo.

Às fls. 856/873 a Defensoria Pública, com acréscimo de documentos até às fls. 1011, se manifestou. Alega que após o ajuizamento da ação houve tratativas entre as partes, com a colaboração da Defensoria, assim como as entidades particulares EAACONE e ISA culminando no que chamaram de *“Termo de Anuência e Protocolo de Intenções pela garantia dos direitos étnicos da Comunidade Remanescente de Quilombo do Bairro Bombas”*. O referido contaria com sete providências que o Estado de São Paulo deveria tomar: 1) além de reconhecer, **promover a regularização fundiária** (com a retirada de terceiros) e

titular o território quilombola em favor da Associação; 2) assegurar **acesso** que permita trânsito de veículos automotores; 3) garantir aos quilombolas o acesso a **fontes de água potável** existentes no território abdicado pela comunidade, **vedando-se o turismo e práticas predatórias**; 4) permitir **livre trânsito pelo território abdicado**, que historicamente serve de passagem para o deslocamento e intercâmbio entre comunidades tradicionais; 5) empreender esforços para a instalação de rede de **energia elétrica**, investindo em fontes **ambientalmente sustentáveis**; 6) assegurar a prática de **roça tradicional** (sistema coivara), de extrativismo e outras atividades de **baixo impacto ambiental**; 7) construir **fossas sépticas** nas moradias da comunidade.

Contudo, alega que os pleitos não foram atendidos e, os que foram atendidos, foram atendidos parcialmente. Aduz que o Relatório Técnico Científico foi publicado em novembro de 2014, reconhecendo a comunidade e o território, com a exclusão do Sistema Areias (Grande Córrego), mas que as questões controvertidas ainda não foram resolvidas, necessitando do prosseguimento da lide. Argumenta que não basta o reconhecimento, já que o art. 12 do Decreto 4.887/2003 estabelece que deverá ser realizada a desintrusão de terceiros e a titulação da área em favor da Associação. Ainda, entende que a solução passa por duas possibilidades: *“ou a área é livremente quilombola, por prevalecer sobre Unidade de Conservação e por ser anterior a ela (mas a tese desde sempre foi e continua sendo rechaçada pelo Estado de São Paulo) e, nesta hipótese, seria possível sustentar que a responsabilidade pela titulação caberia ao INCRA e à União; OU, então, a propriedade continua também sendo do Estado (no mínimo, deve vingar a tese da dupla afetação, que exigirá a convivência entre Território Quilombola e Unidade de Conservação Estadual), e a responsabilidade pela regularização fundiária seria, claro, do próprio Estado.”* Ademais, rebateu os argumentos trazidos pelo ITESP e pela Procuradoria Geral do Estado, acrescentando que a Lei n. 15.312/2014 tutela as atividades tradicionais quilombolas, considerando-as patrimônio natural e cultural. Ao final, requereu, entre outros pedidos, a continuação do feito, com a desistência parcial do pedido, em virtude do reconhecimento da condição de Quilombolas da Comunidade, ocorrido durante o feito.

Às fls. 1013/1016 houve manifestação do Estado de São Paulo que requereu a extinção do feito em virtude da conclusão dos estudos contidos no Relatório e os trabalhos técnicos de demarcação para reconhecer a Comunidade Negra de Bombas e seu território remanescente de Quilombo, entendendo que o objeto da demanda se exauriu.

Às fls. 1017/1018 se manifestou o ITESP postulando pelo não recebimento da inicial, argumentando já ter ocorrido o reconhecimento formal da comunidade, juntando documentos de fls. 1019/1021.

Despacho designando inspeção judicial *in loco* às fls. 1022/1023 para decisão sobre o pedido liminar.

Às fls. 1026/1027 a Defensoria se manifestou para aduzir que o reconhecimento era apenas de parte do pedido pleiteado na demanda, expressando o desejo de participar da inspeção judicial. Documentos fls. 1028/1030 acompanharam a manifestação.

Despacho com Relatório da Inspeção Judicial da trilha de acesso ao remanescente Quilombo de Bombas às fls. 1031/1037.

Ainda, em virtude do reconhecimento do território, concedeu 15 dias às requeridas para informar se a titulação seria o próximo passo, informando as providências que seriam adotadas, assim como ficou determinado que no prazo de 15 dias o Estado apresentaria as providências necessárias para construir uma estrada.

Às fls. 1053/1054 o ITESP se manifestou informando que para prosseguir com a titulação pleiteada, seria necessário dirimir questão de domínio sobre as terras devolutas do 23º Perímetro de Apiaí.

Às fls. 1055/1105 a Defensoria Pública juntou aos autos fotografias do percurso da trilha de acesso ao quilombo de Bombas.

O despacho de fls. 1106/1107 determinou prazo de 10 dias para os réus apresentarem projeto de estrada e cronograma de sua execução, salientando que em caso de continuação do silêncio dos réus, a autora poderá confeccionar o projeto da estrada.

Às fls. 1117/1133 apresentou agravo de instrumento em face da decisão que determina a apresentação de cronograma da construção da estrada. Ainda, pugnou pela decisão de recebimento ou rejeição da ação civil pública, com a consequente citação.

Às fls. 1134/1137 o ITESP se manifestou a fim de prestar informações a respeito da **dominialidade**. Aponta que de acordo com o relatório da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário do Estado, consta que o Quilombo de Bombas se **insere sobreposto ao Petar, no 23º Perímetro de Apiaí, em terras devolutas estaduais, área particular e área devoluta municipal, sem ter sido transcrito na carta de sentença e na planta demarcatória quais seriam cada área**. Argumentou que para a titulação da comunidade quilombola seria necessária a definição da dominialidade das terras, e que se concluir por divergências, deverá ocorrer procedimento de retificação da transcrição e da matrícula. Com as informações, requereu a reconsideração da informação de que a *“comunidade está inteiramente localizada em terras devolutas paulistas”*. Instruiu a petição com as fls. 1138/1169.

Às fls. 1170/1174 a Defensoria Pública apresentou, juntamente com os documentos de fls. 1175/1180, petição requerendo a juntada de ata com debate e proposta de acesso ao quilombo da Comunidade de Bombas.

A decisão de fls. 1187/1188 readequou a decisão anterior (fls. 1106/1107) - que ensejou o agravo de instrumento do ITESP. Às fls. 1193/1200 foram recebidas informações de concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Às fls. 1264/1265 e documentos de fls. 1266/1307 informou-se a negativa de provimento do Agravo de Instrumento pelo ITESP.

Às fls. 1204/1205 a Fundação Florestal informou processo administrativo para a contratação de IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas) formalizado pelo processo FF 1.449/2015 e juntou documentos (fls. 1206/1259) no tocante ao cumprimento da decisão liminar sobre a construção da estrada.

Decisão às fls. 1308/1309 determinou prazo de 40 dias para apresentação de projeto de construção da estrada e o cronograma de execução, sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Às fls. 1317/1319 a Defensoria requereu que o ITESP, com base em Relatório Técnico Científico, apresente o mapeamento com a identificação de todos os terceiros não quilombolas presentes no território pleiteado, avaliando se possuem direito a indenização. Juntou documentos de fls. 1320/1329.

Às fls. 1330/1331 a PGE noticiou a interposição de Agravo de Instrumento da decisão de fls. 1308/1309, juntando documentos de fls. 1332/1501. Às fls. 1512/1513 a Defensoria juntou cópia do Acórdão que negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto (fls. 1515/1535).

Decisão às fls. 1505 deferiu o pedido da Defensoria para que o ITESP apresente o mapeamento com a identificação de todos os terceiros não quilombolas residentes no território pertencente ao Quilombo de Bombas. Às fls. 1548 foi recebida resposta de Ofício do ITESP informando que não há identificação e terceiros não quilombolas no território em questão.

Às fls. 1545 peticionou informando o descumprimento do deferido em sede de tutela provisória no tocante ao acesso à comunidade. Às fls. 1555/1556 a Fundação Florestal informou os trâmites para a realização da obra de acesso à comunidade, juntando documentos fls. 1557/1572. Às fls. 1581/1583 a Defensoria requereu informações sobre a construção da estrada, assim como designação de audiência ou julgamento da lide e juntou documentos (fls. 1584/1592).

O despacho às fls. 1596/1602 determinou que o tramite da tutela provisória ocorra em procedimento apartado e autônomo para não causar tumulto processual, determinou a digitalização dos autos, assim como a intimação da Defensoria para delimitar os pedidos que ainda remanescem (dado o curso do tempo). Pontuou, ainda, sobre a questão estrutural do processo, em que era preciso sopesar quais fases exigiam ainda maturação.

Foi autuado incidente em apartado de cumprimento provisório da decisão que determinou a abertura da estrada de acesso.

Às fls. 1638/1641 a Defensoria Pública apresentou como controvertidos os pedidos: “1) de construção de estrada; 2) de regularização definitiva do território, com retirada de terceiros e titulação à Associação Quilombola; 3) de revogação ou invalidade do Decreto que cria o Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira na parte em que a Unidade de Conservação incide sobre o território quilombola.” Ainda, insistiu na existência de terceiros na região e requereu que a decisão que deferiu a tutela antecipada seja confirmada no mérito. Juntou documentos fls. 1642/1652.

Às fls. 1659/1660 a Fundação Florestal, em obediência a decisão de fls. 1596 e seguintes, informou a respeito do Relatório Ambiental Preliminar e sobre o Projeto Executivo para construção da estrada de acesso. Nesse sentido, apontou que o documento se encontra no órgão licenciador CETESB desde 22/10/2021. Ainda, informou os órgãos que até o momento não se manifestaram a respeito: CONDEPHAAT; IPHAN; INCRA.

Decisão de fls. 1661/1662 delimitou o prosseguimento do feito apenas para: “A) Confirmação da tutela de urgência para abertura da estrada de acesso; B) Regularização definitiva de território, com outorga de título e retirada de terceiros; C) Declaração de Invalidade do Decreto que cria o PETAR, na parte em que a Unidade de Conservação incide sobre território Quilombola.”

Às fls. 1665/1667 o ITESP se pronunciou alegando que, em relação aos remanescentes quilombolas, já realizou os atos previstos em Lei.

Determinou-se, então, às fls. 1683/1684 a juntada de documentos que estavam nos autos físicos, além de esclarecimentos sobre documentos fundiários.

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

I FUNDAMENTAÇÃO

I.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esta, talvez, seja a sentença mais complexa em termos jurídicos e humanos que já tive e terei, em muitos anos - a incumbência de proferir. De um olhar simplista, a solução poderá parecer óbvia depois de proferida a sentença, ou até mesmo absolutamente equivocada. O caminho, contudo, para sua construção, passou por horas de estudo, diálogo (considerando a dialética própria do processo) e esforço interpretativo.

*Do meu olhar neste momento - já salientando que li e reli, inúmeras vezes, os documentos nos autos e que, além de estudar profundamente a matéria, me debrucei dias, semanas e meses a refletir esse caso desde que ele se apresentou em meu gabinete me parece que a solução mais clara é, e somente pode ser, aquela que prestigia o cumprimento da **Constituição da República quando determina a outorga de título de domínio às Comunidades Quilombolas.***

Muito embora a matéria me permita utilizar argumentos exageradamente poéticos, sensíveis, além de me utilizar de argumentos de outras ciências e, muito embora, pudesse adotar uma linha de raciocínio único, sem adentrar em pormenores apresentados pelas partes, me parece que este não é o caso.

Compreendi que minha posição exige o maior esforço já considerando minhas limitações em cumprir as determinações constitucionais de fundamentação, enfrentando cada argumento e descrevendo quais as conjecturas que fiz para chegar às conclusões que tive.

Analisar este caso superficialmente não atenderia à importância do debate. Equivaleria um desrespeito às partes, que dialogam há mais de vinte anos. Contudo, pondero: sou incapaz de exaurir o estudo do tema nesta decisão.

Se algo me passou despercebido durante a desenvoltura da fundamentação não foi por intencional omissão, mas pela incapacidade humana de apresentar mais exaustiva análise em curto espaço de tempo e ante a inexistência de sentença equivalente proferida dentro do Sistema de Justiça em que possa me amparar como norte Jurisprudencial.

É preciso testar cada argumento, sob pena de dialogar com o absurdo: a desproteção da comunidade ou a desproteção da Unidade de Conservação.

Por mais que me debruce sobre o caso, não posso compreender na sua inteireza a vivência narrada pelos quilombolas da Comunidade de Bombas. Por outro lado, por reconhecer minha limitação posso proferir essa decisão admitindo a dificuldade prática: desde o ano

de 2002, há mais de vinte anos, Estado, Comunidade, Itesp, Fundação Florestal, Secretaria do Meio Ambiente, ISA e outros órgãos semelhantes debateram o tema, exaurindo as possibilidades de negociações.

Por maior que seja meu esforço cognitivo (em aprender) e hermenêutico (de interpretar o ordenamento), a compreensão das nuances passa por dialogar sobre: a) a natureza humana, sua forma de viver, e sua existência natural (fora do Estado) e jurídica (dentro do sistema do Estado de Direito); b) da singularidade da própria vida (única, comparada à trajetória milenar da terra), da sua pluralidade (a existência de diferenças) e dos questionamentos se há ou não um dever jurídico de proteção (se os povos tradicionais devem ser integrados e extintos seus modos de existir ou se devem ser protegidos pelo Estado); c) da análise de centenas de anos de ocupação por uma comunidade reconhecidamente Quilombola (por meio dos laudos nos autos), descrita em documentos antropológicos indubitáveis; d) da visualização das memórias do próprio período da Escravidão (descritos no voto da ADI 3239) no tocante à garantia ou omissão da garantia de direitos territoriais e básicos (segurança territorial, moradia, integridade física); e) da compreensão da trajetória da proteção ambiental no Brasil e, especialmente, no Vale do Ribeira (que resguarda, hoje, imensa parte da Mata Atlântica ainda intocada); f) das ideias de desenvolvimento, riqueza e conservação para as comunidades tradicionais e não tradicionais; g) do estudo da estrutura das normas jurídicas em debate, sua comparação com a Constituição e com normas de Direito Internacional e casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; h) dos impasses jurídicos de soluções semelhantes implementadas em âmbito administrativo/político e judicial e do fato de não haver literatura jurídica conclusiva sobre o tema.

Mas, repiso, dentre todo essa análise, priorizarei o esforço em dotar a sentença de coerência jurídica, tentando não ferir institutos consolidados (como da compreensão clássica da diferença entre posse e propriedade), comparar os consolidados em termos estruturais com outros semelhantes de direito privado buscando diferenciá-los em suas naturezas jurídicas (nas ocasiões em que se faz pertinente, como as noções de território e propriedade privada) e dando atenção à **prevalência da análise Constitucional** do tema, considerando também pontos que já são sólidos em decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de direitos das Comunidades Tradicionais Quilombolas. Soma-se a isso, a alocação da posição de instrumentos de Direitos Humanos em relação aos direitos aqui debatidos.

O colega que me antecedeu proferindo decisão importantíssima neste processo depois de realizar inspeção judicial, João Luis Calabrese, (fls. 1031/1037) também não deixou de se mostrar humano e sensível ao caso, razão pela qual me sinto menos constrangida em iniciar a decisão ponderando a posição em que ela me coloca.

Pois bem. **Decido.**

I.2. QUESTÕES PROCESSUAIS PENDENTES

Analisarei as questões antecedentes ao mérito, ainda que não citadas pelas partes, a fim de atribuir a esta decisão a mais esmerada análise, dotando-a de suporte para que, se nas fases posteriores em que for recorrida houver questionamentos, possa ficar evidente que me atentei a pontos processuais mais singelos. Isso para ficar claro que não apenas enfrentei o mérito, mas procurei proferir decisão sem nulidades. A causa é de altíssima relevância, pelo que minha desatenção com tais pontos poderia vir a colocar em risco a celeridade da apreciação do caso em instâncias superiores.

É sabido, ainda, que as demandas sobre direitos territoriais quilombolas são marcadas por intensa morosidade, violando-se a razoável duração do processo para eles.

a) Rito e validade da citação Instrumentalidade do processo e prova do prejuízo

Em primeiro lugar, verifico que ao tempo da propositura da ação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a nomeou como Ação Civil Pública, ou seja, ação em trâmite pelo rito comum, como se extrai do seu pedido às fls. 102, item “b”.

O despacho que recebeu a inicial, contudo (fls. 575), menciona a notificação dos réus para apresentarem manifestações escritas, adotando o rito da Lei da Ação de Improbidade (8.429/92).

A questão a apreciar é, se depois de todos os réus terem sido intimados para prestar informações (fls. 576) e não para contestar, o procedimento até aqui teria sido válido, ou se é preciso adentrar em uma segunda fase em que se receba a inicial e se determine, então, a citação.

A resposta é negativa.

Embora exista evidente equívoco do ponto de vista processual no rito adotado às fls. 575, todos os réus apresentaram manifestação na demanda. Todos eles impugnaram o pedido, nenhum deles arguiu nulidade, todos puderam fielmente apresentar suas defesas.

A questão do rito processual é uma proteção para o exercício das garantias de ampla defesa e contraditório, que não podem ser maculadas para evitar nulidade. Contudo, está claro que neste caso a ciência dos réus da demanda é inequívoca, que suas defesas contemplam todos os argumentos da inicial, e que não houve prejuízo às suas manifestações.

Dessa forma, a inexistência de prejuízo impede o reconhecimento da nulidade do despacho com conteúdo equivocado que, no lugar de determinar a citação, determina a notificação. Tal entendimento é mais do que consolidado entre os Tribunais e diante dos Processualistas.

Vale ressaltar, inclusive, que até mesmo na Lei da Ação Civil de Improbidade (recentemente alterada) a jurisprudência já vinha entendendo que eram desnecessárias duas fases (uma de defesa prévia e outra de contestação) quando as defesas já atacavam diretamente o mérito e não apenas os pressupostos da propositura do feito.

Por isso, reconheço a irregularidade da decisão inicial, sem reconhecer invalidade processual, por entender que não há direito de defesa dos réus violado. Por fim, saliento, beiraria à má-fé processual a sustentação de nulidade processual nesta fase, depois de quase dez anos de trâmite do feito e de os réus, inclusive, estarem até mesmo cumprindo a decisão liminar anteriormente proferida.

Beiraria, ainda, a má-fé do próprio Magistrado se, neste momento, não visualizando nulidade insuperável, viesse a anular o feito ou determinar abertura de nova fase de defesa.

b) Competência em razão do lugar Unidade de Conservação sobreposta a mais de um Município

A demanda foi proposta nesta Comarca em razão de que a Unidade de Conservação Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira PETAR, está sobreposta aos dois Municípios, Apiaí e Iporanga. Analisando os mapas juntados, especialmente o de fls. 1691, vê-se que a Comunidade de Bombas tem seu território quase integralmente dentro do 23º Perímetro de Apiaí (questão fundiária que analisarei no mérito).

Contudo, os esclarecimentos mais recentes apontam que o perímetro passou a pertencer a Iporanga, ou seja, local em que hoje a comunidade está situada (fls. 1695/1696).

Durante o transcorrer dos anos ocorreu modificação substancial nas atribuições dos Cartórios. Por volta do ano de 2000 os registros imobiliários da região de Iporanga que, anteriormente, eram de Apiaí, passaram a ser de competência de Eldorado. Por isso, a comunidade Quilombola de Bombas, hoje, está integralmente no território sujeito à Jurisdição desta Comarca.

b) Competência em razão da matéria - Competência comum entre Estados, União e Município para tratar da matéria de outorga de domínio quilombola

Não é incomum que, em dúvidas sobre competência, exista remessa sucessiva de processos para diferentes órgãos, a fim de estabelecer a correta delimitação de quem deve decidir. Confesso que antes de analisar o mérito, me perguntei se não compete à Justiça Federal a análise do caso. Explico.

A Jurisprudência massiva dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça em mais de um caso semelhante determina que as causas que tratem de “reconhecimento de títulos dominais” às comunidades quilombolas devem tramitar na Justiça Federal (dada a atribuição da União para outorga do título por meio da atuação do INCRA). Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. COMUNIDADE REMANESCENTE DO QUILOMBO DO CAMBURY JÁ DEVIDAMENTE CADASTRADA E IDENTIFICADA PELO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) POR MEIO DE RELATÓRIO DE IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO (RTID). DECISÃO EXPEDIDA PELO JUÍZO ESTADUAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE AFETA UM DOS MORADORES DA COMUNIDADE QUILOMBOLA MENCIONADA. 1. A decisão deferitória da liminar proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP no bojo da ação civil pública evidencia que o INCRA emitiu parecer conclusivo sobre a legitimidade da comunidade para fins do art. 68 do ADCT (emissão de título em razão de propriedade definitiva), por meio de Relatório de Identificação e Delimitação (RTID), os quilombolas moradores da área foram devidamente identificados e cadastrados pelo INCRA em seu relatório, esse reconhecimento também se deu pela Fundação do Instituto de Terras do Estado de São Paulo (ITESP), que emitiu minucioso relatório histórico-antropológico (fls. 8-17). Em contrapartida, o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ubatuba/SP proferiu decisão determinando a reintegração dos autores da respectiva ação na posse de área ocupada por Genésio dos Santos, um dos moradores da área ocupada pela comunidade remanescente do quilombo do Cambury. 2. **O processo de demarcação e titulação das terras ocupadas por comunidade remanescente de quilombo compete ao INCRA. Dessarte, ressoa evidente que as demandas judiciais as quais envolvam a posse dessas áreas repercutem, de todo o modo, no processo demarcatório de responsabilidade da autarquia federal agrária. Logo é inarredável o interesse federal em tais demandas, razão pela qual deve ser fixada a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento, consoante o art. 109, I, da Constituição Federal.** 3. **Conflito positivo de competência conhecido, a fim de declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP para decidir sobre as questões afetas ao direito de propriedade da área ocupada pela comunidade remanescente do quilombo do Cambury, com a determinação de remessa dos autos da ação de reintegração de posse (processo n. 0000003-15.1976.8.26.0642) ao Juízo federal em testilha.** (STJ - CC: 129229 SP 2013/0248836-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/10/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/05/2015).

Contudo, depois de estudar o Decreto 4.887/2003 que estabelece a competência para este procedimento, compreendi que a competência é concorrente entre União, Estados e Município em virtude de como se desenha a suposta sobreposição de território e de

como a questão fundiária há de ser solucionada. Neste caso o procedimento está alocado como atribuição do ITESP em razão de (além da Lei que assim determina), a existência de Unidade de Conservação Estadual sobre o território em disputa.

Veja-se o que prescreve o art. 3º do Decreto citado e, em complemento, o art. 12:

Art. 3º - Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, **sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**

Art. 12. Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem **sobre terras de propriedade dos Estados**, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os **autos para os entes responsáveis pela titulação**.

Segundo os mapas de identificação fundiária, o território ocupado por Bombas está integralmente disposto abaixo do desenho geográfico afetado ao PETAR, Unidade de Conservação Estadual. Por isso, incumbe ao Estado de São Paulo deliberar sobre a questão da sobreposição, pelo que, na sua inércia, compete ao Juízo Estadual a decisão.

Até porque o Estado de São Paulo detém órgão específico com competência sobre Terras, a Fundação Instituto Terras de São Paulo -ITESP, réu nesta demanda, cujas atribuições incluem a demarcação de território quilombola (Lei 10.207/1999):

Art. 3º [...]

VI - VI - promover a identificação e a demarcação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos, para fins de regularização fundiária, bem como seu desenvolvimento sócio-econômico; e

Ou seja, não há como nenhum outro ente político deliberar sobre a sobreposição da Unidade, não tendo a União não tem competência para fazê-lo. Por isso, a competência é da **Justiça Estadual** e não Federal, neste específico caso.

Veja-se que o reconhecimento de uma comunidade (que minuciarei mais a frente) depende, inicialmente, da deflagração de um procedimento administrativo com diversas fases, iniciando nos órgãos que detêm competência (o INCRA em nível federal e o ITESP em nível Estadual) que emitem a Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescentes, caminhando pela elaboração do Relatório Técnico, até a titulação da comunidade como Quilombola (em regra, pela fundação Palmares) e início da fase de análise fundiária.

Nesta fase de análise fundiária, além de dever ser identificado o território afetado à ocupação tradicional, estuda-se a memória daquele local, concluindo-se se há registros de propriedade de entes públicos (contendo, ou não, terras devolutas) e particulares. Dentro disso, a existência de sobreposição com Unidade de Conservação Estadual determina a remessa do debate para o âmbito estadual.

Tal ponto é tão importante que, ainda que supostamente, depois da decisão neste processo, remanesçam matrículas particulares no território (que supostamente são de competência da União para desapropriar), fato é que a discussão sobre a sobreposição do PETAR será sempre precedente. Ou seja, a continuidade da titulação depende, sem sombra de dúvida, da prévia análise da imposição da Unidade de Conservação sobre o local.

Por isso, aliado ao fato que a Unidade está inserida em duas Comarcas (Apiaí e Iporanga), o que além de me tornar competente torna meu Juízo preventivo (já que primeiro recebeu a ação), a existência da Unidade desloca a competência para a Justiça Estadual que é a única que pode apreciar a sobreposição ainda que posteriormente ainda remanesça parte de debates para serem solucionados com órgãos federais.

Não entendo adequado, ainda, determinar, de ofício, a inclusão da União no polo passivo, já que se assim decidisse agiria sob mera conjectura e sem dado concreto de que, de fato, sua atuação está atrelada ao caso. Isso porque, como salienta a própria Defensoria Pública (fls. 856/873), é o modo como se constrói essa decisão, que é prévia, que determinará se há ou não parte territorial remanescente de regularização.

Frise-se: havendo a sobreposição da Unidade ao território a própria Lei do SNUC determina que incumbe ao Estado a regularização fundiária. Assim, enquanto existir o PETAR sobre a comunidade Quilombola de Bombas, compete ao Estado solucionar a sua questão fundiária.

Mais uma vez ressalto: a remessa desmedida de processos, sejam administrativos ou judiciais, de um ente ao outro, somente atrasa a solução do caso e no transitar de 20 (vinte) anos de discussão e mais de 9 (nove) anos de trâmite judicial, uma comunidade espera do Estado a pronta postura de, ainda que para negar o direito, decidir com assertividade.

Portanto, neste caso, a competência é da Justiça Estadual e na Comarca onde situada a Comunidade e a Unidade de Conservação.

c) Exaurimento do objeto por reconhecimento administrativo da natureza da comunidade

A versão dos réus sobre a necessidade de extinção do feito pelo exaurimento do seu objeto com o reconhecimento da condição de Quilombolas é descabida. Isso porque o objeto de um processo se mede pela extensão de seus pedidos. E não há nos autos um único pedido, mas vários. E, dentre eles, a finalização do procedimento de outorga do domínio, que não acontece com o reconhecimento da condição de tradicionalidade.

Já sopesei acima que o reconhecimento da tradicionalidade com a outorga desse título é apenas uma das fases do procedimento e que a regularização fundiária é fase que final e imperativa. Tanto é assim que a dúvida foi suscitada às fls. 1106/1107 e respondida às fls. 1134/1137.

Ou seja, a titulação como quilombola sem outorga do título de domínio mantém hígido o interesse de agir, que se consubstancia na *necessidade/possibilidade e adequação do procedimento*, já que o bem jurídico não pode ser obtido por outra forma senão por decisão judicial, pois a outorga do domínio não foi finalizada em âmbito administrativo.

REJEITO, assim, a alegação de exaurimento do objeto.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ELDORADO FORO DE ELDORADO PAULISTA
VARA ÚNICA

Processo nº: 0000522-11.2014.8.26.0172
Classe - Assunto: Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração
Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Requerido: Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva
Itesp e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). HALLANA DUARTE MIRANDA

I. 3 MÉRITO

Faço recorte processual, antes do início, para pontuar que a definição clássica de lide como “*um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida*”, ganha contornos diversos quando se insere dentro dos complexos conflitos de natureza socioambiental. No lugar específico do Direito Privado, em que litigam, em regra, um autor e um réu, ou mais, por direito disponível, patrimonial e individual, o desenho procedimental do processo civil é plenamente adequado.

Já nas ações coletivas dessa monta, em que se insere comunidade tradicional, órgão gestor, ente público e ente administrativo executor de políticas, há um elevado desafio teórico, prático, material e procedimental de garantia de participação. Até porque, o direito da comunidade é um direito relativo à existência, muito próximo da concretização do princípio que denominamos de **dignidade da pessoa humana**. Já o direito ao meio ambiente é um direito transindividual de tal importância que a agressão a uma parte dele é agressão a toda a comunidade, apontado, também, para a **dignidade da pessoa humana**.

Não há como desanexar a questão ambiental da questão de direitos humanos e direitos fundamentais. Inclusive, porque aqui se debatem *direitos territoriais, ambientais, culturais e sociais*. A trama jurídica toca em diplomas internacionais, na Constituição, em normas federais e estaduais, além de ser permeada por estudos técnicos de áreas transdisciplinares, como o estudo antropológico que embasa a inicial (fls. 346/421) e a “carta de suscetibilidade a processos de dinâmica superficial como subsídio à definição de acesso no PETAR” que sustenta a execução da medida liminar (fls. 1253 e ss.).

Nas palavras de Eliane Cristina Pinto Moreira (p. 19)¹:

A pedra de toque deste destaque que propomos em relação à justiça socioambiental são os conflitos socioambientais que, por sua vez, dizem respeito aos conflitos de afirmação destes “novos direitos” que se encontram em cruzamento das agendas sociais, ambientais e culturais, tais como direitos territoriais, o respeito à diversidade cultural e identidade, a proteção aos modos de vida dos povos e comunidades tradicionais, a defesa dos conhecimentos tradicionais, dentro outros.

Saliento, por fim, que depois de instar as partes a dizerem se pretendiam audiência para o caso (fls. 1600/1602), não insisti, já que o estudo dos autos demonstra que transcorreram anos de negociações. E que foram apresentadas propostas e contrapropostas em anos diferentes, em gestões diferentes, em cenários mais ou menos favoráveis às partes, de forma que impor que as partes se submetessem a nova conciliação apontaria para a morosidade (fls. 475 e ss.). No sentir desta Magistrada (*que presidiu a audiência de conciliação nos autos de cumprimento provisório de decisão liminar*), as partes não só precisam, como exigem (como lhes é de direito) uma decisão, ainda que para negar o pedido, para assim poderem prosseguir em seus debates em outras instâncias.

Este processo tem matéria Constitucional: a delonga e insistência na conciliação somente faria prolongar o sofrimento da comunidade. Saliento: a questão do sofrimento da comunidade não é juízo de valor, minuciarei cada dado neste processo dentro da fundamentação para que se possa compreender a que situação estão hoje submetidos.

Assim, não há solução que não proferir decisão.

A controvérsia recai, em suma, em analisar o contraponto (não necessariamente a oposição) entre a permanência da Comunidade Tradicional Quilombola de Bombas na parte do Território que historicamente lhe é de posse e na possibilidade de outorga de título de domínio coletivo, nos termos do art. 68 da ADCT com a necessidade/possibilidade ou não de diminuição geográfica do Parque Estadual Turístico do Vale do Ribeira PETAR, depois de apreciar se o Decreto que o cria contraria ou não normas de Direito Internacional e a própria Constituição.

Impõe-se a análise da validade/invalidade do Decreto Estadual que cria o PETAR, tendo como parâmetro a norma do art. 68 da ADCT e a Convenção 169 da OIT. São duas as perspectivas jurídicas aqui apresentadas, a serem olhadas como um objeto sob a luz de diversos diplomas:

1 Moreira, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos territoriais dos povos tradicionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- a) A validade/invalidade do Decreto que cria o PETAR em contraponto com o art. 68 da ADCT;
- b) A validade/invalidade do mesmo decreto em comparação com a Convenção 169 da OIT e em contraponto com o art. 42 da Lei do SNUC.

Cuida-se de apreciar a suposta contraposição entre a manutenção da comunidade tradicional, dando ênfase a se tratar de comunidade quilombola (já que a diferenciação entre outras comunidades tradicionais será relevante) e a preservação ambiental e até que ponto a manutenção da comunidade é ou não um risco (presumido ou real) à Unidade.

Ressalte-se que, apesar da existência do art. 42 da lei do SNUC (que minuciarei mais à frente), que prescreve a remoção das comunidades tradicionais das Unidades de Conservação de Proteção Integral, esta solução não está em debate nos autos. Explico: nenhuma das partes a defende, pelo que a pontuarei apenas para fins de situar o tema no mundo jurídico.

Não adotarei a simplista e até ignorante solução de aplicar literalmente a disposição do artigo 42 quando nitidamente nenhuma das partes assim o deseja para facilitar a solução do caso e não necessitar adentrar nas complexas nuances dele, julgando improcedente o pedido.

Não está em debate a remoção da comunidade Quilombola de Bombas do local (embora essa solução tenha sido prevista pela lei federal), assim como nunca houve remoção fática dela (o que justifica as partes não debaterem essa solução).

Está em debate: a) a possibilidade de separação jurídica do território da Comunidade de Bombas daquele que foi afetado na criação do Parque PETAR (se houver invalidade); b) a eventual possibilidade, se o primeiro caso não for sustentável, de manutenção e coexistência da comunidade com o Parque (se não for possível reconhecer a invalidade); c) se a segunda solução for adotada nesta sentença, os instrumentos jurídicos para sua execução. Em segundo plano, estão os pedidos de tutela de urgência para construção de estrada de acesso e a autorização para realização das roças tradicionais, o que supostamente garantiria a sobrevivência da comunidade enquanto não se implementar, em definitivo, a solução jurídica do caso.

É, ainda, **incontroverso nos autos**: que a comunidade é Quilombola. Tanto é assim que no curso do feito houve reconhecimento extrajudicial (procedimento ITSP/1186/2002) dessa condição, no âmbito do procedimento administrativo. O RTC foi elaborado no bojo do procedimento (fls. 346/421), de forma que debater sobre a condição da comunidade seria repisar argumentos evidentes e sequer impugnados pelos réus.

É deste pressuposto que a sentença deve partir: a comunidade é Quilombola. Pouca relevância também terá o fato de ter sido descrito nos autos que a comunidade “demorou” a se organizar para buscar seu reconhecimento (fls. 393 e ss.), já que não existe norma que me permita colocar dúvida o tempo de exercício de um direito e a influência dele sobre o próprio resultado do processo (exceto se, para isso, houve norma prevendo a perda dele, que não é o caso).

Não está em debate, ainda, a antecedência da ocupação em relação ao Parque, mas necessitarei desse argumento para fins de contrapor as alegações das partes. É incontroverso que o Quilombo de Bombas esteve alocado no mesmo território agora debatido em data anterior à criação do Parque. O que impede a sua titulação é a acomodação política/administrativa/ambiental e antropológica da Unidade de Conservação e dos Direitos da Comunidade Tradicional.

Postas essas balizas, dentro das quais argumentarei, passarei a colocar as linhas do tema antes de adentrar na sua aplicação ao caso. Faço isso porque já afirmei: a) o caso exige estudo exaustivo, por exigência Constitucional e legal de fundamentação; b) o caso exige tratar com importância os argumentos, já que não há prévia solução legislativa;

c) a matéria não é pacífica, e exige a tentativa de localização de regras e princípios dentro do sistema nacional, internacional, legal e constitucional; d) como tais regras são assuntos pouco apreciados no cenário da Justiça Estadual, é preciso, de fato, ter cuidado técnico.

Dada a densidade do caso, dividirei a sentença em tópicos teóricos que facilitem a disposição dos argumentos de ambas as partes.

a) Comunidades Tradicionais Comunidades Quilombolas O Quilombo de Bombas

É preciso iniciar construindo a ideia do que se entende hoje, dentro do ordenamento jurídico, por comunidades tradicionais e qual o arcabouço que a figura jurídica representa. Depois, necessários diferenciar em termos jurídicos as comunidades tradicionais das comunidades tradicionais quilombolas e comunidades indígenas. Dentre as comunidades quilombolas, citarei a relação com o “território” e sua diferença com “propriedade privada”.

E, mais além, é preciso situar em termos de decisões nacionais e internacionais, qual a interpretação está sendo desenhada a respeito das comunidades quilombolas pelo STF e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Existem, ainda com inúmeras transformações sociais/históricas e antropológicas, diferentes formas de viver e se organizar diante do ente fictício que denominamos Estado.

Sem poder adentrar profundamente nas teorias, não bastou que se desenvolvessem as formas urbanas de viver dentro do sistema de mercado, consumo, capital e supostamente “civilizado” para que se extinguisse do planeta as formas de viver originárias.

Como originárias estão aquelas em que as organizações políticas, sociais, antropológicas e ambientais são mais próximas do início das relações do ser humano com seu ambiente. Essas relações são permeadas, ainda, por características específicas em suas formas de viver, em sua cultura e, especialmente, pela relação com o ambiente que as cerca e o seu território.

Não é necessário me delongar a respeito do conceito de população tradicional, já que não há debate entre as partes a respeito. Apenas para pontuar, cito conteúdo centrais da compreensão da temática²:

as populações tradicionais possuem uma ligação com um território determinado; uma organização social e política; uma relação com a natureza e o uso dos recursos naturais renováveis; e um pequeno grau de envolvimento com o mercado e a sociedade envolvente (ALMEIDA, 2004, 2011; ARRUTI, 2006; DIEGUES, 1994).

As populações tradicionais foram consideradas pelo Estado (especialmente dentro das linhas do sistema Colonial que buscava implementar uma só visão de formas de viver), na maior parte do tempo, “incapazes” de decidir seu próprio destino, devendo ser tuteladas, e, com o tempo, integradas ao modo “civilizado” de vida. Ou seja, a pretensão de integração das comunidades originárias, portanto, seguia na lógica de que com o tempo haveria absorção completa, com extinção de seus costumes, considerados “atrasados” e até inferiores, como se sua existência fosse limitada (tivesse fim) pelo dever de se tornarem “mais desenvolvidos”.³

A convenção 169 da OIT, e a Constituição que prescreve um capítulo inteiro sobre os Indígenas (art. 231 e ss da CRFB) e que pontua um artigo a respeito dos Quilombolas, traçam novo panorama: é impositivo que o Estado proteja as comunidades tradicionais.

Esse panorama é denominado por Carlos Frederico Marés como direito à *jusdiversidade*, ou seja, a imposição jurídica da proteção das formas de viver de tais comunidades, porque sua existência não está somente atrelada à proteção da vida, mas à proteção de

2 BENATTI, José Heder. Das Terras Tradicionalmente ocupadas ao reconhecimento da diversidade social e de posse das populações tradicionais na Amazônia.

3 Marés de Souza Filho, Carlos Frederico, et al. Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 50-51.

direitos culturais, sociais, ambientais e, especialmente, sobre a garantia de seus direitos fundamentais:

Para que o direito dos povos fosse inseridos nos sistemas legais nacionais, houve necessidade de profundas mudanças. A modernidade estava moldada nos parâmetros de direitos individuais patrimoniais e os direitos dos povos são coletivos, comunitários, aos quais o patrimônio interessa não como bem de valor econômico, mas como referência cultural, religiosa, mística ou simbólica ou de uso. Esta mudança, ocorrida no final do século XX, não se deu apenas para os direitos dos povos, outros direitos foram abrangidos por ela. É que a natureza, chamada de meio ambiente pela Constituição, também ganhou proteção especial no Direito e tornou-se bem jurídico de titularidade difusa ou coletiva. Soma-se a isso os chamados patrimônios cultural e genético, em todas as suas gamas, e, ainda, o direito do consumidor, muito mais próximo ao direito patrimonial, mas também considerado direito difuso ou coletivos. Os direitos dos povos foram reconhecidos e garantidos em primeiro lugar com o direito de existir como povo, de manter sua cultura e organização social. Em segundo lugar, como direito ao território para que possam desenvolver a cultura e organização social. Neste sentido, os dois grandes direitos são o **de ser e estar** em seu lugar. Daí decorrem todos os outros, material e imaterialmente considerados. Esses direitos incluem, por dedução óbvia, uma autodeterminação como escolha de seu futuro. Em geral, os Estados nacionais e seus órgãos internacionais retiram dessa autodeterminação o direito de construir-se como Estado, o que não é, em geral, um problema para os povos tradicionais da América Latina, que reclamam independência, mas com proteção do Estado.⁴

A proteção às comunidades tradicionais passa a ser entendida, então, como não apenas um dever de tolerar os povos até que fossem integrados, mas de reconhecer sua existência e garantir proteção.⁵ Esse ponto é de especial atenção, já que, no mérito dessa decisão necessitarei me perguntar se existe um direito de o Estado “escolher” ou “decidir” qual comunidade pode existir ou, o contrário, qual delas pode ser extinta. Precisaréi, ainda, analisar como o Estado de São Paulo, com sua conduta, está atendendo ou desatendendo aos ditames Constitucionais e legais.

A resposta, evidentemente, não está em debates sobre utilitarismo e sobre as funções do Estado, mas no próprio cerne do desenho Constitucional que não silencia sobre a proteção dos povos tradicionais, mas impõe, determina, desenha, um dever jurídico de proteção. Essa proteção não está apenas em ações positivas, mas também em ações negativas de evitar agressões, que minuciarei mais à frente quando analisar o pedido da parte autora em relação à proteção contra terceiros.

4 Marés de Souza Filho, Carlos Frederico, et al. Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 21/22.

5 Marés de Souza Filho, Carlos Frederico, et al. Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

A sua proteção jurídica está, portanto, não só delineada na Convenção 169 da OIT - que tinha como finalidade a proteção das comunidades pela tendência real de exploração da mão de obra dos povos originários como na própria Constituição da República quando protege: a igualdade (art. 5º), o pluralismo, a erradicação da pobreza (art. 3º, III), a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos (art. 4º, II e III), a função social da propriedade (art. 170, III), direitos culturais (art. 215 e ss.) e sociais (art. 6º), o meio ambiente (art. 225) e quando cita, expressamente, a proteção dos povos indígenas (art. 231) e a proteção do território das comunidades quilombolas (art. 68 da ADCT).

Pontuo, para fins técnicos, que cito a Convenção 169 antes da Constituição dado ser o diploma que parametrizou em termos jurídicos o tratamento dos povos originários. Em termos de raciocínio, apenas por antecedência temporal. Entendo que, assim, o raciocínio ganha conteúdo didático diante da exacerbada dificuldade em descrevê-lo.

Retornando.

A Convenção 169⁶ é um Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado em 1989, ratificada em 2002 e em vigor no ordenamento brasileiro desde 2003. Importante saber qual a extensão da sua proteção, com a análise do próprio texto:

PARTE I - POLÍTICA GERAL

Artigo 1º

1. A presente convenção aplica-se: a) aos **povos tribais** em países independentes, **cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional**, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus **próprios costumes ou tradições ou por legislação especial**;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas **próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas**.

No Brasil, é dominante o entendimento de que as comunidades quilombolas são protegidas pela Convenção. Na medida em que incide no ordenamento, a norma vai ganhando concretude, de forma que a Constituição incorpora, em relação aos quilombolas, as seguintes disposições:

6 Marés de Souza Filho, Carlos Frederico, et al. Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

Art. 68. **Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.**

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes **grupos formadores da sociedade brasileira**, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

Já o Decreto nº 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, assim as define:

Art. 3º - Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: **grupos culturalmente diferenciados** e que se reconhecem como tais, que possuem **formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;**

O Supremo Tribunal Federal (ADI 3239), ao analisar a Constitucionalidade do 4887/2003 debateu o conteúdo da tradicionalidade quilombola, diferenciando apenas a situação da tradicionalidade originária (como a dos indígenas) da tradicionalidade por imposição da estrutura social do período da escravidão:

Embora não sejam propriamente nativos, como os povos indígenas, ostentam, à semelhança desses, traços étnico-culturais distintivos marcados por especial relacionamento sociocultural com a terra ocupada: nativizaram-se, incorporando-se ao ambiente territorial ocupado.

A proteção das comunidades tradicionais quilombolas é um dever estatal, decorrente tanto da inserção da Convenção 169 no ordenamento jurídico, como do próprio texto da CR e por verter de normas de conteúdo hierarquicamente inferior, como a lei que desenha a política de atendimento das comunidades tradicionais e o estatuto da igualdade racial, como por conclusão do próprio STF em decisão vinculante sobre o tema.

O antropólogo que realizou o RTC da comunidade de Bombas descreve o conceito de “quilombos” em analítica argumentação, entre as fls. 356/365, mas, ao final, assenta pressupostos que orientaram o relatório:

“- que o reconhecimento de um grupo social como quilombo deve atentar para a sua auto-representação ou identidade como grupo étnico; - que esta auto-representação pode estar vinculada a um passado como escravos, mas que é comum haver processos sociais de silenciamento desta memória; - que a identidade étnica deve ser pensada a partir de pesquisa etnográfica, sendo os estudos historiográficos ou arqueológicos vistos como auxiliares na compreensão da realidade presente do grupo; - que a pesquisa do antropólogo é voltada para o caráter social da organização humana, pensando as questões individuais como parte da relação entre membros do grupo; - que há formas diversas de formação e reprodução social de comunidades quilombolas, sendo desnecessário e inconveniente tomar um modelo fixo de quilombo como parâmetro; - que o processo de produção do texto sobre memória e vida social do grupo em questão, assim como a delimitação do seu território a ser reivindicado, passam necessariamente por um diálogo entre o antropólogo e o grupo pesquisado; [...]”

Na ADI 3239, também, os Ministros discorrem em seus votos sobre o que se entende por Comunidade Quilombola, afastando o limitado raciocínio de que se tratou apenas de organizações formadas pela soma de “escravos fugitivos”:

Não se mostra adequado, assim, pretender reduzir o conceito de comunidades quilombolas, hoje, à vinculação com a fuga de escravos até o período imperial. Uma visão constitucionalmente apreensiva da totalidade do fenômeno ora em análise precisa considerar que a tutela constitucional equaciona-se à proteção de um modo de vida distinto daquele da sociedade envolvente, uma relação distinta com a terra e com a natureza, que é constitutiva da própria identidade dessas comunidades⁷.

É fundamental situar que, dentre as Comunidades Tradicionais, a constituição diferencia a forma de proteção, tendo citado apenas duas delas especificamente. Para os indígenas garante o usufruto de sua terra, a invalidação dos títulos pré-existentes e a manutenção do domínio da União. Aqui, o fundamento é a ocupação originária (ainda que pendentes debates sobre a incidência, ou não, de marco temporal). Para os Quilombolas, por outro lado, não garante a invalidação dos eventuais títulos privados sobre o território (discorre o Decreto que há necessidade de desapropriação), mas garante a outorga do título de domínio à comunidade, como título coletivo e não impõe a existência de um marco temporal. Aqui, o fundamento é a segurança territorial, imposta por força de, depois da abolição abstrata da escravidão, não ter o Estado implementado medidas de reparação e de garantia de território. Inclusive, o próprio STF menciona que a Lei de Terras, de forma indireta, proibia a aquisição de terras por pessoas negras, ainda que as posses existissem de fato.

Já as demais comunidades tradicionais não estão descritas no texto da constituição, mas podem ser considerados os ribeirinhos, caiçaras, caboclos, faxinalenses, ilhéus e etc.

7 Supremo Tribunal Federal. ADI 3239, Voto do Ministro Edson Fachin, p. 209.

Essa distinção é fundamental para separar o regime jurídico dos quilombolas do regime jurídico das demais comunidades, indígenas - contempladas pelo texto constitucional - e outras que não tenham sido nele mencionadas, mas que estejam contempladas em normas infraconstitucionais ou administrativas.

Para os quilombolas, portanto, a Constituição garante: propriedade de suas terras, sem incidência de marco temporal, com outorga de título de domínio.

A segurança territorial não está, apenas, dialogando com segurança patrimonial, pelo contrário. É possível que, olhando para um mesmo bem jurídico, a comunidade tradicional esteja observando uma coisa e, os indivíduos não tradicionais e o Estado, estejam vendo outra. E não por devaneio, mas porque o valor de um bem jurídico não é atribuído tão somente pela lei, mas pela forma de se relacionar com ele extraído da própria experiência humana.

Essa lição vem descrita por Carlos Frederico Marés ao tratar dos Protocolos de Consulta Prévia⁸:

[...] Mas tais bens e direitos não são assim entendidos pelos povos, que aos mesmos bens emprestam outras dimensões como o sagrado, a ancestralidade e a harmonia da natureza daí a importância das condições de liberdade e de informação. Portanto, as duas partes, povo e Estado, não estão muitas vezes tratando do mesmo tema, não estão falando da mesma linguagem. Enquanto um trata de recursos, vantagem material, outro fala de espiritualidade, fraternidade ou divindade. Daí a necessidade de um esforço de ambas as partes para entender o discurso do outro. Um bem como um rio, um bosque ou um minério não será entendido da mesma forma pelo povo e pelo Estado, não se resolve em perdas e danos ou em compensação financeira a perda de um bosque ou do trajeto de um rio. O mesmo bem poderá ter um valor material para um e espiritual, intangível, para o outro.

Assim, estabelecidas as balizas normativas deste tópico, sua posição no ordenamento, e diferenciadas as comunidades em termos de garantias Constitucionais, deve-se adentrar na questão do território que é o principal objeto do pedido.

a.1. Território e propriedade privada

A distinção quanto à origem dos institutos de território e propriedade privada é fundamental para visualizar sobre o que se decide. O pedido não é e nem poderia ser de separação de parte do PETAR para aquisição privada da comunidade, como se o direito que

8 Marés de Souza Filho, Carlos Frederico, et al. Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 43/44.

reivindicam decorresse apenas do preceito de liberdade individual que fundamenta as primeiras noções de propriedade em termos civilistas. Quando se fala em reivindicação de território (*direito de sequela, em termos civilistas, que significaria buscar de quem quer que a possua ou detenha*), aponta-se para a reinvidicação de um local atrelado à mentalidade e uso coletivo, para reprodução da forma de vida das comunidades sobre aquele espaço se orientam.

A própria convenção 169 descreve na sua parte 11 sobre TERRAS, dispondo da seguinte forma:

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui **a sua relação com as terras ou territórios**, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de **territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma**.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os **direitos de propriedade e de posse** sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de **utilizar terras** que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a **proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse**.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para **solucionar as reivindicações de terras** formuladas pelos povos interessados.

A Constituição da República e nem o Código Civil tratam da questão de território com diferenciação do que se entende por propriedade privada; porém, a lei que institui a política nacional de desenvolvimento dos povos e comunidades tradicionais dispõe já em sua introdução:

II - Territórios Tradicionais: os **espaços necessários a reprodução cultural**, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma **permanente ou temporária**, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os **arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações**; e

O Estatuto da Igualdade Racial não diverge. E o Decreto 4.887/2003 assim dispõe:

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas **para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.**

A legislação infraconstitucional traz concretude para a previsão normativa da Convenção, reconhecendo que “território”, em termos jurídicos, para fins das comunidades quilombolas, observa o art. 68 da ADCT e que o espaço deve ser entendido como necessário para a reprodução cultural, social e econômica.

Por isso, é de se estabelecer: a questão não se rege pelo regime civilista.

O direito ao território deve ser compreendido como instituto de Direito Constitucional e derivar do regime da Constituição.

Contudo, a propriedade, em termos de categoria jurídica, individual ou coletiva, mantém traços de similaridade, os quais minuciarei mais à frente. E isso para situar que o reconhecimento de um direito territorial, embora não equivalha ao reconhecimento da propriedade privada, merece idêntica ou maior proteção.

É, mais uma vez, o que anteriormente citei, repetindo as palavras de Carlos Frederico Marés, a garantia do *ser* em seu *lugar*. E não me parece, já me adiantando em termos argumentativos, que isso não represente, quase em sua totalidade, o que chamamos de *direito fundamental: existência, pertencimento e segurança jurídica*.

O STF (ADI 3239) toca profundamente neste ponto, o qual reputo um dos mais sensíveis em termos de interpretação do caso que agora analiso. A Ministra Rosa Weber, voto vencedor naquele caso, reconhece que “*o direito fundamental subjetivo está consagrado no próprio preceito constitucional transitório*”, e cita que não deve ser utilizado método interpretativo que reduza ou debilite a eficácia de normas que prescrevem direitos fundamentais. Quando a Ministra alcança o debate sobre a ocupação tradicional, lança os seguintes argumentos:

Lastreado na realidade do fenômeno social que descreve, o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena. A área ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos pode ser conceituada como correspondente “às terras utilizadas por aquele grupo social para garantir sua sobrevivência, ou mais ainda, para assegurar a reprodução de seu modo de vida específico. Destaco que muitas vezes a própria ideia de território fechado, com limites individualizados, parece estranha aos moradores dessas comunidades.

É essencial reproduzir as irretocáveis palavras da Ministra, quando cita Carlos Ayres Brito em voto sobre as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas: [...] *um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil*. O território reivindicado por uma comunidade tradicional quilombola não é, portanto, um direito de propriedade privada, com ênfase civilista, fundado no individualismo e no exercício do poder sobre um objeto.

Quando uma comunidade reivindica diante do Estado seu território e por força da impossibilidade de solução a questão se submete ao judiciário, deve ser um dos nortes do órgão decisor que “território” e “propriedade privada” **não são** institutos dentro do mesmo regime jurídico.

E pondero: os institutos se estruturam em regimes jurídicos distintos, mas detêm, parcialmente, idênticas consequências práticas.

É evidente que é mais do que possível justificar restrições ambientais ao uso da propriedade privada, inclusive a sua perda diante da criação de uma Unidade de Conservação. Mas a propriedade privada, contudo, não se equipara à interpretação de territórios de povos tradicionais, não detendo, sequer, origem comum.

A relação que a comunidade desenvolve com a terra não tem em seu cerne o domínio patrimonial, mas o uso para sobrevivência extraído da natureza os bens necessários às necessidades básicas e, em regra, com baixo impacto ambiental esse *ponto será mais bem analisado no item seguinte*. Além disso, é o território que situa passado, presente e futuro da comunidade, estando intrinsecamente enraizado no indivíduo a noção de que pertence a um lugar e que sua forma de ver, sentir, ouvir e viver o mundo só tem continuidade se for ali situado.

E isso não significa, ainda, que a questão temporal (passado, presente e futuro) de uma comunidade significa que há imposição de que não se atualizem em termos de conhecimento de mundo, acesso à determinadas tecnologias. Afirmar isso seria violar a própria noção de desenvolvimento, é dizer: não é porque a relação entre comunidades tradicionais e seu território é amparada pela originariedade da posse é que estão as comunidades fadadas a viverem de forma rudimentar e se valendo de costumes que os impossibilite de acessar bens mínimos que lhe possibilitem comodidades da vida atual.

De forma bastante simplificada: o acesso das comunidades à internet, por exemplo, celular, energia elétrica e outros bens que possibilitam conforto não conflita com a ideia de comunidade tradicional.

Não significa, ainda, que a própria comunidade não pode abrir mão dessa proteção constitucional do seu território e costumes, o que a própria Convenção 169 o admite. A questão central é que não pode o Estado forçar-las à extinção ou abandono de seus costumes e lugares.

A questão da terra e comunidades tradicionais encontra justificativa não apenas identidade como forma de reconhecimento individual. O território é a própria vida da comunidade, que, sem ele, se submeteria ao que poderíamos denominar vulgarmente de “estupro cultural”. Forçar uma comunidade a se *desterritorializar* é violentar sua identidade, seu modo de ser no mundo. E o estupro da identidade da comunidade não tem como não ferir, no mínimo, centenas de princípios e normas constitucionais.

Apesar de, no regime civilista, determinados direitos violados admitirem a reparação em dinheiro, este não é o caso da reparação da eventual perda de território.

Não existe equivalente jurídico em termos de reparação de danos (princípios da responsabilidade civil) que possa se compatibilizar com o dano a existência, cultura e ambiente que pode ocorrer com a desterritorialização, por omissão ou ação do Estado, em relação a uma comunidade tradicional.

No tópico final, analisarei que, embora não tenha havido a desterritorialização, a Comunidade argumenta que é “clandestina em seu território”, a fim de verificar se também existe a proteção de se manter espiritualmente seguro (sem medo, tranquilo) de intervenções.

Isso não significa também que as Comunidades devam ser romantizadas, pois é da natureza humana que todas as formas de organização detenham contradições em problemas ambientais/políticos/sociais e comunitários. Tanto é assim que, na jurisdição que exerço nesta Comarca de Vara Única, analiso inúmeros casos atrelados às comunidades em que elas não têm razão.

Mas saliento: os casos a respeito de comunidades tradicionais que já tive oportunidade de decidir versam, na maioria, sobre direitos básicos, estradas, educação, moradia, alimentação, transporte e saúde.

A Constituição, contudo, não me autoriza “julgar” o modo de viver da comunidade e qualificá-lo como “bom ou ruim”, “adequado ou inadequado”. O que a Constituição impõe é que eu aprecie, frente ao Direito, se há respaldo para a proteção territorial.

É possível afirmar que o direito ao território abrange, assim, níveis de conexão:

Liga o indivíduo consigo mesmo (identidade e pertencimento), ao seu lugar, possibilitando a ele a permanência (não ser obrigado a sair), a sobrevivência (continuidade de sua estirpe e satisfação de necessidades básicas), a subsistência (garantia de segurança alimentar, abrigo e moradia) e a segurança de não ser removido (proteção estatal diante de terceiros).

Liga o indivíduo a sua comunidade, pois permite a reprodução dessa identidade no meio coletivo (para manutenção do grupo), opera num sistema de decisões e de gestão comunitária (já que o território não é individual) e permite a transmissão da memória e história de ascendentes para descendentes pela linguagem oral e escrita (fortalecendo a continuidade do grupo).

Liga o indivíduo com cada um dos demais dentro do Estado, ainda que não quilombolas, já que o direito de proteção ao patrimônio histórico e cultural está estampado na Constituição e quer significar que a proteção de um bem jurídico protege a toda nação.

Dos diálogos que tive a questão do território é mais do que o lugar em que a comunidade pretende viver (um espaço sobre o qual se projetaria uma relação de poder), mas também o lugar onde seus membros, em último caso, *desejam terminar sua existência*. E é isso uma das compreensões mais tocantes que tive no estudo deste caso.

A Comunidade de Bombas reivindica não só um direito de viver e permanecer, mas um direito de seus membros, se assim o quiserem, findarem suas vidas naquele local; porém, seguros de que não são ali clandestinos e de que não serão removidos.

Assim, trata-se de um direito de contorno ímpar, memória da própria trajetória milenar do ser humano no Planeta, pois coliga cada um com seu lugar, cada um com sua comunidade e toda a comunidade com a nação. E se pudermos rememorar contornos antropológicos, veremos que a rápida mobilidade humana em territórios, com acesso ao deslocamento imediato, uso de meios de transporte e mudanças de domicílio é fato recente.

As comunidades mais antigas estiveram ligadas emocionalmente com a permanência em seus lugares. E, assim, a terra configurava estrutura de seus próprios centros econômicos, sociais e emocionais.

Essas são as palavras utilizadas por Daniel Sarmiento, em parecer ao MPF na ADI 3239:

Em relação a estes interesses, tem-se, de um lado, o direito das comunidades quilombolas às terras que ocupam. Já se demonstrou anteriormente que este não é um simples direito patrimonial, pois a sua garantia é condição necessária para a existência da comunidade étnica. Por isso, tal direito encontra-se associado diretamente à própria identidade e dignidade humana de cada membro do grupo,

ligando-se também, por outro lado, ao direito de todos os brasileiros à preservação do patrimônio histórico-cultural do país.

Prossegue, ainda, o parecerista e doutrinador⁹, formulando conclusão importantíssima de que a norma que garante a outorga do domínio é: a) definidora de direito fundamental; b) para garantia de um modo de vida; c) para promoção de justiça social de um grupo historicamente violentado; d) para garantia de reparação histórica; e) que constitui patrimônio cultural do país.

Essas ideias se tornam mais concretas quando se retorna aos autos, às fls. 379, onde o relatório antropológico passa a apontar “*Um lugar Chamado Bombas*”, descrevendo o acesso ao local (a dificultosa trilha de acesso), as atividades tradicionais (casas de pau-a-pique, a criação de porcos, galinhas e patos, a forma de se alimentar de frutos e de gerir a agricultura), as roças, a vida em bombas, as migrações, suas festas populares, a forma que se compreendeu/compreende como “quilombola”, seu contexto histórico e suas mudanças.

Até aqui, o que se pode concluir é que as Comunidades Tradicionais estão protegidas pelo ordenamento jurídico, por normas internacionais e pela Constituição. Especialmente em relação **aos quilombolas**, reconhece-se a existência de um direito fundamental, decorrente da própria regra que o define no art. 68 da ADCT, que contém normas da mesma natureza jurídica que o próprio texto constitucional. A legislação ordinária também os protege e o domínio de suas terras não se funda apenas na proteção semelhante à propriedade privada, mas se submete a um complexo regime de preservação individual, coletiva e comunitária.

Não por isso o domínio descrito na Constituição detém menos caracteres deteria menor proteção -, como fundamentarei mais à frente. Isso quer dizer que apesar de refletirem **direitos de origens distintas**, o que se chama de atributos da propriedade (usar, gozar, fruir e dispor), permanecem irretocáveis nos dois institutos, podendo, inclusive, em alguns casos serem limitados (como nas imposições de proteção ambiental).

O território pertence à comunidade, assim como a comunidade pertence ao seu território.

E é por isso que o STF, na análise da ADC 42 e da ADI 4269 firmou entendimento de que os territórios tradicionais são objeto de proteção mesmo antes de reconhecidos. Na ADI acima citada, o STF atribuiu interpretação conforme à Constituição para afastar interpre-

9 Parecer Daniel Sarmiento: <https://seppirhomologa.c3sl.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2387/PARECER%20ADI%203.239.pdf?sequence=-1&isAllo wed=y>

tações que permitam regularizações fundiárias em terras tradicionais para terceiros não tradicionais. Na ADC, por sua vez, reafirmou-se que a proteção de territórios tradicionais não depende de demarcação e titulação prévias.

Tanto o Supremo Tribunal Federal como a Corte IDH já reconheceram direitos territoriais e socioambientais no contexto de proteção de comunidades tradicionais. Me valho, sem aprofundamento (que é impossível, ante a densidade do caso em análise), apenas para pontuar como referência teórica, alguns casos mencionados por Eliane Cristina Pinto Moreira¹⁰, no livro *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos* e por Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann no livro *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*¹¹.

Cito como referências nas citas obras o caso *Comunidad Moiwana vs. Suriname* em que “a corte reconheceu que a relação desta comunidade com suas terras tradicionais é de ‘vital importância espiritual, cultural e material’ e que a manutenção da integridade e identidade cultural está estritamente vinculada à garantia de acesso à ‘terra de origem’ [...]”.¹² Ainda, o caso *Comunidad indígena Yakye vs. Paraguai*, em que “a Corte estabelece o reconhecimento jurídico das estreitas relações entre território, cultura, recursos ambientais e identidade cultural, afirmando a existência de uma ‘forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo’ a qual se constrói na relação com o território e seus recursos, conformando a identidade cultural desse grupo. [...]”¹³.

Outro caso de relevância é o das *Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia*, pelo qual a Corte utilizou, pela primeira vez, o termo “comunidade afrodescendente” e aplicou a eles a Convenção 169, reconhecendo o direito de permanência em sua propriedade coletiva e de proteção contra a remoção forçada de seu território.¹⁴

O mais recente caso submetido à Corte que também envolve a temática é aquele que trata a respeito da remoção forçada das Comunidades Quilombolas de Alcântara, no Maranhão. No debate, o Brasil admitiu sua responsabilidade pela omissão e ação violadora de direitos territoriais.

10 Moreira, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos territoriais dos povos tradicionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

11 11 Paiva, Caio Cezar. Heemann, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2º ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

12 Moreira, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos territoriais dos povos tradicionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 111.

13 Moreira, Eliane Cristina Pinto. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma análise a partir dos direitos territoriais dos povos tradicionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 111/118.

14 14 Paiva, Caio Cezar. Heemann, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2º ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 514-520.

A CIDH, então, vem reconhecendo paulatinamente a existência de direitos socioambientais, modificando até mesmo a interpretação a respeito da propriedade privada (que surge apenas com as bases liberais acima expostas) e reconhecendo um direito ao território de origem, ligado a recursos naturais, a bens materiais e imateriais, à sobrevivência e às práticas culturais, assim como a proibição de remoção forçada de seus lugares.

a.2. A Comunidade de Bombas

Não há dúvida de se tratar de comunidade Quilombola; o RTC juntado na inicial é documento de valor único para fins de reconhecimento dos direitos dessa comunidade, pois ele descreve detalhadamente o desenrolar da ocupação do local através dos anos que sucedem o período de suposta abolição da escravidão até o início do século, passando para datas intermediárias da criação do Parque até os dias em que elaborado o estudo (há quase vinte anos).

Reproduzo alguns trechos do minucioso estudo para firmar a compreensão sobre o que está sendo decidido. Segundo o RTC (fls. 379 e ss.), a comunidade é a de *mais difícil acesso* dentre todas as existentes no Município de Iporanga, e as condições da estrada são *precárias*, fica próxima do território do Município de Itaoca, em região montanhosa, não mantém nenhum rio de grande vazão, mas inúmeros córregos, com região riquíssima em água limpa. É permeada por um mosaico de florestas maduras e matas secundárias em regeneração (fls. 381), além de deter raro sistema de cavernas.

Naquele documento alguns pontos são centrais e ainda permanecem. A comunidade vive exclusivamente de *agricultura de subsistência* (fls. 381 e ss.), cultiva hortaliças e alimentos de intensa variedade (se alimentam de folgas, frutos, sementes e raízes), diante dos usos e costumes com sementes (arroz, milho, abóbora, pepino, mandioca, chuchu, batata-doce, maracujá, taiá, inhame, cará e etc), utiliza de matéria-prima da própria Mata para construção de moradias e locais de apoio (feitas com toda matéria da floresta, inclusive seu mobiliário), se situa em local de difícil acesso, vem diminuindo ao longo dos anos pela situação geográfica e social, está inteiramente dentro do Parque (embora seu território também esteja abrangendo outras áreas), e sofre com problemas de acesso à direitos básicos como Saúde e Educação.

Veja-se (fls. 456):

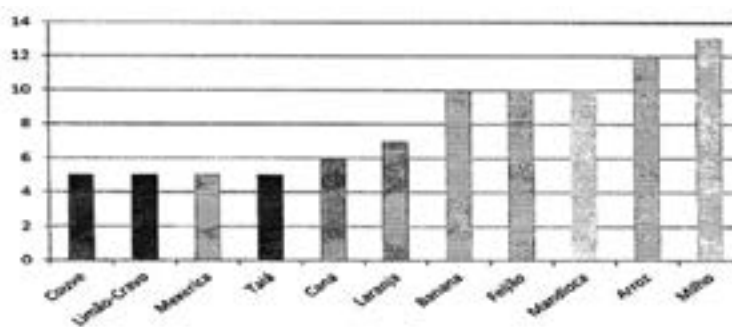


Figura 16: número de famílias que usam cada uma das principais culturas citadas

Quanto à forma de moradia e construções (fls. 453):

As construções são feitas de esteios de madeira, amarrados com cipó e rebocados com barro, que é retirado das proximidades do local da construção ou em outro local com barro de melhor qualidade. Em alguns casos, este foi misturado com cinzas para formar o reboco. Dobradiças, pregos, canos e mangueiras de plástico adquiridos na cidade, também são utilizados. Existe apenas uma casa de tábuas de madeira, sem reboco de barro.

As madeiras usadas na construção mais citadas foram: arivá, taiúva, pororoqueira, cabriúva, angico, cutumeira, caniúna, pau-de-fumo, tapororóca, cavanã, além da taquara (espécie de bambu). Para os esteios são usados caneleira, rabo-de-burro, loureira e sobreji, fazendo o amarrar com cipós, como: timbopéva, imbé e unha de gato. Todos os moradores retiram estes recursos das matas do quilombo.

Para a confecção do telhado das casas normalmente são utilizados um ou mais materiais. Os mais utilizados foram papelão laminado, telhas de fibrocimento ("brasilit") – comprados nas cidades próximas (Iporanga e Apiaí) – e sapé, coletado dos campos. Normalmente ocorre a utilização predominante de um destes materiais, que pode ser complementado pelos outros dois.

Fls. 454:

Figura 17: construção de pau-a-pique

Para construção de outras edificações rurais como galinheiro e tarimbas (paléis), são usados os mesmos materiais. As tarimbas são construções para armazenamento da colheita, feitas alguns centímetros acima do solo para evitar a umidade e o acesso de animais.

Os materiais residuais das construções têm alguns possíveis destinos. Aqueles retirados da mata, como barro e madeira, podem ser reutilizados em reformas ou outros usos domésticos. Já os outros materiais (telhas, pregos etc.) não tiveram seu destino especificado nas entrevistas.

Por serem casas feitas com materiais naturais, são mais suscetíveis a intempéries, ou seja, as interações com o ambiente são mais intensas. Em função disso, mais da metade das famílias relatou interferência de eventos naturais nas edificações, principalmente chuvas intensas e ventos fortes. Ainda assim, alguns moradores afirmaram que nunca tiveram problemas estruturais devido a eventos naturais.

Cito trecho do estudo que considero sensível e raro, dada a descrição da forma de vida da comunidade, que se repete a centenas de anos (fls. 383 e ss):

A agricultura é praticada da seguinte maneira: no final do período da seca, entre agosto e setembro, o agricultor escolhe uma área para plantio, de preferência uma área secundária bem desenvolvida, chamada capoeira. Ele roça a mata por baixo, retirando a vegetação do sub-bosque, e depois corta as árvores, uma a uma, com auxílio de um machado. É um trabalho árduo, geralmente realizado por homens adultos. A biomassa resultante, depois de secar ao sol, é queimada. Com o início das chuvas, as cinzas penetram no solo, e são elas, junto com o húmus que a floresta produziu em seu tempo de pousio que vai nutrir a plantação [...] o agricultor precisa ser habilidoso para escolher a hora certa de derrubar a capoeira, pois, se a chuva vem com a queima, o trabalho e as árvores se perdem. Os moradores costumam saber quais trechos de solo mais adequados para abrir uma roça. Além disso, os locais mais inclinados ou pedregosos são evitados [...].

Em continuidade, o RTC vai descrevendo as dinâmicas das roças, e explicando que não há cultura única alimentar, além do fato de que no local se desenvolvem culturas tão diversas, devido às práticas tradicionais.

O estudo narra que a forma de trabalho, às vezes, exige solidariedade de produção, pois é preciso contar com apoio de outros moradores. Há diferentes formas de troca de serviço, quando um trabalha para o outro para que, quando aquele necessitar, também possa contar com ajuda. Sendo possível, um pode até pagar um “camarada” para que auxilie no dia de serviço, mas o uso do dinheiro na comunidade, à época do estudo, era possibilidade considerada como certa representação de riqueza.

Dentro desse mesmo sistema de trabalho, vê-se que os moradores poderiam se reunir para a finalidade de auxílio direto ou mesmo reunirem-se para trabalho nas roças tendo como pagamento uma refeição, ou até mesmo uma festa, um baile, num sistema denominado “puxirão”.

O próprio estudo aponta que, embora tradicionais essas relações de trabalho, vinham diminuindo com o esvaziamento da comunidade.

Contudo, não há dúvida da forma tradicional de vida. À época, a localidade contava com por volta de 85 pessoas, em 16 casas, representados em uma única linha de parentesco e “*descendentes de famílias negras que habitaram a região*”, além de duas famílias de quilombolas agregados (fls. 389). O estudo cita a existência de três moradores de fora, os quais não mantinham boas relações com a comunidade.

Uma das partes mais sensíveis do estudo, que também reflete a problemática atual, é a que assim descreve: *“Bombas não conta com energia elétrica, telefone, água encanada ou rede de esgoto. Há duas pequenas escolas rurais, recentemente municipalizadas, que distam aproximadamente uma hora de caminhada.”* Ou seja, já era conhecida, à época, a situação de desatendimento de necessidades básicas de acesso, comunicação, transporte e educação. Confira-se:

Algumas crianças andam até 1,5 hora para chegarem à escola. Após os alunos completarem a quarta série, precisam ir morar em Iporanga ou no Bairro da Serra para estudar, ou, como é mais comum, simplesmente param os estudos, pois os pais não têm como manter os filhos na cidade. Há um pequeno posto de saúde na região da Cotia, mas encontra-se desativado. Há visitas esparsas do médico do município, mas na maioria das vezes, é necessário o deslocamento até Iporanga (duas a quatro horas a pé ou a cavalo) quando há algum problema de saúde. A retirada de doentes pela trilha é um grave problema para os moradores, que têm dezenas de histórias para contar sobre situações em que foi necessário fazê-lo.

A situação relatada não se modificou depois de mais de 20 anos de estudo, como comprova a inspeção judicial realizada pelo Magistrado João L. Calabrese:

O horário de partida foi 09:50 da manhã. De antemão destaco que o percurso só pode ser percorrido a pé ou a galope, no caso cavalo e mula. É impossível se chegar à comunidade de Bombas utilizando veículo motorizado (carro ou moto). Em relação à trilha a impressão deste magistrado é a pior possível. Percorrer tal caminho foi um verdadeiro calvário (por sinal, neste momento em que redijo o relatório, estou sentindo uma forte dor nas costas e nas pernas, consequências diretas da hercúlea jornada).

Destaco que o terreno é bastante acidentado, alternando trechos de íngremes subidas, planos e acentuadas descidas. O momento de chegadas em Bombas Inferior foi precisamente 13:42 da tarde, ou seja quase quatro horas de caminhada. Destaco que não visitei Bombas Superior, pois a previsão era de mais uma hora de caminhada em uma puxada subida.

[...]

Tenho a certeza absoluta, cabal e peremptória de que a situação de isolamento da comunidade de Bombas atual é inadmissível. Há a necessidade de se providenciar um meio de acesso para conectar a comunidade à cidade de Iporanga (e ao resto do país).

O cenário atual constitui uma verdadeira afronta aos princípios comecinhos que norteiam a

Confirmação do relato também é a reportagem pública e notória do Instituto Socioambiental - ISA, que neste ano elaborou uma série de um documentário local em que cita os entraves de situação ainda vivenciada pela comunidade.¹⁵

Saliento a conclusão parcial de fls. 390: *Em Bombas, onde houve este aumento de necessidades e redução nas possibilidades de geração de renda, isto quer dizer que os moradores vivem abaixo do que consideram suas necessidades básicas.*

Quanto à educação e saúde, militam os documentos de fls. 441/442:

5.1. QUALIDADE DE VIDA

5.1.1. Saúde

O Quilombo não conta com Unidades Básicas de Saúde (UBSs) em seu território. Na tentativa de suprir essa carência a prefeitura oferece visitas de um agente de saúde e um médico.

5.1.2. Educação

No quilombo há duas escolas, denominadas pelos moradores como "de cima" e "de baixo". Buscando contemplar todas as famílias, cada uma delas está mais próxima de certo número de casas, já que estas são distantes entre si (Figura 2). Os professores são de Iporanga e, por conta da dificuldade de acesso, realizam esse percurso (Iporanga - Escola) semanalmente e se instalam (de segunda a sexta-feira) nas dependências das escolas. A dificuldade de acesso é apontada pelos professores como principal motivo para a não aderência dos demais professores do município a lecionarem na comunidade.

Com esses trechos quero situar que me sensibiliza como pessoa e como Magistrada, agente do Estado, o relato minucioso que me apresenta este processo. A Comunidade de Bombas, do que se comprova, com seus costumes tradicionais sobreviveu no território por centenas de anos, com origem em famílias negras dispostas na região em virtude dos impactos da escravidão e da vinda de negros escravizados para exploração do ouro, mas não só. Ela se estabeleceu e sobreviveu graças aos seus costumes tradicionais, mas as transformações ocorridas no mundo ao longo desses anos geraram impactos sobre a vida da população que hoje se vê impactada em seus costumes, ao mesmo tempo, ostenta condição economicamente miserável e sem acesso a direitos básicos constitucionalmente reconhecidos.

As migrações se tornaram um fato corriqueiro para garantia de acesso a trabalho, renda, educação e saúde. Todavia, a origem de Bombas é bem descrita, pelo que segue às fls. 397 e ss., indicando-se que a parte de baixo de Bombas foi ocupada em primeiro lugar pela família Furquim, possivelmente originária da região vizinha do Lageado. Parte dos moradores, por outro lado, vieram da região do Gurutuva, vizinha do território do quilombo Cangume (em Itaoca, Município que confronta com o Município de Iporanga).

Nesse ponto, o RTC realiza um importante histórico que situa as ocupações por pessoas negras na região, possivelmente migrantes atraídos pela riqueza das florestas do Vale do Ribeira, à época, indicando o movimento entre as localidades próximas a Bombas e como as pessoas chegaram, habitaram ou construíram seus costumes no local; indica-se, na nota de rodapé de fls. 398 que os estudos das ocupações antecedem 1850, ou seja, *mais de cem anos antes da Criação do PETAR*.

Citam-se, ainda, as famílias de sobrenome Ursulino e as migrações entre as localidades de Iporanga (Baú e Feital), para a localidade de Bombas nos anos de 1900. É fato que a comunidade de Bombas, por se situar entre Iporanga e Itaoca, contou com movimentos de ocupação dialogando entre as duas cidades, como se vê de fls. 400 em que são citadas as localidades de Pavão (Itaoca) e Porto Velho (comunidade quilombola acessível, hoje, apenas via Itaoca, embora pertença à Iporanga).

Essas migrações e ocupações contam com raízes rurais negras e caboclas

(fls. 401), tendo o documento descrito as migrações decorrentes de ocupação na localidade de Cotia Grande, Lagoa, Roncador e Córrego Grande. Citam-se, ainda, as famílias Peniche e movimentos com a localidade de João Surá (comunidade quilombola no Paraná, acessível pela proximidade de território e pela divisa entre Estados). O documento prossegue descrevendo o deslinde de movimento de famílias, até que relata a criação, em 1958 (fls. 404), do PETAR.

Importante a seguinte conclusão: *"a criação do PETAR não modificou em nada a vida dos moradores de Bombas até a década de 1980, pois só então o Parque foi implementado (SILVEIRA, 2001)."*

O relatório prossegue, então, analisando modificações sociais a partir de 1970, quando houve implementação de projetos de desenvolvimento e atos de ocupação de terras, inclusive grilagem, abandono de áreas florestais pela população rural, questões sobre propriedade privada, conflitos e remoção da floresta. Narra-se, ainda, a atuação dos grupos de espeleólogos para proteção dos sistemas descobertos na localidade.

Tal relato data de meados dos anos 1970/1980, com pontos sobre o abandono do território, a interação com madeireiras e pessoas interessadas em exploração e aquisição de terras; além disso, se sobrepõe o processo de implantação do Parque, por meio do qual os próprios moradores de Bombas também foram responsáveis pela medição das áreas, desconhecendo os impactos sobre seu território.

Frise-se um ponto bastante importante para futuro enfrentamento (fls. 407):

A implantação do Parque causou uma situação paradoxal. De um lado, impediu a desagregação da comunidade, pois congelou a possibilidade de desmatamentos na região, como o pretendido pela MADEFE. Retirou também qualquer possibilidade de exploração de minérios na área do Parque e em seu entorno, e fez compradores de terra desistirem de cuidar de suas posses. Ficaram, portanto, em todas as regiões de Bombas descendentes dos antigos moradores, e Bombas, enquanto grupo social, perpetuou-se no

tempo e no espaço, apesar das ameaças. Por outro lado, a implantação do PETAR significou que todas as atividades dos moradores se tornaram clandestinas, inclusive a situação de moradia. [...] como a regularização fundiária não foi feita até o presente momento, os moradores, que nasceram na região mas não possuem qualquer tipo de documentação, não foram retirados. Mesmo não sendo oficialmente retirados, muitos moradores de Bombas deixaram a região em busca de melhores condições de vida, deixando o local com uma população menor, dificultando as redes de ajuda mútua, como vimos no capítulo anterior. Os moradores atuais de Bombas são aqueles que resistiram à migração ou que migraram e retornaram por não encontrar condições de vida adequadas fora do bairro.

Neste ponto se encontra, em termos práticos, o problema aqui debatido e a ser solucionado. A comunidade, que vivia naquele território reconhecidamente em tempo anterior ao Parque, pela criação dele, passou para a categoria de *clandestinidade*. Todavia, a criação da Unidade visava paralisar ações de mineradoras, madeireiras, invasões e grilagem em território especialmente importante para o Planeta e para estudiosos de diversas áreas. Além disso, já era, à época, reconhecida sua importância científica pelos pesquisadores, especialmente espeleólogos.

Ou seja, por um lado a importância da Unidade, por outro, o seu impacto sobre a comunidade. Além disso, é fato que a unidade não contou com regularização fundiária, o que minuciarei mais brevemente nos tópicos seguintes. E, até por isso, as restrições ambientais passaram a recair até mesmo sobre as atividades de subsistência da comunidade, como as roças tradicionais, principal atividade de subsistência devido às formas de viver ali implementadas (por exemplo o documento de fls. 500 e ss.).

Como já citei anteriormente, dados recentes apontam que a comunidade vive na mesma situação, mesmo que o RTC seja do ano de 2002: a comunidade diminuiu, prossegue clandestina (vivendo em um lugar que não é reconhecido como seu), ainda há restrições de subsistência (limitação ao exercício das roças e escoamento delas), o território não está regularizado e a regularização fundiária do PETAR não foi

implementada. A comunidade também não foi removida, mas não conta com apoio Estatal que implemente as políticas hoje descritas em Lei a seu favor.

A respeito, noticio que já sentenciei ação em que condenei o Estado de São Paulo no fornecimento de educação rural quilombola e que, recentemente, conforme notícia,¹⁶ há debate sobre a condição dos Professores que se deslocam até lá, pois colocam suas vidas em risco durante o deslocamento em trilha que se percorre no tempo de 7 a 10 horas, com perigos como animais, enchente do Rio, acidentes e sem pagamento de auxílio de risco pelo Estado de São Paulo.

Assim, a questão de bombas é sobre a sobrevivência da comunidade e seus direitos culturais e territoriais; a proteção ambiental, evitando a agressão de terceiros e a garantia de direitos sociais básicos da comunidade.

Passo, no próximo tópico, a situar a questão ambiental, outro vértice desta sentença.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.

Processo nº: **0000522-11.2014.8.26.0172**
Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração**
Requerente: **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**
Requerido: **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva Itesp e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **HALLANA DUARTE MIRANDA**

b) Unidades de Conservação Parque Estadual Turístico do Vale do Ribeira

Essa decisão contém tal grau de densidade que não é possível minuciar argumentos teóricos/filosóficos que são mais do que evidentes no ordenamento jurídico como a claríssima imposição de proteção ambiental como bem transindividual previsto no art. 225 da CR. Me perder nessa justificativa seria redundância, já que nem a parte autora ou ré justificam a relativização da proteção ambiental. Nenhuma das partes sustenta que a agressão deve ocorrer para proteger a comunidade e detalharei a questão no terceiro tópico da sentença.

Talvez seja importante tal clareza: apesar de conflitar com a Unidade de Conservação, a comunidade não sustenta um direito a degradação ambiental; e apesar de a Unidade conflitar com a comunidade, não se sustenta a remoção dela. A questão é decidir como compatibilizar essas questões.

A proteção ambiental é uma das vigas mestras da ordem econômica, conforme texto expresso da Constituição (art. 170, VI), de forma que o desenvolvimento humano tanto faz uso dos bens e elementos fornecidos pela natureza, como também exige desse mesmo beneficiado, o respeito às normas e limitações legais a fim de não exaurir seus recursos. Contudo, a Constituição não adota um modelo que exige e impõe a necessária manutenção de pessoas em condição de miséria para prestígio da proteção ambiental.

Essa situação, inclusive, é combatida logo no início da Constituição em que se prescreve que *erradicar a pobreza é e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais é um dos objetivos da República* (art. 3º, III, da CR). Essa também deve ser a mentalidade desta decisão, pois não posso, na condição de Magistrada, subverter o sistema constitucional eleito pelo constituinte originário.

É dizer: a situação exige compreender o texto constitucional, partir dele e fazer esforço para concretizá-lo. Até porque, me pareceria contraditório, para não dizer, juridicamente

hipócrita, sustentar que estão as comunidades tradicionais fadadas à miséria e desproteção por terem optado por manterem seus costumes tradicionais e para proteção ambiental enquanto a população urbana, por outro lado, esgota os recursos naturais para ter acesso, cada vez mais, a bens de consumo.

Esse ponto contém alto teor filosófico, mas também é necessário dizer: não é possível sustentar uma proteção global (da humanidade, a partir do ambiente) sem sustentar a importância da proteção comunitária. E isso não quer que se está dizendo que há um direito de degradar. Pelo contrário, são vértices de uma mesma questão que deve ser vista com ponderação, bom senso e coerência jurídica.

Evidentemente, tanto os Tratados Internacionais, como a CRFB prescrevem a existência de espaço territorialmente protegidos. Dentre eles, estão protegidas as Unidades de Conservação e os Territórios Tradicionais de comunidades como a de Bombas. Inclusive, é importante frisar que o STF reconheceu que os tratados internacionais que tratam de normas ambientais têm natureza de tratados de Direitos Humanos (STF, ADPF 708, rel. min. Roberto Barroso, Plenário Virtual, 01/07/2022).

Assim, a proteção ambiental é inegável, tanto nas normas, como para o caso, em que a comunidade não reivindica um direito de degradar, mas um direito de permanecer. E, mais, reivindica um direito ao domínio previsto constitucionalmente.

O que estará em questão é a acomodação desses valores, mas não no nível de conflito de princípios, como mais à frente explicarei. O que conflita, no caso, é regra constitucional (art. 68 da ADCT), com Decreto Estadual (também regra). Ainda que tais regras estejam fundadas em valores constitucionais, não se trata de conflito de princípios. Ou, supostamente, o que conflita é a posição teórica entre a Convenção 169 e o Decreto que cria o PETAR, comparando-se, ainda, com o artigo 42 da Lei do SNUC.

No primeiro caso, o debate toca na questão da recepção. No segundo, no controle de Convencionalidade de normas internas.

Uma das dificuldades dessa decisão é a análise temporal de normas segundo conceitos/necessidades/exigências e a estrutura normativa de suas épocas. Por força da percepção de que o uso de recursos naturais teria limite ou poderia comprometer a existência humana, replicou-se no mundo a criação de Parques Nacionais¹, tendo como objetivo não só a proteção das belezas naturais, como a proteção da pesquisa científica, a preservação das

1 Baptista, Bernardo W. M.; Vieira, Lys G.S. A cultura como ferramenta de manutenção das raízes Caiçaras da Jureia. Revista Observatório da Diversidade Cultural. Volume 01, nº 01 (2014). www.observatoriodadiversidade.org.br/revista.

espécies e a reserva de lugares em que, supostamente, o uso e a fruição seriam limitados de tal forma que poderiam permanecer “em estado original”:

Até o final dos anos 80, tinham uma visão centrada na superioridade da natureza sobre a espécie humana, o que levou a criação de Unidades de Conservação (UCs) como estratégia de proteção de áreas naturais baseada no modelo biogeográfico 3 de “ilhas de diversidade”. As UCs desse período eram criadas, então, sob um regime de “proteção integral” (ainda hoje em vigor), onde não se admite a permanência humana de nenhuma natureza. Nesta década, portanto, muitas comunidades e povos da mata foram vitimizados por essa estratégia, por vezes, perdendo o direito de morarem em seus territórios de origem ocasionando, assim, a ruptura de relação do homem com o seu ambiente que, naturalmente, o leva a perda de muitas das suas características culturais no processo reterritorialização (conceito definido ao longo do texto) em um novo lugar.

Essa ideia mantém em seu cerne uma certa ideia de preservação “do todo” com a limitação de partes.

Veja-se que no tópico acima esse panorama está refletido quando se implementa o PETAR: paralisando ações agressivas de terceiros, como madeireiros, mineradoras e grileiros e cedendo ao esforço de espeleólogos pela proteção da localidade. Não me parece, neste ponto, que a iniciativa do Estado teve como impulso a repressão da comunidade, contudo, ela o ignorou, por fatores diversos como:

- i) a invisibilização² de comunidades tradicionais remanescentes de pessoas negras - um fenômeno não só nacional;
- ii) A compreensão de que o Vale do Ribeira seria “pouco desenvolvido” e necessitava de intervenções para refrear ações ideológicas (guerrilhas), e para o tornar mais desenvolvido o que se reflete em inúmeras ações em que observo que o Estado promoveu incentivo de ocupação por agricultores na localidade,
- iii) o baixo grau de instrução das comunidades (que não significa ausência de conhecimento ou sabedoria, mas conhecimento acadêmico) que, à época, ficavam vulneráveis em termos de direitos;

Chama-se tendência preservacionista a ideia de separação de espaços em que não pudessem o indivíduo usufruir, reservando-se outros espaços para que, então, se desenvolvesse com suas atividades corriqueiras. Nos estudos de Ecologia Política, Antropologia e até mesmo na esfera Federal onde atuam ICMBIO, AGU, MPF e outras entidades, já há posicionamentos aprofundados sobre a problemática dessa tese.

2 Termo utilizado por Eliane Cristina Pinto Moreira na obra *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos*, diferenciando-o da invisibilidade para apontar para um fenômeno intencional.

Até mesmo o Ministério Público Federal admite, em seu manual de atuação a respeito de Unidades de Conservação e Populações Tradicionais que muitos conflitos se originam da criação sem participação da sociedade civil.³

Caso é que, inevitavelmente, a criação das Unidades de Conservação nas décadas de 1960, 1970 e etc. observava a realidade do seu tempo, tendo em vista os dados de alfabetização da população e o índice de pessoas que vivia na zona rural, a fase embrionária do Direito do Meio Ambiente, que sequer estava atrelado à visão socioambiental, e à inexistência de normas como a Convenção 169 e, a inimaginável previsão de que a Constituição da República determinaria a proteção das comunidades indígenas em um capítulo, além da proteção das comunidades quilombolas em um dispositivo.

Essa interessante construção vem descrita em pesquisas e documentos de diversas áreas.^{4,5}

Ao passo que isso ocorria, a criação das unidades estava alocada em aspectos formais, assim como em exigências de pesquisadores, que o Estado, especialmente em São Paulo, visava atender formalmente. Digo isso porque a própria ré, Fundação Florestal, comprova por documento juntado às fls. 760 e ss. que a criação do PETAR aconteceu no ano de 1968, mas que somente nos anos 1980 é que passou a ser exigida conduta positiva do Estado para proteção real. Confira-se (fls. 762):

No início da década de 1960, um grupo de espeleólogos foi de vital importância para os estudos e mapeamento do patrimônio espeleológico na região, retomando as buscas por novas cavernas, a partir de uma listagem já conhecida pelo naturalista Ricardo Krone. Destaca-se também Michel Le Bret, espeleólogo francês que realizou diversas pesquisas na região, fundando as bases da moderna espeleologia. Le Bret também planejou o 1º Congresso Brasileiro de Espeleologia realizado na Caverna Casa de Pedra e fundou a Sociedade Brasileira de Espeleologia que, na década de 1970, contribuiu na luta pela consolidação do parque.

Por força do movimento "Pró PETARTM" e a criação do Grupo de Parque e Áreas Naturais, equipe multidisciplinar do Conselho Estadual do Meio Ambiente - CONSEMA deu-se início à implantação efetiva do PETAR.

A partir da década de 1990, com o incremento do turismo, o Parque foi transformado na principal rota de ecoturismo do Estado, o que proporcionou a aproximação do território protegido com a comunidade local, principalmente por conta da realização de dois cursos de monitores ambientais e da criação de um grupo de voluntários que atuou junto à gestão no ordenamento do turismo, especialmente para minimizar a ocorrência de acidentes no interior das cavernas.

3 Conhecer como se deu a condução do processo de criação da Unidade de Conservação é importante para a compreensão do seu contexto de inserção local e regional. Muitos dos conflitos com populações residentes na Unidade de Conservação ou localizadas no seu entorno têm origem em processos de criação conduzidos de forma autocrática, sem participação dos segmentos interessados da sociedade civil.

4 Barretto Filho, Henyo Trindade. Notas para uma história social das áreas de proteção integral no Brasil.

5 Spaolonse, Marcelo Barbosa. Desamparados nas grotas do Estado. Contratempos da sobreposição entre território quilombola de São Roque e os Parques Nacionais de Aparados da Serra e da Serra Geral.

A criação formal, com a demora na implementação somente consolidou o evento que agora se debate: O Vale do Ribeira, como comprovam os documentos nos autos, era dotado de altíssimo grau de preservação ambiental (e, ainda o é), com pouquíssima exploração econômica devido ao pouco acesso por estradas, falta de pavimentação, declínio do período de exploração de ouro nas localidades de Iporanga (onde se situa Bombas), Apiaí e Eldorado (à época, Xiririca). Essa informação pode ser extraída de inúmeros documentos históricos, assim como teses de Mestrado e Doutorado de Pesquisadores em diversas áreas.

Isso significa que o Estado de São Paulo seguia tendência mundial, muito por força dos estudos de pesquisadores, aplicando a tendência preservacionista (com ideia

de isolamento de ser humano e ambiente em lugares distintos), ignorando a quantidade da população rural local, mas sendo omissa no sentido de implementar medidas de mapeamento, descrição, identificação de posses/propriedades. Por outro lado, o Vale do Ribeira se situava em localização geográfica de difícil acesso, o que fez perdurar a existência de ocupação humana dentro do próprio perímetro que hoje se considera o Parque.

A comunidade, por sua vez, ainda hoje é composta de inúmeras pessoas com origem direta das pessoas escravizadas que aqui se alocaram em idos de 1700/1800 e, além disso, se organizava de forma rural e com agricultura de subsistência, sem acesso aos supostos desenvolvimentos que já alcançavam a maior parte do Estado. Fatalmente, a criação do Parque, também de forma evidente, se impõe sobre posses já consolidadas, propriedades privadas e locais ocupados de modo centenário por comunidades tradicionais.

Essa realidade não é ignorada pela legislação mais recente sobre o tema, a Lei do SNUC, que agora completa mais de vinte anos. O diploma não ignora que a criação da Unidade de Conservação impõe a desapropriação das propriedades privadas e realocação de comunidades tradicionais, com elaboração de plano de manejo.

Mais à frente, situarei a compreensão mais recente sobre tal previsão. Ressalto, ainda, que mais a frente pontuarei que não entendo ter havido desapropriação indireta (com força de permitir a remoção da comunidade) com a Criação da Unidade⁶, como parte da Jurisprudência entende possível. Isso porque a realidade do PETAR que se escancara aponta para inúmeras omissões estatais na regularização fundiária e, em segundo lugar, em razão de que a comunidade de Bombas sempre esteve naquele território.

6 Entendimento já expresso pelo STJ em casos similares, como no da criação do Parque Nacional de Jericoacoara: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/25042023-Primeira-Turma-reconhece-desapropriacao-indireta-na-criacao-do-Parque-Nacional-de-Jericoacoara.aspx>.

O fato é que a criação das unidades ignorando realidades históricas centenárias fez com que, além disso, se impusesse sobre as comunidades a necessidade de remoção, conforme conta Marcelo Lopes de Souza⁷, em sua obra, *Ambientes e Territórios*:

Um enfoque biocêntrico ou ecocêntrico extremado (e o preservacionismo daí resultante) pode ser questionado por seu conteúdo anti-humanístico, vale dizer, por sua insensibilidade ou por pouca sensibilidade perante as necessidades e os direitos dos seres humanos (por exemplo, as necessidades e os direitos das populações indígenas ou tradicionais, ou mesmo de grupos subalternizados urbanos, quando diante de situações de ameaça de desterritorização na esteira de projetos de proteção ambiental, como a criação de um parque nacional). Em tais casos, é possível não apenas invocar argumentos relativos a direitos humanos, mas, igualmente, recordar que o “ambiente” não é uma coisa que simplesmente “circunde” os seres humanos, como se lhes fosse propriamente exterior, mas sim *uma realidade que os inclui*.

A isso vem se atribuindo o nome de “injustiça ambiental ou racismo ambiental”, termo que procurarei não explorar, mas que reflete a inevitável imposição de consequências ambientais mais gravosas aos mais vulneráveis:

[...] percebeu-se que as comunidades constituídas por minorias étnicas, especialmente afro-americanos, recebiam e ainda recebem uma quantidade desproporcional de fontes de problemas ambientais que, ao mesmo tempo, representam grandes riscos para sua saúde [...]. A compreensão de uma forte correlação entre segregação, racismo e sofrimento ambiental não tardou a ser estabelecida, originando um movimento social, o movimento por justiça ambiental.

No âmbito da Justiça Climática a situação está sensivelmente descrita por Mary Robinson em obra do mesmo nome que trata de impactos ambientais a populações tradicionais ao redor do planeta.

O Instituto Socioambiental - ISA, recentemente, elaborou uma série de reportagens reconhecendo que a comunidade de Bombas se submete ao racismo ambiental.⁸ A questão está ligada no sentido de que apesar da abstração e suposta generalidade da lei, quando aplicável ao caso concreto em termos ambientais, por desconsiderar realidades originárias (a forma de viver da comunidade tradicional da forma de viver da comunidade urbanizada), impõe ônus que torna a sobrevivência quase insuportável, pois cria vedações que tocam na subsistência de grupos que se alimentam, se sustentem, produzem renda mínima e extraem do ambiente elementos essenciais para sua manutenção. Não que na sociedade urbanizada isso também não seja realizado, afinal, não há como negar que todos os bens de consumo se originam de matérias exploradas em larga escala na produção mundial e que se originam da natureza, como o petróleo.

7 Souza, Marcelo Lopes de. *Ambientes e territórios: uma introdução à ecologia política*. 1 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

8 Obra anteriormente citada em link na mesma decisão.

Dizer que há uma separação precisa entre humano e ambiente e que, assim, há verdadeira proteção, é, por si, um imenso contrassenso. Afinal, estamos todos dispostos sobre um planeta e fazendo uso de seus recursos; a diferença é quantitativa e qualitativa, na forma que se emprega o uso de recursos que, no segundo modo de viver (o não originário) e dentro do sistema prevalescente é altamente agressivo.

Não explorarei teoricamente o ponto sobre racismo ambiental, pois, dos aprofundados estudos que empreguei para análise desse caso, concluí que a situação em tela é fruto da soma de fatores: sociais, ambientais, históricos e legais. É a própria trajetória “invisibilizada” dos quilombolas até o advento da Constituição, como relata o voto do Ministro Edson Fachin em seu voto na ADI 3239⁹, o desenrolar de distribuição de terras no Brasil desde as Sesmarias, as Leis sobre Terras Devolutas, o Estatuto da Terra e a dinâmica da época (que não admitia validação de títulos por ocupantes sem documentos antecedentes)¹⁰, e a exigência de matrícula apenas com a Lei de Registros Públicos, assim como o reconhecimento de que a propriedade só se constrói com registro, somada também à distinção entre direitos territoriais e propriedade privada que traz esta ação até este momento.

Do outro lado, sobrepõe-se e atravessa o tempo a necessidade evidente de proteção ambiental, a rápida solução construída com as Unidades de Conservação criadas apenas pela norma, mas sem implementação de medidas adequadas de gestão e manejo, a omissão que já alcança mais de meio século do Estado em iniciar identificação dos locais, somadas às sucessivas agressões ao meio ambiente em diversos lugares do mundo que vieram exigindo enrijecimento de legislação, que também trouxeram as partes e o Parque a essa situação.

Quilombolas de Bombas e Parque Estadual Turístico do Vale do Ribeira nada mais são que fruto de, no mínimo, cinquenta anos de história fundiária, social, ambiental e comunitária. Tanto é assim que, rememorando legislações mais antigas, também para estudo deste caso, conheci que as primeiras leis de terras devolutas do Estado de São Paulo, datadas de 1945¹¹, consideram toda a localidade de Iporanga como pertencentes ao Estado e sem possibilidade de alienação em decorrência da necessidade de proteção da fauna e da flora:

Artigo 3º - Das terras devolutas consideram-se reservadas:

- as necessárias à conservação da flora e fauna do Estado

Artigo 5º - Para os fins da letra “c” do art. 3º o Govêno mandará discriminar e demarcar desde logo duas glébas, onde serão absolutamente proibidas a caça, a pesca fluvial e lacustre, a cultura e derrubada de matas, uma com a área aproximada de

9 STF, ADI 3239.

10 Souza Filho, Carlos Frederico Marés. A função social da terra. Curitiba: Arte & Letra, 2001.

11 Decreto nº 14.916 de 06 de agosto de 1945.

37.156 hectares e 68 ares, no distrito de paz de Presidente Epitácio, município e comarca de Presidente Venceslau, gléba esta que é a que reserva e descreve o decreto nº 12.279, de 29 de outubro de 1941 (*), outra com a área aproximada de 126.000 hectares, nos municípios de Iporanga, Xiririca, Jacupiranga e Cananéia, confrontando quanto possível e conveniente, ao Norte pela poligonal que parte das cabeceiras do córrego Funil, afluente da margem direita do rio Ribeira do município Iporanga até o rio Branco, tributário do rio Itapitangui, no município de Cananéia, defrontando com terras dos municípios de **Iporanga, Xiririca**, Jacupiranga e Cananéia; ao Sul pela poligonal que divide os municípios de Iporanga, Jacupiranga e Cananéia com o Estado do Paraná, desde o rio Pardinho, tributário do rio Pardo, no município de Iporanga, até um ponto do rio Varadouro, no município de Cananéia; a Leste pela poligonal que parte da Serra do Nhunguara até o rio Varadouro, confinando com terras **dos municípios de Xiririca**, Jacupiranga e Cananéia; a Oeste pela poligonal que parte do córrego Funil até o rio Pardinho, ambos do município de Iporanga, extremando com terras desse município e com o Estado do Paraná.

Parágrafo único - Se para compor estas área for de mister desapropriar propriedades particulares encravadas em terras devolutas ou a elas adjacentes, fica o Governo autorizado a fazê-lo na forma de direito, podendo satisfazer o preço a dinheiro ou por permuta, caso com esta concordem os interessados.

Estudando os autos, comprova-se que **depois de mais de cinquenta anos de criação a Unidade não conta com plano de manejo (estudos iniciados no ano de 2009, como afirmado às fls. 765) e, atualmente, não foi revisada e complementada por georreferenciamento anexo ao Decreto em que se precise suas divisas e extremidades segundo métodos recentes**. Ao contrário da criação do Mosaico de Jacupiranga, que passou por séria revisão no ano de 2008¹², gerando impactos sobre o Parque Estadual Caverna do Diabo, que faz parte dele, o PETAR teve apenas uma redução do seu perímetro, para excetuar o chamado “Bairro da Serra”, localidade onde se situam moradores antigos, pousadas locais e onde se centra a atividade turística do local¹³.

Tal situação é tão clara que, em 2021 houve propositura da ADI 7.008 no STF a respeito da Lei Estadual 16.260/2016, em que se impugnava a eventual possibilidade de concessão à iniciativa privada de Unidades de Conservação sobrepostas aos territórios tradicionais, decisão proferida pelo Ministro Luis Roberto Barroso como relator em que se reconheceu parcialmente a inconstitucionalidade da norma para vedar a concessão de terras tradicionais.

Aquela ação também se referia ao PETAR, conforme se extrai do voto do Ministro (fls. 07/08):

- 3. PE INTERVALES
- 4. PE TURÍSTICO DO ALTO RIBEIRA
- 5. PE CAVERNA DO DIABO

12 <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-12810-21.02.2008.html>.

13 Lei Estadual número 12.042/2005.

Assim ficou descrito na ementa do acórdão:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 16.260/2016, DO ESTADO DE SÃO PAULO. CONCESSÃO DE ÁREAS ESTADUAIS PARA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES DE ECOTURISMO E EXTRAÇÃO COMERCIAL DE MADEIRA E SUBPRODUTOS FLORESTAIS. 1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei nº 16.260/2016, do Estado de São Paulo, que autoriza a concessão à iniciativa privada de áreas estaduais para exploração de atividades de ecoturismo e extração comercial de madeira e subprodutos florestais. 2. O ato normativo veicula autorização legislativa dada ao Poder Executivo estadual para a concessão da exploração de serviços ou do uso, total ou parcial, de áreas em próprios estaduais. Ato normativo de caráter genérico que não afasta a incidência de normas editadas pela União em matéria ambiental ou o dever de consulta prévia às comunidades indígenas e tradicionais eventualmente afetadas. Sendo evidente o sentido da norma, revela-se incabível a interpretação conforme à Constituição para essa finalidade. 3. O art. 231 da Constituição consagrou o caráter originário do direito dos índios às terras por eles “tradicionalmente ocupadas”, reservando-lhes, com exclusividade, o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Além disso, essas terras foram incluídas entre os bens da União (art. 20, XI, da CF/88). Trata-se, portanto, de território pertencente à União e de usufruto exclusivo dos povos indígenas, sendo inconstitucional a sua concessão pelo Estado à iniciativa privada. **4. Também a proteção às terras ocupadas por comunidades tradicionais e de remanescentes quilombolas é essencial à preservação de sua identidade e seus “modos de criar, fazer e viver” (arts. 215 e 216 da Constituição; art. 68 do ADCT e Convenção nº 169 da OIT).** É inconstitucional a concessão dessas áreas, pelo Estado, à iniciativa privada, para exploração florestal madeireira e do ecoturismo, independentemente do **status de regularização fundiária e da morosidade do Estado em efetivar seu dever de demarcá-las e protegê-las**. 5. Pedido julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 16.260/2016, do Estado de São Paulo, **de modo a afastar sua incidência relativamente às terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, remanescentes quilombolas e demais comunidades tradicionais**. 6. Fixação da seguinte tese de julgamento: “1. É constitucional norma estadual que, sem afastar a aplicação da legislação nacional em matéria ambiental (inclusive relatório de impacto ambiental) e o dever de consulta prévia às comunidades indígenas e tradicionais, quando diretamente atingidas por ocuparem zonas contíguas, autoriza a concessão à iniciativa privada da exploração de serviços ou do uso de bens imóveis do Estado; 2. **A concessão pelo Estado não pode incidir sobre áreas tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, remanescentes quilombolas e demais comunidades tradicionais**”.

Aclaro, ainda, que a situação do PETAR é tão delicada que, mais de uma vez, realizei audiências em que possuidores disputam direitos possessórios alocados dentro da Unidade de Conservação e, constatei, por meio de depoimentos, as seguintes alegações: *de que mesmo depois da criação da unidade houve direitos de exploração mineral no local, no mínimo, até meados de 1980; de que há possuidores que procuraram o Estado administrativamente para serem indenizados já àquela época e até hoje não obtiveram resposta*. Isso para ressaltar que a Unidade está longe da regularização fundiária, mas mais próxima da inércia e de graves deficiências em termos de gestão.

É preciso aclarar: diferente das unidades de conservação criadas depois da Constituição e depois da Lei do SNUC (em que também existem problemas, mas de origens diversas em termos de **estrutura normativa**), o Decreto que cria o PETAR, por sua época, contexto, e importância, também criou inúmeros novos jurídicos de questões a serem dirimidas que foram se sobrepondo às legislações posteriores e direitos constitucionalmente reconhecidos.

Isso não significa que não existam problemas nas demais unidades de conservação brasileiras, o que é atestado pela AGU em parecer do ano de 2021, na seguinte forma:

5. Em geral, os territórios ocupados por povos e comunidades tradicionais apresentam bom estado de conservação dos recursos naturais, o que, em muitos casos, contribui para a invisibilidade das áreas de uso e moradia desses grupos sociais, que habitam áreas naturais em todo o território nacional. Somam-se a isso o investimento insuficiente em pesquisas sociais de campo e a morosidade dos processos de reconhecimento e delimitação dos territórios étnicos, concorrendo, assim, para a coincidência geográfica entre unidades de conservação e territórios de povos e comunidades tradicionais. **6. Até o momento, conforme dados do levantamento realizado em 2013 e 2014 foram identificados 124 casos de sobreposição entre UC de proteção integral e territórios de povos e comunidades tradicionais. Desse total, 24 envolvem indígenas, 11 quilombolas, 36 comunidades tradicionais e 53 agricultores familiares.** A tabela anexa (SEI 8447180) contém a relação das interfaces territoriais e os grupos sociais envolvidos, assim como os processos relacionados, conforme identificado pelo referido estudo, que, embora demande atualização, ainda reflete com razoável acurácia a ordem de grandeza do problema e oferecem uma visão macro da problemática. Já o documento intitulado “Interfaces entre unidades de conservação de proteção integral e comunidades tradicionais, quilombolas, indígenas e agricultores familiares” (SEI 8447181) apresenta informações detalhadas de cada caso identificado.

A origem da distribuição de território no Brasil, assim como a linha do tempo da preservação ambiental, ficou sobreposta em questões fundiárias para regularidade fática das unidades de conservação, gerando problemáticas atuais, sensíveis, e justificáveis diante das inúmeras necessidades que se precisa prover bens tão relevantes: a coexistência de direitos fundamentais, sociais, culturais e ambientais.

Não por outro motivo, o art. 42 da Lei do SNUC que descreve que haverá remoção das ocupações dentro de Unidades de Conservação é uma das normas mais desafiadoras em termos de proteção jurídica, sobre a qual a AGU mudou radicalmente seu posicionamento por parecer de 17 laudas em que se minucia que a remoção, quando se trata de comunidades tradicionais, não deve ser implementada:

EMENTA: EMENTA: EMENTA: DIRETO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. SOBREPOSIÇÃO ENTRE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E TERRITÓRIOS TRADICIONAIS. RELAÇÃO DE INTERFACE TERRITORIAL COM INDÍGENAS, POPULAÇÕES REMANESCENTES DE QUILOMBOS (QUILOMBOLAS) E OUTROS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. RELEITURA DO ART. 42 DA LEI Nº 9.963/2000 A PARTIR DE FILTRO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO PERMANENTE DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS INERENTES À DIVERSIDADE BIOCULTURAL AFETA À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. MEDIDAS E INSTRUMENTOS DE COMPATIBILIZAÇÃO.

Com isso, conecto o argumento com aquele introdutório em que descrevo que não está em debate a remoção da comunidade. Nesse caso, a Fundação Florestal vem seguindo a sistemática de não desocupação, como sugerido pela própria AGU em nível federal, com trabalhos do MPF e ICMIO (que, a nível estadual, espelharia o ITESP) nessa mesma linha (ainda que controversa entre ambientalistas e pesquisadores na linha preservacionista).

Ou seja, o artigo 42 necessita ser interpretado conforme normas Constitucionais e Internacionais.

Cinde-se, assim, a sua interpretação em algumas linhas. É fato que toda **ocupação subsequente** à criação da Unidade não poderá gerar direitos de aquisição de propriedade ou de permanência, nem mesmo de indenização, já que a criação da unidade

retira o bem do mundo jurídico em termos de alienabilidade, impedindo que seja coisa apta a gerar outro direito que não aquele que verte em favor da proteção ambiental. **Não há a possibilidade de propriedade** subsequente, já que a aquisição de domínio sobre a área afetada fica paralisada juridicamente e impedida.

Já a **ocupação antecedente**, seja ela simples, sem título, seja ela com a proteção do título de domínio e seja ela de comunidades tradicionais (também sem título), gerará outras consequências.

É nessa linha de raciocínio que a própria lei prescreve que os **possuidores antecedentes** que já estiverem no local serão identificados e, inseridos no plano de manejo e realocados. Já os **proprietários antecedentes à criação**, serão indenizados. Discute-se, aí, se o caso gera a possibilidade de desapropriação direta ou indireta, existindo jurisprudência divergente sobre o tema.

Aqui, o PETAR conta com especial problemática, não debatida nesses autos, já que para os proprietários alega-se que houve prescrição para reivindicar indenização pela desapropriação indireta. No entanto, a Unidade foi criada em 1958 e somente implementada em 1980, e, de forma controversa, nunca se realizou a regularização fundiária. Assim, houve tolerância do Estado com a permanência de proprietários, até mesmo e possivelmente para evitar vultuosas indenizações.

Saliento, inclusive, que analisando o Decreto 32.283, há normas bastante claras sobre as medidas que, à época, deveriam ser implementadas:

Artigo 3.º - O imóvel descrito no artigo anterior, compõe-se de terras **julgadas devolutas e terras particulares**, ficando a Fazenda do Estado autorizada:

I - a reservar a área já julgada devoluta, calculada em 10.569 Ha. (Dez mil, quinhentos e sessenta e nove hectares), nos termos do Artigo 3.º, letra “E” do Decreto-lei n.º 14.916, de 6 de agosto de 1945, combinado com o Artigo 59 do mesmo Decreto;

II - a desapropriar, mediante acôrdo ou por via judicial, as julgadas de domínio particular, calculadas em 25.143 Ha. (vinte e cinco mil, cento e quarenta e três hectares), conforme as indicações a serem feitas, caso por caso, pela Comissão criada neste mesmo Decreto, § 3.º do Artigo 5.º.

Parágrafo único - Excluem-se das providências determinadas no Artigo, as áreas objeto de exploração de minérios, de perímetros descritos em decretos federais da concessão de lavra, ainda em vigor.

[...]

Artigo 5.º - O plano de organização técnica-administrativa do Parque Estadual do Alto Ribeira **será elaborado no prazo de 90 (noventa) dias, por uma Comissão subordinada à Secretaria da Agricultura.**

[...]

§ 3.º - A Comissão procederá à designação das áreas que serão desapropriadas pelo Governo para a constituição do Parque do Alto Ribeira.

Analisando as conjecturas acima conclui-se que, à época, mesmo a legislação prescrevendo prazo de identificação das áreas, não houve implementação de medidas concretas.

No tocante às **comunidades tradicionais** prescreve a lei sua realocação, com dever de garantia de sua subsistência até a implantação desse projeto. A norma, evidentemente, trata de posse antecedente de comunidades tradicionais. Sobre elas, o capítulo da sentença acima já discorre com fundamentação minuciosa sobre a questão territorial: *direito fundamental não equivalente ao direito de propriedade privada quanto à sua origem*, mas equiparado a ela no que concerne aos atributos e às possibilidades de limitação por imposição de outros direitos.

Essa previsão é duramente criticada, especialmente pela nítida

incompatibilidade com a Convenção 196 (*que, para o STF, teria status de norma supralegal e, para parte da doutrina e parte dos Ministros, supraconstitucional*), que PROÍBE a remoção de comunidades tradicionais de seus territórios. A AGU, no parecer que citei acima, coloca a questão da seguinte forma:

94. Aqui, está um dos aspectos centrais da filtragem convencional do art. 42 da Lei nº 8.985/2000. O principal critério norteador para o reassentamento consiste na manifestação de vontade prévia, livre e informada dessas populações tradicionais de serem reassentadas. Nos casos em que ocorra o reassentamento, hipótese que parece excepcional, deverão ser adotados os procedimentos previstos no art. 16 da Convenção nº 169, da OIT. 95. Por ser considerada um tratado de direitos humanos, eventual violação pelo Estado Brasileiro ao que foi disposto nessa Convenção pode ser discutido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual já proferiu decisões paradigmáticas sobre importância do território para povos e comunidades tradicionais. No caso da Comunidade Indígena Yakye v. Paraguai, decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial” [...]. 97. No julgamento da ADI 3239, o STF reconheceu que a Convenção 169 da OIT também constitui fundamento de validade do Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Na ementa do julgado constou a seguinte referência: Nos casos *Moiwana v. Suriname* (2005) e *Saramaka v. Suriname* (2007), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidades formadas por descendentes de escravos fugitivos sobre as terras tradicionais com as quais mantêm relações territoriais, ressaltando o compromisso dos Estados partes (Pacto de San José da Costa Rica, art. 21) de adotar medidas para garantir o seu pleno exercício. 98. O status normativo supralegal das convenções e tratados internacionais que versem sobre direitos humanos - ou mesmo em matéria ambiental -, subscritos pelo Brasil, abre a possibilidade do controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional, mais precisamente, no caso, do art. 42 da Lei nº 9.985/2000. Nas palavras de Valério Mazzuoli, trata-se de “adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno”. 99. Partindo-se de um constitucionalismo global, a Tiago Fensterseifer aponta a existência não só de um diálogo de fontes normativas multinível (subnacional, nacional, comparado e internacional), como também de um verdadeiro fenômeno de diálogo de Cortes de Justiça (ou diálogo jurisprudencial). 100. Portanto, os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). [...]

Ou seja, nesses casos, conforme o manual do MPF para atuação nestes casos, dividir-se-ia a solução em quatro possibilidades, sugeridas, inclusive, pela parte autora em cópias que anexa às fls. 891 e ss.

Debaterei as soluções no terceiro capítulo da sentença, em que apreciarei o mérito, conjecturando cada uma das propostas nos autos e suas consequências teóricas e jurídicas.

As soluções propostas pelo Ministério Público Federal, as quais a Defensoria do Estado de São Paulo defende neste caso como sendo: **invalidação do decreto (por contradição com a Constituição e a Convenção 169) ou dupla afetação**, estão dentro da compreensão de que as comunidades tradicionais não podem ser forçadamente removidas, mas podem, segundo a Convenção 169, decidirem se retirar.

Isso importa porque, como disse na introdução: neste caso a saída delas não está em debate, pelo que esse raciocínio seria simplista se adotada interpretação literal da lei sem conhecimento de todo contexto acima narrado.

Não quer dizer também que a proposta contrarie as intensas ações empregadas pelo MPF, por exemplo, nas Unidades de Conservação do Norte em que há sem número de agressores, invasores e decisões confirmatórias da necessidade de remoção. Mais uma vez, resalto: trata-se de situações distintas. A ocupação centenária de comunidades tradicionais como o Bombas não se equipara às invasões para desmatamento, queimadas e violações como grilagem tão rotineiramente analisadas naqueles casos.

E não ignoro que as comunidades tradicionais também produzem impacto ambiental, mas com características que mais adiante se observará.

Digo isso para mais uma vez e, incansavelmente, repetir: as condições desse caso o dotam de argumentos únicos o que exige, também, uma solução condizente com ele. É dever do Magistrado *discernir* situações diante de uma norma, que, ainda que geral e abstrata, comporta contornos objetivos. Assim, se uma decisão for aplicada a todo caso, sem individualização, não se considerada fundamentada.

Finalizo, portanto, este capítulo, com as seguintes conclusões: se pudesse gerar um gráfico sobre o caso, desenharia uma linha do tempo centenária, iniciada há mais de 200 (duzentos) anos e acrescentaria sobre ela inúmeras legislações sobre terra, posse, domínio, proteção ambiental, normas internacionais, Constituição da República e leis ordinárias de difícil interpretação e coesão. No plano fático, a invisibilização quilombola em termos políticos, as características do Vale do Ribeira e seu suposto isolamento geográfico, a demora no Estado em identificar os ocupantes no Parque, a demora na implementação

real dele, a delonga em realizar plano de manejo, a exigência Constitucional de proteção dos quilombolas, e a limitação da lei do SNUC formam o novelo de normas agora emaranhadas e que criaram a complexa situação a decidir.

Por fim, pondero: tratarei no próximo tópico de dados concretos do Parque, que elevam a proteção ambiental, sem violá-la e posicionarei a razão pela qual não entendo que esse caso deva ser solucionado com uma simples “ponderação”. Embora se trate de valores constitucionalmente protegidos, não há conflitos de princípios entre as normas do Decreto e do art. 68 da ADCT.

Passo ao último tópico de mérito antes do dispositivo, que será antecedido pela análise da tutela de urgência.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.

Processo nº: **0000522-11.2014.8.26.0172**
Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração**
Requerente: **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**
Requerido: **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva Itesp e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **HALLANA DUARTE MIRANDA**

c) Aprofundamento do caso

Decidir sobre a comunidade de Bombas e o PETAR é como decidir sobre a coexistência, proteção e permanência de dois *objetos únicos, singulares, de rara existência de altíssima importância jurídica para o futuro*. Ambos, direitos humanos internacionalmente reconhecido e garantidos pela CR.

Bombas é uma comunidade quilombola centenária com costumes tradicionais próprios e cuja descendência habita essas terras basicamente se ocupando de modos de sobrevivência com baixo impacto cultural, detentores de cultura única e conectada com as memórias dos negros situados em áreas rurais. O PETAR é Patrimônio da Humanidade, com um sistema de centenas de cavernas, abertas ou não para visita, no coração da Mata Atlântica, menina dos olhos dos preservacionistas e socioambientalistas, dadas suas condições de abarcar espécies raras (como o bagre-cego) e a complexidade do seu ecossistema (que, por força das características geográficas o torna detentor de espécies vegetais raras).

Juntos, figuram como um dos mais importantes locais do Estado de São Paulo, do Brasil e do Mundo, pela raridade. Como raro considero um local ou comunidade dotados de características tão únicas que os diferenciam em termos estruturais. Não há nada mais claro que não seja dizer que os dois estão totalmente cobertos pela proteção Constitucional: dignidade, existência, cultura, sobrevivência, ambiente, ordem econômica, ordem social, direitos transindividuais.

Assim, hei de exercer a hercúlea tarefa, nesta sentença, de analisar a validade do Decreto nº 32.283 de 19/05/1958, anterior à Constituição no aspecto temporal e inferior a ela em termos de hierarquia normativa.

E já pontuei, anteriormente, que a Convenção 169 prescreve conteúdo que contraria o art. 42 da Lei do SNUC. Contudo, os órgãos federais estão interpretando o dispositivo, quando aplicado ao contexto das comunidades tradicionais, como inconveniente e inaplicável literalmente.

Antes disso, analiso dados concretos do caso. A comunidade relata que chegou a este ponto, de pedir a separação do seu território não só por suposta consciência dos seus direitos constitucionalmente garantidos, mas pela desumana situação a que está submetida. Comprova-se nos autos que na data da propositura da ação não contava com o reconhecimento formal da sua condição, não detinha energia elétrica, saneamento básico, educação rural nos ensinos de nível fundamental e médio, sendo que a pequena “escolinha” estava constantemente fechada (fls. 429 e ss), já que os professores se colocavam em posições de desumanidade para prestar o serviço.

Comprova-se não só por documentos, relatórios, o laudo antropológico, mas especialmente pela inspeção judicial em que o Magistrado João Luis Calabrese relata sensivelmente que a comunidade estava equiparada, em termos de acesso, aos “rincões amazônicos” e que a situação os colocava em “miserabilidade permanente”.

Friso que a condição de miserabilidade está sendo utilizada no sentido econômico/financeiro, mas não de valor intrínseco ao ser humano.

A condição da comunidade não se alterou, pelo contrário, apenas piora. Segundo levantamento do ISA Instituto Socioambiental, a comunidade conta com a mesma realidade descrita há vinte anos¹, quando as negociações começaram. E, para acrescentar, sucederam-se eventos como resgates emergenciais de pessoas que vieram a passar mal e não detinham condições de deslocamento, professores sofreram fraturas no caminho para a comunidade, relatou-se que há casos de picadas de animais e impossibilidade de escoamento da pequena atividade agrícola que realizam. Frisa-se que é costume tradicional a troca ou venda de alimentos excedentes da agricultura familiar, com vistas a poder possibilitar obtenção de renda mínima. Essa produção, em Bombas, se perde, diante do inacreditável acesso ou falta dele.

A situação é agravada pela sobreposição da Unidade que, pelas rígidas regras de manejo, exige que se obtenha autorização prévia para roças tradicionais; as roças tradicionais já foram reconhecidas como patrimônio cultural para as populações quilombolas do Vale do Ribeira (IPHAN)², ainda que sob o sistema coivara criticado pelo uso do fogo. Nessa condição, a comunidade perde o tempo de plantio quando necessita de autorização do órgão estatal para fazê-lo já que a burocracia das autorizações demora mais do que os tempos de plantio que são alinhados às estações do ano/clima, ritmo das chuvas.

¹ Reportagem anteriormente mencionada na decisão.

² [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Dossi%C3%AAA_relata_1\(1\).pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Dossi%C3%AAA_relata_1(1).pdf).

São inúmeros os documentos nos autos que apontam autuações ambientais pelo manejo das roças.

As provas são tão claras que chegam a constranger o Juízo quando as analisa; é quase inacreditável que a Comunidade de Bombas ainda resista ao acúmulo de violações, e que se mantenha adaptada ao meio, sujeitando-se a um sem-número de violações Estadais.

Reflico que a resistência talvez seja a capacidade de suportar impactos profundo pelo maior tempo possível, ainda que com embrutecimento e degradação das próprias condições humanas. É suportar mais do que o indivíduo deveria ou poderia dentro de um contexto de garantias. E digo no sentido de resistência física, moral e emocional às condições de abandono.

Não concluo como despropositada a inércia estatal, senão como fruto de invisibilização e de falta de boa-vontade na solução; não posso pressupor que o Estado, com sua inércia, deseja a extinção da comunidade. Contudo, um fato fica claro nesses autos: se o Estado não deseja o fim da comunidade intencionalmente - o que lhe poderia causar até condenações na esfera internacional - ele a agride diariamente com a sua posição, a enfraquece por sua omissão, a fragiliza pela impossibilidade de, em termos reais, obterem mínimo grau de autonomia.

Na conduta do Estado de São Paulo, aparelhado pelo ITESP e pela Fundação, vejo não só deficiência técnica de solucionar graves problemas de gestão, ou dificuldades políticas negociais, mas uma inércia que está dizimando a comunidade. Resta para eles suportarem a desumana situação ou abandonarem o local, mesmo existindo um direito de permanência. É direito dos Quilombolas serem mantidos em sua terra, protegidos por políticas públicas, atendidos em saúde e educação, respeitados em sua forma de vida e essas posições estão claras por todo o sistema jurídico que já expus na decisão, amparado pelas decisões do STF.

Já sopesei de onde se extraem as normas que impõe que o Estado proteja a forma de viver dessas comunidades e o fiz para densificar as normas internacionais, criando um arcabouço normativo abstrato que desenha a atuação de órgãos administrativos e entes políticos. Da abstrata previsão da Convenção 169, atravessando a estrutura da Constituição em seu art. 68 (*ou, da Constituição para ela, na posição de supralegalidade*), espalhando-se como a luz do sol sobre a Política Nacional de Proteção das Comunidades Tradicionais e o Estatuto da Igualdade racial, o dever jurídico de proteção vem ganhando concretude sobre este caso.

É violenta a atuação do Estado neste caso, que se orgulha de seu desenvolvimento (Estado com um dos maiores IDH do país), mas que é incapaz de garantir direitos básicos. A situação, ainda que não estivesse sob a normativa internacional de proteção, estaria amparada, no mínimo, em dezenas de normas Constitucionais que protegem a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento sustentável, a moradia, a privacidade, a liberdade, a proteção de valores culturais e etc.

Raciocinar o contrário, que é opção do Estado decidir em que vai empregar suas prioridades, violando a Constituição, é absurdo jurídico, pois admitiria dizer que cabe ao Estado administrar normas imperativas Constitucionais e enfraquecê-las em sua atuação.

Tanto vejo a reprovável condição do Estado de São Paulo em sua atuação que, analisando as defesas, chegam a ser inacreditáveis diante do caso. O ITESP, em sua análise, se limitou a dizer que vinha cumprindo os procedimentos legais, justificando o tempo da delonga na complexidade do caso. A fundação Florestal, apesar de juntar documentos históricos do Parque, somente sustenta que existe a sobreposição. Já o Estado de São Paulo, repete fundamentos de outros réus sem sequer adentrar na problemática.

De duas, uma: ou os réus não sabem como estão gerindo a situação; ou eles não desejam a sua solução. Muito embora a complexidade política/administrativa da questão, como já analisei em tópicos acima, é inegável que o Estado de São Paulo conta com apartado mais do que qualificado em termos de profissionais preparados para debates de alta complexidade técnica e jurídica. Contudo, não parece que houve solução séria neste caso.

E digo isso sem evitar palavras duras porque, em nenhum momento nos autos os réus defendem a proteção ambiental. *Não há um capítulo em suas defesas que digam que estão sustentando suas posições de não outorgar o domínio porque pretendem que prevaleça a suposta preservação ambiental.*

É evidente que a proteção ambiental decorre de mandamento constitucional que garante a existência de espaços territorialmente protegidos (art. 225, III, da CR) e que a proteção dentro da Unidade de Conservação é presumida. Contudo, neste caso, os réus não enfrentam o argumento central da parte autora de por qual razão não outorgaram o domínio; e sustentam, ainda, o inacreditável argumento de que o objeto do processo estaria exaurido com o reconhecimento da condição de quilombolas, sendo evidente que não era somente este o do pedido.

Nos mais de dez anos de processo não houve uma única intervenção atual, com juntada de documentos ambientais e científicos sérios sobre a proteção ambiental da unidade. Não há, sequer, pedido de oitiva de profissionais especializados que possam fornecer substrato para suas defesas de mérito no sentido de que a Unidade deve prevalecer sobre o território.

Pode ser, por outro lado, que por não ter a questão sido submetida a análise do Judiciário, sendo resolvida em outros casos no âmbito administrativo, que os gestores ambientais e administradores públicos não queiram se comprometer politicamente com esta decisão. Descreve a Defensoria e comprova (fls. 856/873) que houve acordo no ano e que o conteúdo estava predefinido quando a gestão se modificou e as negociações paralisaram.

Das mais de 1.600 páginas nos autos, depois de 10 (dez!) anos de tramitação, além de vinte anos desde que o pedido da comunidade foi apresentado, o processo conta com apenas um documento, com um único capítulo que trata da raridade da diversidade do território de Bombas.

Relata-se que lá existem cavernas de conteúdo raro, catalogadas em documento da UNESCO, que existem espécies raras como o bagre-cego, símbolo da própria Unidade e valorizado pelos pesquisadores nacionais e internacionais e que “não parecia” que a comunidade detinha consciência a respeito de tal importância.

Me pergunto qual a forma de defesa do meio ambiente que vem sendo implementada pelo Estado nesta Unidade que, além de criá-la sem estudos técnicos, levar vinte anos para iniciar sua implementação, não elaborar plano de manejo, admitir coexistência de atividades como mineração ainda na década de 1980, não reconhece a existência de os direitos de uma comunidade reconhecida por ser parte da própria preservação. E mais, em meio a isso o Estado conjecturou conceder a Unidade para gestão de entidades privadas (ADI anteriormente citada, decidida pelo STF), as quais passariam a deter poder organizacional sobre o local sem sequer ter solvido gravíssimas questões de sobreposição de territórios.

Não foi apresentado um único documento sobre a posição interna da Fundação Florestal sobre o tema, assim como nenhuma proposta recente sobre ele.

Assim, por força dessa situação cabe analisar a solução jurídica mais adequada ao caso, com base no pedido principal e subsidiário da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

a.1 Análise da Validade/Invalidade do Decreto possíveis soluções: nulidade da afetação (pela contrariedade com a CRFB e/ou com a Convenção 169 da OIT) ou dupla afetação

São duas as possíveis comparações da norma em termos de estrutura jurídica, como antes já relatei. A primeira delas se a norma se compatibiliza ou não com a Convenção 169 da OIT e a segunda se a norma se compatibiliza com a CRFB.

No primeiro caso, o debate jurídico é sobre a Convenção vedar remoção de Comunidades Tradicionais de seu território, mas a norma que cria o PETAR ter imposto uma sobrepo-

sição de destinações, ignorando a prévia existência de Bombas. Essa questão se orienta pelo Controle de Convencionalidade de normas internas em comparação com Tratados de Direitos Humanos.

Como anteriormente já citei, a sentença é tão densa em termos de solução jurídica do caso que não posso, na condição de intérprete, vir a debater academicamente se o Controle de Convencionalidade é ou não aceito pela Doutrina e pela estrutura normativa e nem mesmo quais as orientações a respeito dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento interno.

Parto do pressuposto de que o Controle de Convencionalidade é, sim, mais do que admissível; e que as normas de Direitos Humanos previstas na Convenção 169 são, sim, parâmetro de controle, seja acima da Constituição, seja abaixo dela e acima das Leis. Como anteriormente já disse: qualquer das posições que se adote levará a concluir que o Decreto que cria a Unidade de Conservação em debate é norma estadual e, por isso, sempre inferior ao diploma (a Convenção) que com ela se compara.

Assim também o art. 42 da Lei do SNUC é norma hierarquicamente inferior, de forma que retomar os debates que já chegaram, inclusive, ao supremo, sobre a posição das normas internacionais parâmetro seria deliberar sobre ponto sequer tratado pelas rés. E mais, tornaria a sentença, que já é extensa pela natureza do caso, altamente prolixa.

Partirei, assim, da seguinte estrutura: a) É cabível o controle de convencionalidade de normas internas em comparação com as normas internacionais de Direitos Humanos; b) na posição *supraconstitucional*, *Constitucional* ou *supralegal* a Convenção 169 está acima do Decreto que cria o PETAR e da Lei no SNUC que atualmente dá a ele sustentação.

Em termos práticos, a norma que cria a Unidade precede a Convenção e não prescreve a remoção das comunidades, já que, à época, não houve identificação adequada dos ocupantes. Também não existia claro regime jurídico sobre a posse que exerciam, como ainda não há outras normas além do art. 68 da ADCT e o Decreto que regulamenta a titulação de território quilombola.

A questão, aqui, é que, no mínimo, o art. 42 do SNUC é incompatível com as normas previstas na Convenção 169, pois o conteúdo material determina a manutenção das comunidades e a lei interna, citada, determina a remoção.

Essa é a posição da AGU, como citei anteriormente.

Já no que se refere à legislação que cria o PETAR, entendo que a melhor solução se dá pela análise Constitucional do tema, pois o pedido é a outorga do título de domínio, sendo

que a compreensão jurídica do que *domínio* para fins de direito interno parte do próprio texto constitucional. O pedido de não remoção, é fato, pode estar amparado em normas Internacionais, mas o passo seguinte, ou seja, a prevalência ou não do art. 68 da ADCT é matéria inteiramente constitucional.

A questão central é que é pacífico que as normas da ADCT detêm normas do mesmo conteúdo do corpo da constituição e que, por força disso, o art. 68 da ADCT prescreve **direito fundamental**. Nesse sentido, é lição básica de direito Constitucional a impossibilidade de remoção de direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CR) e que são limites, inclusive, para o poder de reforma da Constituição.

Ou seja, o art. 68 da ADCT não pode ser removido. Ele é garantia, ordem imperativa ao Estado. Não prospera, assim, a alegação do Estado de São Paulo de que a decisão judicial sobre o território fere o mérito do ato administrativo, que é discricionário. A confusão conceitual só pode ser enfrentada como despreparo ou despreocupação com valores constitucionais, já que a parte autora não está a pedir que o Juízo substitua o administrador, mas que analise o cumprimento de regra constitucional.

A norma que cria o PETAR tanto poderia ter seu conteúdo questionando diante da proteção Internacional de Tratado de Direitos Humanos como também poderia ser colocada em debate diante da Constituição.

Nesse segundo ponto, adotado pela Defensoria, o conteúdo da norma é inválido, já que contraria imposição constitucional. A comparação de normas com a Constituição, em regra, está situada no âmbito do Controle de Constitucionalidade. Contudo, em caso de normas que antecedem a Constituição estaria situada dentro da análise de recepção/não recepção; ou seja, um comparativo da subsistência da norma depois de atravessar temporalmente a nova ordem jurídica.

O decreto impugnado, neste caso, é o, datado de 1958, e está a ser comparado com o art. 68 da ADCT. Aqui, a análise da recepção está sendo aferida apenas no contexto da fundamentação e não como pedido principal, que estaria sujeito apenas ao controle abstrato de constitucionalidade. Nesta hipótese, o caso exige a análise difusa da compatibilidade de normas.

A impugnação é cabível já que o decreto era e é dotado de autonomia suficiente, sem que esteja fundado em lei que lhe dê sustentação. Ou seja, o Decreto, quando autônomo, pode ser objeto de controle de constitucionalidade na via difusa e na via abstrata.

Frente a isso, entendo que o Decreto, sim, contraria parcialmente a Constituição da República.

Explico. Trago à lume a argumentação dos tópicos anteriores de que, à época da edição do Decreto o Estado sequer imaginava que, mais do que 40 (quarenta) anos depois a Constituição da República garantiria o domínio quilombola. A criação da Unidade tinha como fundamento a proteção ambiental do riquíssimo patrimônio biológico e geológico do local, muito por força dos pesquisadores que já o conheciam.

Até aquela data o decreto não mantinha com a questão jurídica dos quilombolas nenhum dissenso em seu conteúdo, pois, muito embora já existisse a Convenção 169, no ordenamento interno as normas de proteção do território quilombola eram inexistentes. Vagamente se conhecia o que se denominava “terra de pretos”, mas isso se limitava a um conhecimento fático, sem garantia constitucional que o abraçasse.

A Constituição inaugura um regime jurídico que localiza em seu texto as comunidades tradicionais, dentro da ideia que citei quando iniciei essa sentença, de que a sua permanência não deve ser tolerada até que ela se integre e se torne “civilizada”, mas deve ser garantida, com seus usos e costumes.

Fatalmente, quanto aos quilombolas, um único artigo garantiu sua proteção, embasado no fundamento que já mencionei, de segurança territorial para fins de reparação histórica. Aqui, penso que se o Decreto nº 32.283/1958 vinha com higidez atravessando o tempo, neste momento ele se enfraquece, pois ainda que sem georreferenciamento, suas coordenadas já extremavam seus limites (sobrepondo-os a Bombas), o que faz com que, a partir de então, ele tenha se enfraquecido.

A vigência da Constituição como norma de categoria superior só pode ter um efeito em relação ao Decreto citado: enfraquecê-lo em seu conteúdo, e, em última análise, invalidá-lo. Explicarei mais detalhadamente a razão pela qual entendo que a invalidade, ali, não foi total.

A validade formal do Decreto, como ato administrativo, no sentido de exigências de compatibilidade com a criação das Unidades de Conservação há de ser ponderada, já que a data dele antecede muitas das normativas que agora se aplicam, exigindo-se, é claro, instrumentos de adaptação, como o plano de manejo que passou a ser imperativo com a jovem lei do SNUC.

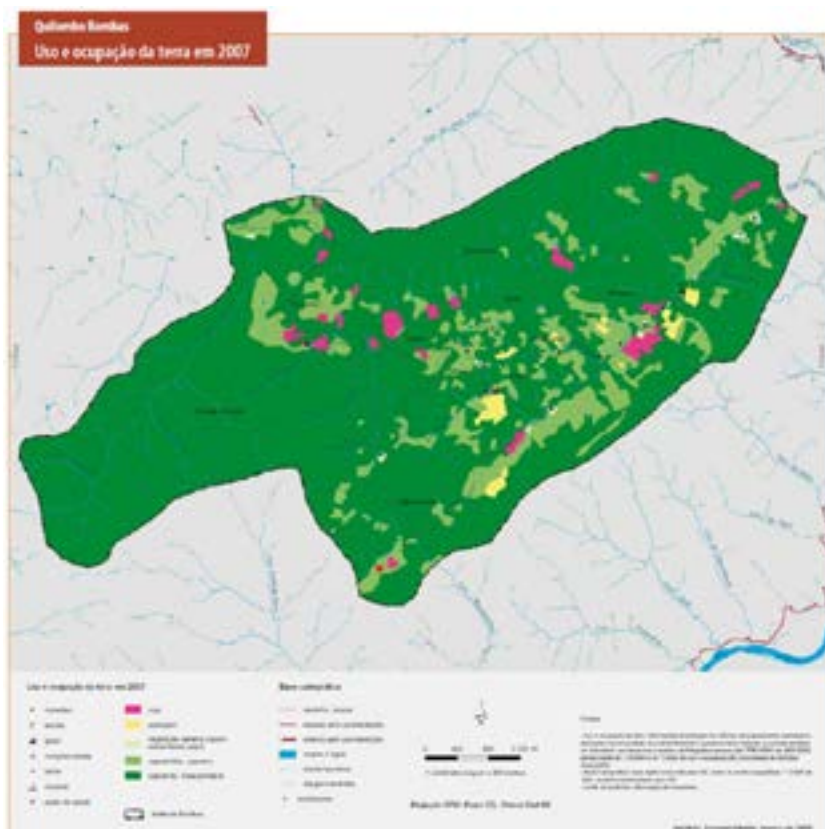
A validade material, em seu conteúdo, dialoga com a incompatibilidade com o art. 68 da ADCT, mas com a compatibilidade com o art. 225, em que se prescreve que os espaços territorialmente protegidos devem ser criados e mantidos (art. 225, § 1º, III da CR).

Ponto central na estrutura dessa decisão é que: não estou a decidir sobre conflitos de princípios, ainda que esteja decidindo sobre valores intrínsecos às normas que aqui se analisa. O art. 68 da ADCT é regra, ainda que contenha um direito fundamental, porque não está dotado de grau de abstração ou conformação interpretativa. Não estão se sobrepondo abstratamente os direitos ao meio ambiente e o direito de garantia do domínio coletivo, ainda que esses valores estejam estampados nas almas desses dispositivos.

É criticável a solução de todos os casos postos a juízo pelo método da ponderação, pelo que não o utilizarei depois de implementar inúmeros raciocínios sobre o caso.

Não se trata de ponderação porque, ínsito na ideia de comunidades tradicionais está a relação de subsistência e de manejo da natureza de formas com baixo e até baixíssimo impacto ambiental. Ou seja, a contraposição do direito dessas comunidades com o meio ambiente é apenas hipotética, por disposição da discutível norma do art. 42 do SNUC.

Em termos práticos, um Mapa da Agenda Socioambiental do ISA, de que me valho nesta decisão em virtude do seu grau de clareza, aponta a forma de uso do território por Bombas e que suas roças (em rosa) ocupam parte mínima no território reivindicado:



Comunidades tradicionais e meio ambiente não estão em conflito em termos de definições jurídicas, mas, pelo contrário, somente se pode compreender o tratamento de Comunidades tradicionais a partir da relação com recursos naturais que lhes garantem sobrevivência, como antes fundamentei. Tanto é assim que a definição de comunidades tradicionais não se separa de “território” e “meio ambiente”.

Concluo isso pelas inúmeras definições de comunidades tradicionais que concentram em seus elementos nucleares a relação comunidade/natureza, além de pelas inúmeras pesquisas a respeito.

A noção de comunidades tradicionais e povos originários está tão ligada à noção de preservação ambiental que o conteúdo foi citado no voto do Ministro Dias Toffoli, na decisão a respeito do marco temporal indígena³ que leva, em seus fundamentos, idêntico raciocínio (embora tenha, ao final, mantido conclusão diversa daquela que se apontará nesta decisão). Naquela decisão o Ministro cita a noção de natureza, bens, visível e invisível para os povos indígenas:

Pois bem, essa é a compreensão que mantenho no exame nos dispositivos constitucionais, a carta de 1988 não pretendeu romper com as concepções do mundo dos povos indígenas, ao contrário, optou por expressamente respeitá-los e consagrar sua efetivação por meio do reconhecimento do direito as terras tradicionalmente ocupadas, como explica Maniva, **os povos indígenas se relacionam com o espaço como ‘o conjunto de seres, espíritos, bens valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletivo’, a autora ainda expressa ‘para os povos indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos e deuses que nele habitam. Para os índios, o invisível faz parte do visível, assim como os não humanos fazem parte dos humanos. O mundo dos mortos, dos espíritos e dos deuses não está em outra dimensão cósmica, está na própria natureza que constitui o território indígena. Os deuses indígenas não existem sem a própria natureza, real e concreto.’** Digo então, essas múltiplas relações com a terra são muito distintas das vivenciadas pelos não-indígenas, e, por isso, nem sempre é por estes, por nós não-indígenas, compreendido o alcance da proteção constitucional assegurada aos povos originários. [...].

Não há dúvida, portanto, que em termos práticos o risco da permanência não é sequer debatido.

Ainda, as rés sequer cumpriram seu ônus de comprovar que as práticas de Bombas são danosas em termos qualitativos e quantitativos. Mais à frente, analisarei a relação de bombas com a proteção do local discutido e a questão do Sistema Areias, ponto de maior objeção do Estado quando das negociações.

3 Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031)

Concluo, portanto, que não há dois direitos abstratos em colisão, senão valores que gravitam sobre duas regras e, um deles, o meio ambiente, não está afastado teoricamente da proteção do segundo (a comunidade), mas é um aliado dele e elemento essencial.

Por outro lado, é fato que também não posso admitir a invalidação total do Decreto impugnado. Aqui, retorno ao argumento inicial de que não há como fazer amizade com o absurdo por meio desta decisão judicial: remover a comunidade (discussão que não está em debate) ou invalidar integralmente o decreto (reconhecendo a nulidade integral da própria Unidade).

No tópico do meio ambiente o raciocínio está atrelado a fatores altamente sensíveis. Apesar de o Estado não se debruçar no ponto, sequer citando, meu dever como Magistrada é conhecer o Direito e, sempre que possível, as consequências da decisão.

A anulação do Decreto integralmente ocasionaria a desproteção de mais de 80% do território do PETAR. Ou seja, os 60 (sessenta) anos de criação seriam fragilizados pela inconsistência material, tendo como consequência prática uma crise de gestão, assim como a fragilização da proteção ambiental, passando a admitir invasões, apropriação privada de terceiros e criando um verdadeiro caos, não apenas jurídico, caos no domínio dos fatos.

Atualmente, existe determinação legal de que os Magistrados, em sua interpretação, reconheçam as consequências de suas decisões (LINDB, art. 21).

Para mim, até este momento: não há prova de que a remoção da comunidade de bombas protegeria o meio ambiente mais do que a sua manutenção no local, o Estado não se desfez desse ônus de provar até que ponto a comunidade causaria dano; não há, ainda, como admitir a invalidação total do decreto, para não acarretar, para proteger um bem jurídico (a comunidade), a sua extinção (dos direitos que protegem a unidade).

Assim, ABREM-SE, no plano das conjecturas, duas possíveis soluções jurídicas. Essas soluções são o próprio pedido da Defensoria Pública em favor da comunidade.

Refleti sobre as possíveis soluções por dias, semanas e até meses. E necessitei empreender aprofundado estudo que alimentou as páginas anteriores para tentar, no mínimo, dotar de coerência jurídica a decisão. Com adequado grau de preparo e boa vontade, possivelmente essa decisão poderia ter sido melhor tomada pelos próprios interessados, destinatários e gestores dos direitos em discussão.

Isso porque, como o próprio processo deixa claro (fls.), em outras localidades o próprio Poder Público do Estado de São Paulo promoveu a desafetação de áreas afetadas ao interesse ambiental quando analisou a sobreposição com territórios historicamente quilombolas. A solução administrativa da questão, portanto, aconteceu em casos similares (um dos exemplos é a comunidade Quilombola de Pedro Cubas).

Anoto, ainda, a questão de que a decisão me é submetida porque uma Unidade de Conservação somente pode ser diminuída em seu território por meio de Lei (art. 22, § 7º da Lei do SNUC). Não sendo este o caso (se o Poder Público não propuser a medida e o Legislativo não aprovar a Lei), cabe somente a análise judicial da questão não da perspectiva da redução legal da unidade, mas da apreciação da validade da criação.

Neste caso, contudo, a tensão existente e prolongada e a complexa análise de títulos trouxeram o caso ao Judiciário. Já que me foi submetida a controvérsia, sopesei as consequências das duas decisões em termos de coerência jurídica e consequências reais.

São elas:

a) Dupla Afetação: Interpretar que o Decreto é inteiramente válido (apesar da existência da Convenção 169), considerando sua finalidade de proteção ambiental (compatível com a CR) e interpretar que o art. 68 da ADCT pode ser considerado um direito de “posse” sobre a terra, sem direito ao domínio (propriedade coletiva) e manter no local a Comunidade de Bombas e o PETAR (*dupla afetação*); aqui, somente um deles poderia ter o título de propriedade, dadas as limitações do ordenamento;

OU

a) Invalidez: Interpretar que o Decreto é parcialmente inválido na parte em que se sobrepõe ao Quilombo de Bombas (pelo confronto com a Convenção 169 e com o art. 68 da ADCT), garantindo a higidez dele na parte restante e reconhecer a nulidade de parte da afetação a fim de que se garanta a outorga do título de domínio, com a manutenção da Unidade na parte que não está sendo debatida (a que está fora de Bombas); aqui, necessita-se debater o que seria a compatibilização ambiental.

Analisarei a estrutura de cada um dos pedidos, iniciando por aquela solução que mais pecaria em termos de proteção constitucional e que é a atual sugestão do Ministério Público Federal e posição de órgãos federais.

a.1 a Dupla afetação

Na primeira hipótese (item a), se adotar a linha de que o Decreto é inteiramente válido, por proteger um valor também eleito pela constituição (a proteção ambiental), e por inexistir como admitir a recepção apenas parcial de uma norma (repito, por ser norma anterior não estou analisando a constitucionalidade, mas sua recepção), terei como consequência o acolhimento da tese da *coexistência de usos, mas de domínio para apenas um*.

O artigo 68 da ADCT é claro: garante o domínio do território e não há, juridicamente, outro sentido para domínio que não o de propriedade (individual ou coletiva).

O parecer da AGU⁴, por sua vez, embora sugira a permanência das comunidades, não se aprofunda na temática específica quilombola, apesar de reconhecer sua importância:

Como se vê, há uma obrigação expressa no artigo para que o Poder Público tome medidas que assegurem a sobrevivência dessas comunidades quilombolas, mesmo nos casos em que estão inseridas em Unidades de Conservação nas quais a permanência desses povos não é autorizada pela Lei do SNUC. Tendo em vista uma proteção especial garantida pelo art. 68 do ADCT, bem como pelo Decreto nº 4.887/2003. **Os territórios quilombolas não serão tratados de forma aprofundada neste parecer.** *Sem grifos no original.*

O ponto tem densidade teórica, mas procurarei aclará-lo de forma didática, mesmo com as inevitáveis limitações da linguagem.

A tese da dupla afetação é a majoritariamente aceita para solução técnica de problemas dessa monta, pois, segundo ela, seria possível o resguardo de duas finalidades específicas: a proteção da comunidade e a proteção ambiental. A tese é tão bem aceita que já foi validada pela CIDH quando analisou direitos territoriais indígenas⁵, (*Caso Povos Kalinã e Lokono x Suriname*), reconhecendo-se se tratar de tese convencional e constitucional.

Entendo, contudo, depois de esmiuçar o estudo deste caso, que a tese não se compatibiliza com a afirmação de direitos territoriais quilombolas. A dupla afetação, no meu convencimento, não é compatível com a Constituição da República diante da previsão clara do art. 68. Explicarei, abaixo, a razão pela qual assim entendo e desde logo firmo que o meu entender é específico em relação aos territórios quilombolas, me valendo das diferenças teóricas que já fundamentei (nos tópicos anteriores) sobre o domínio quilombola e o direito ao usufruto dos indígenas.

4 Parecer 00175/2021

5 Paiva, Caio Cezar. Heemann, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017, p. 607/610.

Pois bem.

Para dizer que a tese principal da defensoria (nulidade da afetação) é incabível (improcedente) teria de considerar que o art. 68 da ADCT tem menor validade do que o que foi previsto (prescrevendo apenas um direito ao uso e não ao domínio), ou diminuir o conteúdo da sua proteção na atividade interpretativa e (afirmando que ele não contém o direito ao título, mas apenas a posse), enfraquecendo-o, determinar que a Unidade Permaneça sobre a Comunidade.

Como consequência, admitiria que uso, gozo e fruição (clássicos atributos da propriedade) fossem fracionados (para o Estado e para a Comunidade, que geririam juntas), mas que a propriedade permanecesse com o Estado de São Paulo quando da regularização fundiária (*friso, por não haver regularização fundiária no Petar o Estado não detém o domínio, mas apenas a afetação do território*).

Isso quer significar que, na dupla afetação, inevitavelmente deveriam ser ultimadas as fases da regularização fundiária do PETAR para que, então, os imóveis ali existentes que hoje ainda estão em nome de particulares (como o processo comprova) fossem transmitidos ao Estado, que deveria ser o único proprietário do local. Por outro lado, a comunidade não seria removida, mas não teria direito ao título, permanecendo apenas com posse (uso, gozo e fruição).

Na dupla afetação o território poderia ser gerido pela comunidade, mediante confecção de instrumentos de gestão ambiental e zoneamento, considerando as características dele (como o sensível sistema Areias) e as necessidades da comunidade (como o uso para roças tradicionais).

Essa solução, embora fundada em jurisprudência e doutrina, exigiria também o cumprimento de protocolos de consulta prévia da comunidade, a fim de equacionar valores como descarte de resíduos, abertura de unidades para visitação, intervenção de terceiros no local e etc.

Essa posição é sugerida pelo Ministério Público Federal no Manual de gestão de conflitos socioambientais como adequada (fls. 919 dos autos. Ela peca, contudo, no sentido de entender que a tese da dupla afetação é possível porque os quilombolas poderiam se manter na “posse”. Veja-se a nota de rodapé do Manual:

16 A afetação é definida no âmbito do direito administrativo como o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de interesse direto ou indireto da administração pública (CARVALHO, José dos Santos, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010). No caso de territórios tradicionais, a primeira destinação pública específica seria o usufruto da terra e dos recursos nela existentes como garantia da reprodução física e cultural das comunidades. Em se tratando especificamente dos povos indígenas, o usufruto dos recursos seria exclusivo e a terra, pertencente à União, inalienável e indisponível. Em comum com os outros povos e comunidades tradicionais, os territórios ocupados, além de essenciais à sua constituição identitária, partilhariam de uma segunda finalidade pública, qual seja, a de proteção do meio ambiente, destinações estas perfeitamente compatíveis, aliás. Assim, esses espaços poderiam ser definidos como áreas protegidas tanto por se configurarem importantes para a manutenção da qualidade de vida e dos direitos identitários desses grupos como para a proteção da biodiversidade. Também pode-se afirmar com segurança que, tanto no caso dos povos indígenas quanto em relação às comunidades quilombolas, a própria Constituição Federal procedeu à afetação de seus respectivos territórios a uma finalidade pública de máxima relevância, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais de minorias étnicas vulneráveis associada à proteção do patrimônio histórico-cultural do país. A afetação constitucional dos territórios quilombolas foi defendida pelo Procurador Regional da República Daniel Sarmento em seu parecer "A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação", disponível no site da 6ª CCR/MPF. Não se cuida, pois, de afetação resultante de mera escolha do administrador, mas de opção do próprio poder constituinte originário, nos artigos 231 da CF e artigo 68 do ADCT/CF.

Me parece, contudo, que ela (a tese) peca de erros teóricos quando se trata de garantia de direitos quilombolas. **E destaque: estou analisando a compatibilidade da tese de dupla afetação em relação, apenas, aos territórios quilombolas.**

Para assegurar o conflito hipotético que já argumentei que pode não ser um conflito real - entre direitos da comunidade e meio ambiente, o intérprete da norma admitiria que o único artigo que prescreve um direito específico para essa comunidade no texto constitucional fosse manipulado.

A disposição é clara no sentido de determinar a outorga, **a entrega, do domínio**, que não tem outro sentido jurídico que não seja a de que lhes cabe a **propriedade** coletiva. Domínio é um termo jurídico que tem dentro da estrutura dos direitos apenas um sentido: a propriedade. Retorno ao argumento do primeiro capítulo dessa sentença, quando sustentei que a proteção do território quilombola se distancia da propriedade privada em termos de origem teórica. Mas, também disse que um dos nortes da decisão é reconhecer que domínio é propriedade, que domínio não é mero direito de uso e fruição.

O texto constitucional, no ponto, não admite dúvidas.

Reforço isso para atestar: não há um voto na análise da ADI 3239 que não tenha deixado claro que a interpretação do dispositivo do art. 68 é de garantir a propriedade. É uníssona a posição dos Ministros.

Rosa Webber, argumentando sobre a diferença da proteção dos direitos territoriais quilombolas e indígenas assevera que não se deve interpretar os dispositivos para enfraquecer os direitos nele previstos.

Me parece um atestado de violação à Constituição que na condição de intérprete leia, ou atribua ao dispositivo sentido totalmente diverso de um dos institutos mais claros da ordem jurídica: o domínio. Me parece ferir a Constituição frontalmente interpretar que quando o constituinte escreveu “domínio” quis dizer “posse”.

E me parece que essa distinção é fundamental para, nestes casos, entender que a tese da dupla afetação não tem aplicação em relação aos quilombolas quanto estiverem com unidade de conservação sobreposta ao seu território. Ou seja, não é o território quilombola que está sobreposto e sim a Unidade, que veio depois, ou seja, que é a que necessita da análise de desintrusão.

Nas notas de rodapé no Manual do MPF sobre o tema, lê-se que os quilombolas poderiam fazer o uso comum dentro da Unidade de Conservação. Penso que aqui está um erro terminológico na interpretação jurídica da questão. E que este equívoco vem se sustentando pela precipitada interpretação de que as comunidades quilombolas e indígenas se valem das mesmas proteções.

Se a Constituição garante aos Quilombolas o título de domínio da sua propriedade, evidentemente que a outorga do título é pressuposto da garantia desse direito, que nele se materializa e confere segurança. A tese da dupla afetação é justificável no direito interno para os indígenas porque, além de existirem tipos de unidades que admitem a coexistência com pessoas, também a Constituição prescreveu para eles o usufruto de suas terras, com o domínio para a União.

Para os indígenas, é fato, pode ser cabível a dupla afetação com a coexistência da comunidade com a Unidade porque lhes é de direito apenas o usufruto da terra (um dos atributos da propriedade), já que o domínio pertence à União, como antes diferenciei. Neste caso, é mais do que evidente, a propriedade cabe a um, o uso aos dois: o problema se dissolve (ainda que existam divergências em relação à comparação com diplomas internacionais, os quais não mencionarei por não ser o objeto a decidir).

Para os quilombolas não se admite a dupla afetação, pois a Constituição lhes garante o domínio. Ou seja, sendo deles de direito a propriedade de suas terras, o domínio deve ser entregue e o uso, a fruição e o gozo pertencem aos quilombolas. Neste caso, não significa que não exista um regime jurídico de proteção ambiental, que analisarei mais à frente.

Fato é que, admitir a dupla afetação para os territórios quilombolas é dizer que o único artigo que prescreve um direito territorial não tem valor jurídico, pode ser sopesado contrariamente à literalidade da palavra domínio e pode ser sopesado para garantia apenas do uso e fruição, e, de forma restrita, haja vista o regime especial da proteção das UC.

Admitir a dupla afetação para os quilombolas é invalidar o próprio artigo 68 da ADCT. E é inadmissível, porque não foi reservado ao Magistrado a possibilidade de discordar de um artigo e manipulá-lo interpretativamente a fim de modificar por completo o sentido atribuído pelo próprio constituinte.

Dizer que cabe dupla afetação para eles é dizer que não cabe outorga da propriedade, já que a manutenção da UC também exigiria a propriedade para o Estado de São Paulo (ainda que pendente regularização fundiária). Ou, admitiria a tese esdrúxula em termos de coerência jurídica de que cabe dois títulos de domínio (para Comunidade e Estado), que seriam sem condições alguma de Registro, já que a LRP se rege pelo princípio de unicidade de matrícula.

Quero dizer, com tudo isso, que o que a Constituição garante não é a remoção da comunidade, nem a permanência com uso, mas a outorga do domínio, ou seja, a proteção completa do território com um título que pode ser levado a registro depois da regularização fundiária.

Está claro, portanto, que é meu dever Constitucional conhecer a norma do art. 68, compreender seu alcance literal, teórico, sua interpretação pela ADI 3239, compará-la com os regimes jurídicos de propriedade existentes e fazer o preceito se concretizar. Fosse possível uma metáfora, é extrair a alma do dispositivo e fazer ela se tornar concreta no caso em análise.

Não sei dizer se existe algum outro dever que me seja mais imperativo que concretizar a Constituição: o domínio quilombola é uma regra constitucional, não um princípio, direito que não admite outra interpretação que não seja a outorga da propriedade.

Até porque, são mais do que claros os métodos interpretativos que prescrevem a força normativa da Constituição.

Não há, ainda, que se afirmar que com a Criação da Unidade houve desapropriação indireta da posse quilombola (argumento que já mencionei ser aceito em determinados casos) e que, por isso, a propriedade cabe ao Estado e aos quilombolas apenas o uso. Isso porque há um norte interpretativo neste caso que é a *prevalência da interpretação mais favorável aos direitos humanos*. Aliado a ele está a história de mais de meio século do PETAR e de mais de cem anos da Comunidade de Bombas, com as nuances que anteriormente discorri.

Neste caso, não houve desapropriação indireta pelo Estado quando criou a Unidade, pois o local em debate neste processo foi, permaneceu e ainda é inteiramente dominado no plano fático pelos quilombolas, que nunca se removeram e mantiveram seu território no local.

E admito, por fim, outros argumentos de ordem prática. O primeiro deles é que a dupla afetação colocaria a comunidade na mesma situação que já está, em que a coexistência dos usos cria a desumana situação que relatei nesta sentença depois de extrair provas dos documentos juntados. A reticência do Estado, a omissão, a inércia na garantia de direitos, a falta de políticas públicas, a falta de acesso e todas as questões anteriormente citadas.

E, é claro, pensei inúmeras vezes se essa decisão - de entender que cabe aos quilombolas o domínio e que a Constituição não foi vacilante não colocaria a própria comunidade à própria sorte. Isso porque no relatório técnico, cujo teor citei nos tópicos acima, o antropólogo que realizou o laudo faz um contraponto, ao afirmar que se a criação da Unidade limitou a comunidade, também paralisou a ação de agressores (madeireiros e mineradores).

No momento em que me deparei com esse contraponto me ative e refletir se a determinação de remoção da Unidade de cima da Comunidade não os faria enfraquecer, já que tornaria o Estado ainda mais ausente no atendimento dela. Esse argumento, é claro, é extrajurídico e não tenho como função refletir se a comunidade “está certa” em escolher assumir sua autonomia que foi violada pela sobreposição da Unidade.

A isso se chama o princípio da autodeterminação e a questão poderia, ou não, ser corrigida pela séria implementação de políticas a favor dessa comunidade (por exemplo, amparadas no Decreto 11.786/2023), assim como pelo fomento de novas formas de gerir o território: aqui, considero que as lideranças jovens têm especial papel, dada a rapidez que as informações agora são transmitidas, sendo papel da própria comunidade decidir o seu destino.

Não posso justificar, portanto, que neguei a uma Comunidade como a de Bombas seu direito ao domínio do território, literalidade da Constituição, porque temi que ela se enfraqueça sem a presença da Fundação Florestal naquele contexto (*que hoje é quem deu início ao licenciamento para abertura da estrada de acesso e que, em audiência realizada no cumprimento de sentença se propôs a disponibilizar melhoramento da trilha de acesso*). Possivelmente o pedido manejado na demanda foi amadurecido dentro da própria comunidade e fazer parte da sua autodeterminação selecionar seu destino.

Dizer que eles estariam se vulnerando em outros aspectos com a escolha pode ter um grau de realidade, inclusive dentro da possibilidade de a Fundação Florestal paralisar o licenciamento ambiental que agora inicia para construção da estrada de acesso.

Dentro das minhas **conclusões parciais**, portanto: o Decreto que cria o PETAR contraria, sim, o art. 68 da ADCT, mas apenas parcialmente, pois também há na alma do ato normativo a necessidade de proteção ambiental. O impedimento que ele gera de outorga e domínio poderia ser solucionado por desafetação administrativa, com edição de Lei pelo Poder Legislativo, diminuindo a incidência da Unidade em termos territoriais. Não resolvida assim a situação, penso que é incabível a tese secundária da Defensoria Pública (de dupla afetação), porque exigiria que a proteção prevista no art. 68 da ADCT, de outorga de domínio (diferente do regime jurídico dos territórios indígenas) fosse relativizada e os quilombolas não pudessem ter o registro do seu título, mas apenas o uso, com domínio pelo Estado de São Paulo. Não houve, com a criação do PETAR, desapropriação indireta do bem ali em discussão, pois a comunidade nunca se retirou. Essa interpretação deve ser afastada teoricamente por ser, inclusive, mais prejudicial aos direitos humanos. Assim, a tese da dupla afetação do território não tem aplicação aos Quilombolas, porque contraria frontalmente o art. 68 da ADCT, que seria invalidado por norma de caráter inferior toda vez que uma Unidade de Conservação se sobrepusse.

A dupla afetação, impedindo a outorga do domínio (que somente poderia ser do Estado neste caso), anularia o art. 68 da ADCT, esvaziando por completo a garantia do domínio.

E nem se argumente, ainda, que caberia a tese da dupla afetação com título para os quilombolas (um domínio) e uso, gozo e fruição por eles e pela Unidade de Conservação (aqui, para os dois), pois essa solução seria esdruxula, contrariando a lei do SNUC, já que a Unidade de Conservação é de proteção integral e não admite manutenção de domínio que não seja estatal.

Passo, assim, à conclusão final, que se sustenta integralmente nos vetores fáticos e jurídicos que expus acima.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.

Processo nº: **0000522-11.2014.8.26.0172**
Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração**
Requerente: **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**
Requerido: **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva Itesp e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **HALLANA DUARTE MIRANDA**

a.2 Separação do território de Bombas – Invalidade da afetação

A segunda escolha, portanto (tese b), é a única que detém sustentação jurídica porque cumpre fielmente a Constituição e não subverte a ideia de domínio ou enfraquece o único direito que ela previu para essa comunidade. Embora, é evidente, conta a solução com complicações de ordem teórica e práticas.

A *complicação teórica* reside em como admitir a invalidade parcial do decreto, reconhecendo que a parte que se sobrepõe ao território de Bombas não foi recepcionada pela Constituição da República.

A *complicação prática* é a de compatibilizar a proteção ambiental. Na decisão, já considerei: **a)** que nenhum dos réus alega que a comunidade agride o ambiente; **b)** que a questão das comunidades com o meio ambiente não é contrária uma à outra. Contudo, necessito de tais argumentos para, ainda, enfrentar se esta garantia (do território) contraria a proteção ambiental ante a previsão no Decreto 4.887/2003 de “compatibilização de direitos”. É preciso interpretar o que seria a compatibilização, se significa a diminuição da proteção da outorga do domínio ou significa a manipulação do meio ambiente de forma mais adequada.

Decido, então, os pontos remanescentes.

Está claro para mim que para não vulnerar a proteção do art. 68 da ADCT que garante o domínio, deve-se afastar a teoria da dupla afetação, senão o intérprete chegaria ao raciocínio de esvaziar o preceito constitucional e atribuir a ele um sentido que não foi o que o constituinte elegeu.

E está claro que o domínio deve ser outorgado à comunidade. Dizer o contrário é invalidar a disposição constitucional por meio de decisão judicial, ato completamente incorreto dentro da estrutura do ordenamento jurídico. Até porque, o dispositivo não pode ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional, considerando que ele prescreve direito fundamental. Se nem mesmo uma emenda poderia remover a determinação do art. 68 da ADCT, mais ilógica ainda seria a decisão se assim o fizesse.

Contudo, também é claro para mim que não posso reconhecer a invalidade total do Decreto 32.283/1958 (que cria o PETAR). E não há que se falar em improcedência por impossibilidade jurídica do pedido (sendo impossível anular por completo, dizer que o pedido é incabível). Se assim admitisse equivaleria a dizer que encontrando questões teóricas não previstas em Lei o Juiz deve não decidir o caso.

Penso que a solução técnica adequada é o uso das ferramentas utilizadas no controle de constitucionalidade para reconhecer uma nulidade sem invalidar por completo um ato normativo. Ou seja, muito embora a Jurisprudência Constitucional se remeta ao uso de técnicas de invalidade parcial no tocante ao controle de normas pós-constituição, não entendo que impossível o seu deslocamento teórico para a análise de normas pré-constituição.

Isso porque o que se está tentando assegurar é a proteção máxima do bem que a norma protege, possibilitando que se mantenha o Parque, mas que se admita a separação do território da comunidade.

Por isso, muito embora a lei preveja como única forma de diminuição de UC a desafetação por lei (art. 22, § 7º), neste caso, a consequência jurídica da análise acima é a de reconhecer que a parte afetada ao Parque (por meio do decreto que não contém, ainda, o georreferenciamento no corpo do seu texto) que compõe o território de Bombas foi realizada por ato que se tornou parcialmente nulo a partir da promulgação da Constituição, em 1988.

Veja-se o mapa do Parque e do território. A única possibilidade aceitável neste caso é a preservação máxima de ambos, com os contrapontos que já trouxe nos tópicos acima a fim de não vulnerar o Parque e não invalidar o art. 68 da ADCT.

Essa conclusão, inclusive, vai além do ônus argumentativo cumprido pelos réus, que se limitaram em defesas superficiais; contudo, vige a indisponibilidade do bem público no sentido de que a falta de argumento concreto dos réus não afeta a necessidade de o Juízo proferir decisão fundamentada.

Como já argumentei em linhas anteriores: o art. 68 da ADCT garante a outorga do título de domínio aos quilombolas, o que somente seria possível mediante ação política do Estado em desafetar administrativamente o território e propor Lei em que fique essa parte executada do traçado do Parque.

Se isso não foi realizado, o conflito está na questão de que a imposição do traçado (mesmo sem regularização fundiária), limita o uso e fruição do território pela imposição de regime jurídico mais rigoroso sobre os usos dos bens locais e, ainda, impõe que a comunidade não possa acessar mínimo grau de desenvolvimento.

Contudo, a disposição que determina a outorga do título de domínio não admite relativização, já que não se está tratando de conflito de princípios, mas de compatibilidade de regras. O artigo 68 da ADCT é uma regra, cuja interpretação não admite enfraquecimento do seu conteúdo, ficando clado que domínio é propriedade, ainda que coletiva e diferente de propriedade privada.

A imposição de Unidade de Conservação, neste caso, sobre o território, violaria o único dispositivo que protege a Comunidade de Bombas no ordenamento jurídico interno.

É claro, no caminho da compreensão da questão precisarei amadurecer meus próprios conhecimentos sobre a questão dos quilombolas, agora concluindo que: a)

relação próxima com o ambiente não está “contra” eles, mas dentro da ideia de tradicionalidade no caso da Comunidade de Bombas; b) embora a ideia de presença humana em UC de proteção integral seja de agressão presumida, essa ideia parte de parâmetros que desconsideram a vida das comunidades tradicionais; c) já argumentei a interpretação do art. 42 da Lei do SNUC conforme os próprios Órgãos Federais o entendem; d) a dupla afetação é contraditória Constitucionalmente com a garantia de domínio; e) nada há que comprove que Bombas, em seu modo de vida, gera mais desproteção à Unidade do que proteção; f) não se está tratando de comunidade que se alocou no lugar em função da comodidade do espaço ser ambientalmente protegido, mas o contrário, o espaço só é tão protegido graças ao modo de vida da comunidade.

Por isso, é de se aplicar ao caso a compreensão de que o Decreto que cria o PETAR foi recepcionado apenas parcialmente, perdendo validade na parte em que se sobrepõe ao território de Bombas. E, para tanto, me utilizo de técnica de reconhecimento de invalidade sem redução de texto, a qual empresto da teoria do controle de constitucionalidade de normas (normas pós constituição) para a seara da análise de recepção (normas pré-constituição).

E o faço para garantir que a invalidade não afete a totalidade do decreto, fazendo o esforço interpretativo para que, assim, resguarde a parte do território quilombola e, ao mesmo tempo, mantenha a higidez da criação do PETAR.

Confesso, ainda, que temi a adoção de tal posição, pois precisei sopesar cada um dos elementos e realizar conjecturas inúmeras para tentar alcançar a complexidade que o caso debate. Não desconheço a sensibíllissima importância da Unidade de Conservação e me posiciono, ainda, integralmente alinhada com a ideia de que a proteção ambiental é matéria de Direitos Humanos, além de reconhecer a necessidade urgente de paralisação da ação humana desenfreada sobre ecossistemas a ponto de modificar condições climáticas que hoje garantem nossa sobrevivência.

Com sinceridade intelectual, não estou afirmando que a decisão desprotege o ambiente por reconhecer que o território deve ser outorgado aos quilombolas de Bombas. Pelo contrário, entendo que essa é a melhor forma de proteção ambiental, por assegurar a proteção de dois bens raros: a comunidade e a unidade.

Um dos documentos que mais sensibilizou o Juízo neste caso é o relatório de fls. 77, que trata da existência de raras cavernas no local e de raras espécies. Pensei, inúmeras vezes, se conseguiria enfrentar os limites filosóficos desse processo, já que precisaria decidir a respeito de uma comunidade centenária e de um local de características raras e combinações ambientais únicas. Confira-se:

Na região de Bombas está a maior concentração de cavidades naturais em forma "sumidouros" por onde penetram as águas de grande parte das cavernas do Vale do Rio Betari. Também estão ali algumas das mais importantes cavernas do ponto de vista faunístico, inclusive com grande diversidade de animais troglóbios (que são endêmicos e considerados ameaçados de extinção), com destaque para o bagre cego *Pimelodella kroni*, símbolo do PETAR. Da mesma forma, a área reúne importantes sítios paleontológicos, a exemplo do Abismo do Fóssil, de onde provem a maior quantidade e diversidade de fósseis pleistocênicos das cavernas paulistas.

Por outro lado, é inquestionável a tradicionalidade da comunidade de Bombas e as dificuldades que enfrentam os moradores locais devido às restrições impostas pela legislação ambiental. Ainda assim, deve ser ressaltado o fato de que a comunidade de Bombas e o PETAR têm mantido um excelente convívio baseado no respeito mútuo e permanente colaboração.

Em verdade, essa decisão trata de dois bens coletivos: os valores históricos e culturais de Bombas e o direito ambiental transindividual que está protegido com a criação do PETAR. Atingir qualquer deles é afetar a coletividade, a comunidade local e os valores futuros das gerações que nos sucederão.

Não posso, em nenhuma forma jurídica, admitir o desaparecimento da comunidade ou sua remoção forçada, ou submissão à situação desumana a que estão sobrevivendo, para justificar minha decisão. E não posso, além disso, ignorar a importância ímpar do PETAR, assim como da sua rara composição ambiental e biológica.

São sensíveis as palavras descritas às fls. 763:

[...] a importância desse contínuo de matas vai além de seus aspectos físico-naturais. Possui importância cultural reconhecido pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDENPHAAT) DA Secretaria de Estado da Cultura [...]. Esse tombamento salienta a importância cultural que estas matas possuem e a sua preservação se faz ainda mais necessária uma vez que os aspectos culturais, históricos e arqueológicos ainda estão por serem compreendidos profundamente. O tombamento consolidou a legislação ambiental de defesa do patrimônio dessas unidades de conservação, abrindo espaço para o reco-

reconhecimento internacional, com a Declaração pela UNESCO, a partir de 1991, da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica no estado de São Paulo e, posteriormente, reconhecido como Sítio do Patrimônio Natural Mundial da Humanidade.

Sopesar a proteção dos complexos bens que me foram apresentados neste processo é tarefa de altíssima dificuldade. Por isso, para preservar a ambos, em sua originalidade, singularidade, importância, somente posso reconhecer a invalidade de parte do Decreto, ressaltando todo o resto em sua integridade.

Não há como, portanto, negar aos quilombolas o cumprimento de um dispositivo Constitucional. Seria ferir a Constituição e, assim, o espírito do diploma que funda a ordem jurídica a que me submeto como Magistrada. Não há, por outro lado, como desproteger o PETAR, território único.

E, mais, reconhecida parcialmente a invalidade do Decreto, deve-se outorgar à Comunidade de Bombas todo o seu território historicamente reconhecido, incluindo-se o complexo Sistema Areias, o qual foi objeto de debates tão intensos que impediu, por anos, a conciliação.

Assim descreve o mapa do território debatido:



Um dos pontos que deixou clara a dificuldade de compatibilização política/administrativa neste caso é o que se relata às fls. 765, de que o Estado e a Fundação Florestal mantiveram posições irredutíveis em relação a parte do território onde se entende existir um raro sistema de cavernas:

Apesar da comunidade não ter participado das oficinas públicas do Plano de Manejo, algumas reuniões e conversas ocorreram. A partir das normativas contidas na Resolução SMA 29/2010, que ordena os processos de estudos para desafetação de áreas ocupadas por comunidades tradicionais no interior de unidades de conservação de proteção integral, foi elaborado em dezembro de 2010 um plano de trabalho e assinado um Protocolo de Intenções para que fossem realizados estudos complementares com vistas a encaminhar a conclusão do Processo de Reconhecimento e titulação territorial da Comunidade Bombar.

Tais estudos mostravam-se imprescindíveis, uma vez que o desenho do território reivindicado até então incluía uma das áreas cársticas mais importantes do parque, denominada de Sistema Areais, abrigando populações do bagre-cego *Pimelodella kronei*.

Ao longo dos dois anos que se seguiram o impasse permaneceu em função da manutenção do Sistema Areais nos limites do PETAR - em confronto à reivindicação deste setor como território tradicional - até que em fevereiro de 2013, em reunião pública realizada em Iporanga, estabeleceu-se o acordo entre os técnicos da FF e a comunidade, tendo sido estabelecido um novo desenho do território para Bombar, agora sem a abrangência da área do Sistema Areais. Com base neste desenho acordado, o Itesp elaborou o mapa cartográfico e o memorial descritivo do agora novo território de Bombar, aferido pela equipe do Núcleo de Regularização Fundiária da FF.

A conclusão, à época, da Fundação, era de que não haveria forma de compatibilizar a presença humana com a ocupação da parte em que estavam alocadas as cavernas mais raras e sensíveis, assim como a espécie bagre-cego (fls. 771/772):

Em reunião sobre a delimitação do território de Bombar, a Prof. Eleonora apontou que um dos grandes diferenciais da região onde vive a comunidade de Bombar é o patrimônio biológico e genético representado pelo bagre-cego *Pimelodella kronei* e, contudo, a comunidade não está se apropriando disto como patrimônio, da grande importância ambiental e científica desta espécie incidente nesta localidade. Seria muito importante e interessante que a comunidade compreendesse o valor intrínseco que tem o bagre-cego e também lutasse pela sua preservação, pela preservação deste patrimônio, que é da humanidade e acima de tudo, dos cidadãos brasileiros.

areais e para garantir a manutenção das populações;

- isto significa que toda a região é de extrema importância e deve ser manejada com todo o cuidado; o ideal seria a não ocupação, mas diante do histórico da comunidade, de baixo impacto, entende-se que se possa conciliar a presença de pessoas e a conservação do bagre, contanto que todos os cuidados sejam tomados;

- mas no caso de Areais esta compatibilização não é possível;

- o sistema Areais, é considerado um dos mais importantes do planeta, estando no mapa mundial de cavernas (a Prof. mostrou uma publicação com o mapa); é o que se chama "ponto quente de biodiversidade";

- quando a água que entra em uma caverna é poluída, estes e outros animais ficam em risco; não se mexe a montante de qualquer caverna, não se mexe em áreas de recarga, pois os impactos são imensuráveis; o que se tem que proteger são principalmente as águas que entram em uma caverna;

Aqui, o reconhecimento do direito ao território encontra um limite importante, a sensibilidade do Sistema Areias, das espécies lá presentes e do seu contexto geográfico e geológico. Embora não faça parte da defesa das rés, não posso me eximir de tocar neste ponto, pelo qual vejo que por anos as negociações envolveram o desejo da comunidade ver o reconhecimento da integralidade do seu território.

Contudo, depois de condicionantes políticas e administrativas, a Comunidade aceitou renunciar a parte dele (o sistema Areias), objetivando obter o domínio, mesmo reconhecendo que aquele local lhe pertencia historicamente. Com o insucesso do tratamento conferido pelo Estado, a comunidade ajuizou ação em que requer, inclusive, a outorga do domínio do território de Areias (*lendo atentamente os pedidos, a Defensoria requer a integralidade do território reconhecido no Relatório Técnico*).

Esse ponto foi outro que mais me sensibilizou durante a decisão, pois não ignoro a necessidade de proteção de espécies raras e de preservação de espécies encontradas em locais únicos. O valor que atribuo ao documento, contudo, há de ser minuciado a frente.

De mais de 1.600 páginas de processo, a questão foi citada pelas rés apenas no documento juntado pelo ITESP às fls. 772/773, o que me faz, por certo, descrever que aqueles estudos sejam conclusivos, pois desatualizados e não apresentados durante o curso da ação como um dos impedimentos à titulação. A parte ré não requereu audiência, não pediu a oitiva dos especialistas sobre o tema e não justificou neste fato o impeditivo de conclusão do procedimento de titulação.

E a questão não versa, a meu ver, sobre a quantidade de pessoas que habitava o local denominado Areias à época do estudo, já que a territorialidade é o reconhecimento de um limite de ocupação histórica, extremada pela compreensão da comunidade sobre de onde terminam suas divisas segundo a mobilidade de seus antepassados. Inclusive, a Fundação Florestal nunca negou que essa parte pertencesse historicamente aos quilombolas de Bombas.

O Fundamento administrativo, à época, seria o “descuido” ou “despreparo”, assim como a “raridade” e a impossibilidade de “presença humana” no local.

Entendo que este ponto não é óbice para a outorga de domínio, que decorre de imposição Constitucional. Mas, a questão a se perguntar é: se a comunidade desconhece a importância da espécie, mesmo ocupando o lugar há mais de 100 anos, como poderia, até então, a espécie ainda existir. Seria por acaso da natureza ou, então, porque apesar da sensibilidade biológica, o impacto até então produzido pela comunidade foi pequeno a ponto de ser absorvido sem perigo da espécie.

Não posso, no entanto, fazer suposições além do limite da prova que me foi apresentada.

Pondero que a questão do *Sistema Areias e do Bagre-Cego* na Comunidade de Bombas não é sobre a importância, que todos reconhecem, mas sobre como pode o Estado, com seu apartado técnico, promover juntamente com a Comunidade de Bombas a gestão ambiental daquele território, utilizando-se de instrumentos administrativos, ambientais e jurídicos que possam comprometer a comunidade na preservação, ainda que a área pertença a eles e não possa ser habitada no futuro.

A existência do bagre-cego no local não é, portanto, argumento apresentado de forma robusta o suficiente para admitir a desterritorialização da comunidade da parte denominada Areias. Até porque, os documentos apontam que o local foi de uso histórico da família de Pedro Peniche, o que reforça a identificação da comunidade.

Há, aqui, inclusive, a possibilidade de estabelecimento de zoneamento ambiental, a fim de lançar proteção específica sobre o Sistema Areias, sem que, para tanto, seja preciso impedir a titulação deste ponto para aquela comunidade.

A dificuldade prática mencionada, portanto, é a previsão contida no Decreto 4.887/2003, nos poucos artigos que tratam da temática:

Art. 11. Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis **visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado.**

A norma não soluciona a sobreposição de territórios, mas exige a “compatibilização”, ou seja, a “conciliação” de interesses do Estado. Por compatibilização desses interesses tenho que a interpretação deve ser no sentido de compatibilização da proteção ambiental, que pode ser realizada por instrumentos políticos, jurídicos e administrativos de gestão.

Não entendo que a compatibilização é a manutenção da tese da *dupla garantia*, como fundamentado no tópico anterior. Isso porque a dupla afetação, quando se trata de domínio quilombola, impediria que a comunidade obtivesse seu título de domínio. Não há possibilidade de coexistência de títulos no ordenamento jurídico e, neste caso, a Constituição, em seu art. 68 da ADCT garante o domínio aos quilombolas.

Assim, deve-se adequadamente compatibilizar a proteção ambiental e não fragilizar o território e a sobrevivência da comunidade. Tanto é assim que nos documentos que instruem o processo vejo que parte das tratativas abrangia propostas sustentáveis de desenvolvimento e pedidos limitados no acesso à estrada, saneamento, energia elétrica, educação, saúde e autonomia na produção de alimentos.

Recentemente, entrou em vigor o Decreto 11.786/2023, que institui e implementa a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental Quilombola, cujos objetivos se alinham no sentido de permitir que a situação ambiental e territorial de Bombas possa ser adequadamente debatida nas searas administrativas. Inclusive, em suas diretrizes a legislação prescreve expressamente os casos de sobreposição com Unidades de Conservação:

Artigo 4º:

[...]

I - fortalecimento da participação dos movimentos quilombolas nas instâncias de governança territorial e ambiental, especialmente conselhos gestores de unidades de conservação, e na tomada de decisões administrativas que afetem as comunidades e os seus territórios, incluindo os processos de elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação; e

II - compatibilização das práticas quilombolas de uso do solo e dos recursos naturais com a conservação da natureza, na hipótese de sobreposição entre territórios quilombolas e unidades de conservação.

Com relação ao manejo do fogo, inclusive, nas roças, nada foi mencionado pelas rés. Essa forma de desenvolvimento da agricultura, em que há alternância de plantação na mata, utilizando-se de costumes tradicionais, orientou os moradores por dezenas de anos, e até centenas, e nada foi comprovado sobre o perigo prático ao local. Tanto é assim que se reconhece o alto grau de preservação de Bombas, e, em último caso, o altíssimo grau de preservação ambiental no Vale do Ribeira.

É fato, ainda, que na análise concreta a fragilidade da comunidade também decorre do seu processo de isolamento como fruto de ações ou omissões do Poder Público. Se a comunidade for extinta por inação do Estado - ainda que seja comum durante a história humana a extinção de determinados povos ela será não natural, mas sim direcionada, já que as condições de atendimento das necessidades básicas são precárias a ponto de forçarem remoção ou sobrevivência em situação desumana.

Mais uma vez reflito que a resistência da comunidade indica uma capacidade quase desumana de suportar impactos, como as intensas horas de caminhada em local íngreme, falta de acesso a condições básicas de saúde e educação, além da impossibilidade de desenvolverem atividades contínuas de produção/geração de renda básica sem que se removam do seu território.

Já situei caso semelhante no tocante à questão dos Quilombolas de Alcântara Maranhão.

Assim, a **conclusão** sobre o pedido principal é a de que há invalidade da afetação do território de Bombas para criação e manutenção da Unidade de Conservação em debate, por

falta de recepção de parte dele com a vigência do art. 68 da ADCT e por incompatibilidade com a Convenção 169. Neste caso, é impossível “dois domínios” e, como a Constituição garante a outorga do título, o dispositivo Constitucional somente pode ser cumprido se for afastada a Unidade que está sobreposta ao território. A dupla afetação, quanto aos quilombolas de Bombas, é incompatível e a outorga deve abranger, inclusive, o sistema Areias, que é historicamente parte do local, mesmo com sua sensibilidade biológica e ambiental. O Estado não prova adequadamente que há impedimento real ao domínio, de forma que a solução a ser adotada sobre o Sistema Areias é a gestão ambiental por sistemas jurídicos e administrativos de proteção que garantam a preservação das espécies raras, inclusive com manejo local, instrução da comunidade e compromissos de preservação.

A compatibilidade que trata do Decreto 4.887/2003 não é a de fragilização do território, mas de proteção de interesses ambientais.

Assim, neste ponto o pedido da Defensoria Pública do Estado de São Paulo é procedente, tanto por força da Constituição ser posterior e hierarquicamente superior ao Decreto Estadual que cria o Petar, garantindo o domínio dos territórios quilombolas, como porque o art. 42 da Lei do SNUC é incompatível com a Convenção 169 da OIT, nos termos da fundamentação.

a.2 questões fundiárias remanescentes e competência para outorga do título

Há, assim, parcial invalidade do Decreto, na parte em que se sobrepõe ao Quilombo de Bombas. Deve o Estado de São Paulo outorgar o título definitivo para a Comunidade de Bombas, entregando o seu título e promovendo a regularização fundiária necessária.

A regularização, contudo, não pode estar exposta a argumentos abstratos e genéricos da dificuldade da realização, pois é dever do Estado promover um levantamento adequado em tempo célere, sob pena de serem necessárias décadas para conclusão do procedimento. Friso que as negociações neste caso começaram há mais de 20 (vinte) anos e que este processo tramita por oito.

Solicitei documentos pela decisão de fls. 1683/1684, os quais apontam a solução fundiária para o caso. Veja-se a disposição atual do território:



De fato, a complexidade fundiária é ímpar. Neste modelo, o sistema Areias estaria excluído da proposta, o que não se sustenta diante desta decisão. Já a Unidade se sobreporia a quase integralidade do território. Com o levantamento dela, sobriariam no local o perímetro em roxo que pertence ao Estado de São Paulo, com perfeita possibilidade de outorga do domínio.

A Carta de sentença (fls. 1139) de reconhecimento de que aquela terra é devoluta não foi registrada no CRI, mas deve ser realizada prontamente, permitindo que, então, a partir dela a parte do território passe ao domínio quilombola.

No local há, ainda, olhando os documentos de fls. 1647/1648, que sustentam também o RTC, áreas particulares: uma com matrícula e outra com suposta sentença de usucapião. De forma quase surpreendente, uma matrícula estaria destinada para Madeireira e outra para suposta mineradora.

Já se sabe que nenhuma delas ocupou o local, no mínimo nos últimos cinquenta anos. Contudo, só há uma transcrição precária, que culminou na matrícula 2.313 do 23º perímetro de Apiaí. Vale salientar que o 23º perímetro de Apiaí não pertence, hoje, ao território de Apiaí, mas sim ao território de Iporanga (dada a migração dos Cartórios de registro de Imóveis e suas atribuições).

Já a situação da matrícula, possivelmente, em nada influiria na solução prática, já que quando da titulação caberia ao Estado analisar a existência de prescrição:

Art. 13. Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade, prescrição ou comisso, e nem tornado ineficaz por outros fundamentos, será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

Acrescento, ainda, fato público e notório ao caso: analisando ação de usucapião (Autos nº **1000003-04.2023.8.26.0172**) que não versa sobre as mesmas partes, notei a existência de mais uma matrícula sobreposta ao mesmo território, a de número 4207 de Apiaí (*Sítio Passagem do Meio*) originária da transcrição número 7.241 de 06/09/1967), transportada para as matrículas 8844 e 8845 em Apiaí, e, depois, encerradas e transportadas para as matrículas 4234 e 4235 no CRI de Eldorado (*fls. 267/316 dos autos acima citados*). Esse título não foi apontado no RTC, mas estudando-o para decidir o processo que o revelou, extraí que existia mais de uma matrícula sobreposta a Bombas, antes mesmo dos anos de 1960. E, para minha surpresa, houve uma outorga de domínio no ano de 1967 neste mesmo local (mesmo que já criada a Unidade, o que impediria novos registros e mesmo com a comunidade encravada naquele espaço territorial).

Assim, acrescento, de ofício, essa informação nos autos, já que não posso ignorar o conhecimento de mais uma sobreposição ao território. Determinarei, ao final, que aqueles documentos sejam juntados aos autos, pois influirão no cumprimento da sentença.

Não procede, portanto, a tese do ITESP de que com a remoção da Unidade a competência para outorgar o título se deslocará para a União, já que, possivelmente, os títulos supostamente existentes já foram atingidos pela prescrição: faz mais de 39 anos que houve o último registro naquela matrícula e não se conhece, nem mesmo diante da profundidade dos estudos, que os proprietários tenham habitado o local em data anterior.

Já para a matrícula recentemente localizada (originária da 4207 de Apiaí), embora tenha havido registros recentes de transmissão (20218/2021), os proprietários também nunca foram mencionados como ocupantes naquela localidade, o que deixa evidente a prescrição de seus títulos.

Causa até estranhamento ao Juízo a existência de títulos de propriedade em nome de terceiros que nunca estiveram presentes no local.

Em, no mínimo, cem anos datados nos estudos antropológicos, nunca foram citados que aqueles supostos proprietários residiram em Bombas até porque, o acesso ao local é tão encravado que é difícil acreditar que, além da comunidade, alguém mais tenha residido lá. Essa distinção é de altíssima importância porque, segundo o Decreto que regulamenta a outorga de domínio quilombola, havendo títulos particulares existirá a desapropriação pelo INCRA; mas, existindo títulos atingidos pela prescrição, será desnecessária essa providência.

Portanto, com a remoção da Unidade de Conservação restará ao Estado outorgar, ainda que em partes, o domínio, observando a questão acima. Veja-se que a usucapião 340/85, noticiada, não acarretou nenhum registro, ou seja, a sentença nunca foi levada ao CRI.

Ademais, o próprio STF já salientou que é inadmissível a regularização de territórios particulares em localidades tradicionais, pelo que o próprio direito territorial aqui debatido invalida o suposto direito abstrato de que terceiros venham a reivindicar o local que jamais habitaram ou fizeram uso.

Assim, não existe razão jurídica relevante para afirmar que os títulos sobrepostos (*a Carta de sentença ainda não registrada, a matrícula da Madeireira e a Matrícula recentemente descoberta que encobre todos os demais imóveis*) podem obter regularização atual.

Por fim, se depois de parte de regularizações pelo Estado houver parte remanescente pertencente ao Município de Iporanga, ou, eventualmente, Apiaí e Itaoca, o Decreto já prescreve a solução a ser adotada: “Art. 12. *Em sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos **Municípios**, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação*”.

Portanto, a tese do ITESP de que eventualmente poderá restar partes do território de competência de outro ente em nada afasta a responsabilidade do Estado de São Paulo sobre a parte que lhe cabe.

Incumbe ao ITESP, portanto, depois da remoção da Unidade de Conservação, regularizar o território que esteja sob responsabilidade do Estado de São Paulo, sejam suas terras devolutas, matrículas atingidas por prescrição e territórios que a ele pertencem formalmente. Deve atuar, portanto, em sua competência, desde que não ignore os ditames legais que regem a matéria.

O modo de execução das obrigações deve se submeter a prazo, evitando a indevida morosidade Estatal.

O procedimento de **identificação fundiária atualizada** (levantamento das matrículas sobrepostas ao território e suas causas, já que há matrículas que não constavam no RTC) deve ser concluído 6 (seis) meses, a contar do trânsito em julgado. Para essa obrigação, fixo como multa cominatória o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao mês de atraso na conclusão do levantamento fundiário. Limito essa multa em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, se não for apresentada a identificação, deverá ser processada em incidente de cumprimento de sentença, no qual o Juízo poderá fazer vir aos autos todos os documentos. O valor, no caso de descumprimento, deverá ser revertido em favor da comunidade.

O valor da multa, aqui, leva em consideração a facilidade de cumprimento da obrigação, a importância da causa, a necessidade de solver a complexa situação fundiária e o fato de se tratar de direito coletivo imprescritível, relacionado à sobrevivência da comunidade e sua permanência no território.

E a implementação da **outorga do domínio**, com as **soluções fundiárias** que estiverem sob competência do Estado de São Paulo e ITESP para o caso deverão ser encerradas no período máximo de 10 (dez) anos, a contar do trânsito em julgado, observando-se a sua competência. Considero esse prazo razoável porque, segundo o levantamento fundiário até então descrito, há mais de uma matrícula sobre o local (a originária da 4.207, de Apiaí, hoje 4234 e 4235 no CRI de Eldorado e a 2.313, originária de Apiaí, incorporada ao capital da Mineradora 9 de Julho). Por isso, a análise das soluções não poderá ser implementada em curto espaço de tempo, sendo necessário proceder com a invalidação dos títulos pela prescrição ou por outros motivos jurídicos que os contaminem.

Fixo multa para essa obrigação em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao ano de descumprimento (a incidir a partir do décimo ano), limitada, inicialmente, em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). O valor, no caso de descumprimento, deverá ser revertido em favor da comunidade.

O valor da multa, aqui, é especialmente elevado por se tratar de: a) direito fundamental coletivo relacionado à identidade; b) processo em que as discussões se arrastam há mais de 20 (vinte) anos; c) inércia por mais de 8 (oito) anos desde a propositura da ação; d) direito humano fundamental previsto em legislações internacionais e correlacionado com dignidade, moradia, segurança alimentar, erradicação da miséria, garantia de direitos sociais, educação, desenvolvimento da infância e envelhecimento seguros na comunidade, permanência, pertencimento e proteção; e) não ser possível que o descumprimento seja mais barato ao Estado do que a implementação da decisão; f) direito com conteúdo de reparação histórica aos povos negros escravizados.

Não posso ignorar a necessidade da solução fundiária, determinando a outorga imediata do título (depois do trânsito em julgado), porque tal solução seria incompatível com o Decreto 4.887/2003, e em razão de que dentro do Sistema Jurídico a outorga de título sem prévia solução fundiária acarretaria a impossibilidade de registro no CRI (princípio da unicidade de matrícula). E, além disso, não sendo o Estado proprietário da totalidade do imóvel (já que o PETAR não tem regularização fundiária), não pode outorgar, de plano, o domínio.

Sopesado isto, concluo.

A **conclusão** a que chego é que o modo de vida adotado centrado nos meios de produção e dentro do sistema do capital fez e faz uso dos recursos naturais de forma tão agressiva que necessitou de normas para frear o seu próprio agir. Essas normas são legítimas, relevantes e estão abarcadas por todo o sistema jurídico. Todavia, a imposição de leis gerais e abstratas baseadas na forma de viver desses indivíduos que, inevitavelmente detêm maior força política para aprovação de leis ignorou a existência das comunidades tradicionais

(até então invisíveis em termos de proteção jurídica ou considerados “incapazes”) e que seu viver está atrelado a outros valores (diferenças que já citei sobre a interpretação de propriedade e território, assim como de uso de recursos naturais). Por isso, quando a norma, abstrata, ingressa no mundo jurídico, ela quer proteger um bem sensível e sem dúvida importante, num olhar amplo e universal (a proteção para toda a comunidade humana); mas ela opera inevitavelmente contra as comunidades que ainda vivem de forma originária e que mantém formas de *ser* e *existir* que não se dissociam dos bens naturais como entes físicos e espirituais.

Assim, a ideia de proteção ambiental que permite a anulação da afetação do território de Bombas ao Parque não contraria os valores ambientais, pois para ela, é fato, essa proteção sempre existiu. Tanto existiu que permitiu, depois, a criação da UC com seus caracteres específicos, de forma que a conservação existe em função dela e não é agredida pela permanência dela no local.

De um panorama Constitucional, não há como invalidar a regra do art. 68 do ADCT, compreendo-o apenas como direito de uso para fins de fazer manter Comunidade e Parque no mesmo território com um único título, para o Estado. Não há, ainda, como emitir ou regularizar dois títulos de propriedade sobre o mesmo território (o que violaria sérios princípios registrais). E não há, por fim, como outorgar o domínio à Comunidade e manter a Unidade de Conservação sobreposta a ela, já que a Lei do SNUC, neste caso, exigiria a regularização fundiária a favor do Estado.

Assim, o caso não tem solução outra que não a anulação de parte da afetação, já que é a única possibilidade que garante o domínio aos Quilombolas de Bombas de seu território e, por outro lado, manter hígida a Criação na Unidade na parte que remanesce. Por fim, incumbe ao ITESP promover a regularização da parte restante, desde que dentro da sua competência, já observados os ditames fundiários que acima analisei.

Cheguei, por fim, a me perguntar qual a minha legitimidade (embora a conheça dentro da teoria jurídica), para decidir sobre o destino de uma Comunidade centenária em contraponto com uma das Unidades de Conservação mais importantes do mundo, com caracteres geológicos milenares. Refleti que, talvez, não caberia a mim e sim à própria comunidade decidir sobre o seu destino (como vem fazendo há anos).

Talvez seja realmente essa consciência Estatal que concretize o direito de autodeterminação dos povos originários.

Na filosofia do Direito não é possível definir com concretude o que seria o valor moral e jurídico denominado justiça; contudo, dentro da existência humana é possível *sentir* uma

injustiça. Não há outra solução *justa* para Bombas que não seja a remoção da Unidade de Conservação do seu Território.

Qualquer outra solução mataria a letra viva da Constituição, causaria genocídio à comunidade e seria, evidentemente, *injusta*.

b) Tutela de urgência

b.1 Gestão do Território enquanto não transitar em julgado a decisão

Fundamentei no mérito que uma das preocupações a respeito das consequências práticas da sentença é o fato de, com o entendimento de que o território deve ser desafetado, o Estado e a Fundação Florestal, que já são omissos no atendimento de direitos básicos da comunidade, se retirarem por completo da sua responsabilidade legal e Constitucional entre a prolação dessa sentença e o seu trânsito em julgado.

Até porque, do que me parece a inércia dos entes é uma medida que força os Quilombolas de Bombas a se removerem por não poderem suportar as desumanas condições a que estão submetidos, com falta de acesso à saúde, educação, e direitos básicos adequados, proibição de suas roças e impedimento de subsistência.

Mesmo com o entendimento de mérito da decisão que reconhece que o território lhes pertence, é fato que o trânsito em julgado dependerá da apreciação em instâncias superiores e o feito pode se prolongar por incontáveis anos (veja-se que a matéria é Constitucional e, assim, pode alcançar o STF) a ponto de as gerações atuais daquela comunidade não poderem ver concretizado o direito que lhes é reconhecido.

Com a preocupação de que exista razoável duração do processo, direito também reconhecido pela CIDH, entendo que durante o período em que não transitar em julgado a sentença, *vigerá, a título de antecipação de tutela, o regime da dupla afetação*.

Explico: A dupla afetação é incabível com relação aos quilombolas quando seu território estiver abaixo de Unidades de Conservação de Proteção Integral porque tornaria inválida por completo a previsão do art. 68 da ADCT, como anteriormente argumentei. Contudo, até o trânsito em julgado da decisão, quando ela valerá de fato, o período de coexistência entre Unidade e Comunidade não pode ser mantido como está, com a compreensão de que os Quilombolas são “clandestinos” naquele território.

São inúmeros os documentos que comprovam que a criação da Unidade os criminaliza pelas práticas tradicionais, limita o uso dos recursos de forma imoderada, compromete sua subsistência e sobrevivência. Estado e Fundação Florestal entendem, neste caso,

que a Comunidade se aloca onde não deveria, porque a Unidade de Proteção Integral não admite a ocupação humana.

Como já fundamentei incansavelmente: Foi a Unidade que se sobrepôs ao território e não o contrário, de forma que, até o trânsito em julgado da presente decisão deve valer tutela de urgência que permita que a Comunidade tenha seus direitos concretamente atendidos, bem como que ela se comprometa com a proteção ambiental do local.

Essa tutela está amparada no Poder Geral de Cautela (art. 300 do CPC) que me é conferido pela legislação processual, ainda que não requerida pela Defensoria Pública, porque, se assim não for determinado, a situação permanecerá idêntica até que transite em julgado, o que poderá, sem sombra de dúvida, levar a comunidade de Bombas ao extermínio.

O tempo do processo, neste caso, se não implementadas medidas concretas, por si só poderá fazer com que a permanência da situação no modo atual fulmine a possibilidade de a comunidade existir nos anos futuros, já que os idosos podem falecer, os jovens se removerem e a comunidade se dizimar.

Já argumentei acima que a remoção forçada, por omissão ou ação do Estado configura violação às normas de Direitos Humanos e de Direito Internacional. Neste caso é mais do que evidente, pois a comunidade ficaria em vias de sufocamento da sua capacidade de sobrevivência enquanto o processo percorre seu trâmite regular.

Haverá coexistência de tensão e conflitos. Por isso, no período entre a publicação desta sentença, até seu trânsito em julgado, se ela se confirmar, valerá a dupla afetação.

Aqui, não há contrariedades técnicas, já que a dupla afetação somente não se aplica definitivamente quando removida a Unidade de Conservação e pela necessidade de outorga do domínio. Enquanto não transitada a decisão que reconhece a invalidade da sobreposição, coexistiram os regimes de uso e gestão do território.

Para tornar concreta essa possibilidade dois instrumentos devem ser utilizados: a Comunidade deve desenvolver protocolo de consulta prévia específico para a sua situação, com auxílio de entidades que lhes sejam de apoio. E o Estado de São Paulo, ITESP e Fundação Florestal devem promover consulta prévia, adequada (e efetiva) e pelos meios que permitam a influência da comunidade nas decisões dos gestores.

É vedada a consulta pela forma inadequada, fora de protocolos e de forma fictícia, como por consulta pública pela internet, já que é mais do que evidente que a comunidade conta com alto grau de isolamento.

A Fundação Florestal, então, no uso de suas competências e antes de transitar em julgado a decisão, se elaborar plano de manejo deve incluir a Comunidade de Bombas com um tratamento específico, a partir dos contornos dessa decisão e deverá implementar as diretrizes do Decreto 11.786/2023, especialmente os artigos 4º, incisos XX e XXI:

XX - fortalecimento da participação dos movimentos quilombolas nas instâncias de governança territorial e ambiental, especialmente conselhos gestores de unidades de conservação, e na tomada de decisões administrativas que afetem as comunidades e os seus territórios, **incluídos os processos de elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação**; e

XXI - **compatibilização das práticas quilombolas de uso do solo e dos recursos naturais com a conservação da natureza, na hipótese de sobreposição entre territórios quilombolas e unidades de conservação.**

Deverão, ainda, por meio de órgãos administrativos ambientais estatais, serem promovidas ações de compatibilização da gestão territorial (como o uso do Sistema Areias, a vedação eventual ao Turismo, a autorização para pesquisa, vedação para intervenção de terceiros e as questões sobre descarte de resíduos e impacto ambiental), com instrumentos técnicos adequados (zoneamento, por exemplo).

Desse modo, haverá solidez na provisoriedade, o que protege a Comunidade (para que a situação atual não se consolide diante do tempo até o trânsito em julgado) e o ambiente (diante da necessidade de uso adequado do território conforme finalidades ambientais específicas).

Assim, até o território ser definitivamente desanexado, aplicar-se-à, à título de tutela de urgência, o regime da dupla afetação. Depois, se a sentença for confirmada, como tal regime é incompatível, a Unidade deverá se remover do território, mantendo-se o dever de a Comunidade se comprometer com a gestão ambiental adequada na implementação de seus usos.

Aqui, vigorarão obrigações dúplices:

- a) A formalização de protocolo de consulta pela Comunidade com a imposição da necessidade de consulta prévia, adequada e efetiva aos réus; e a inclusão da Comunidade no Plano de Manejo enquanto a sentença não transitar em julgado;
- b) A obrigação da comunidade gerir adequadamente o território conforme as limitações ambientais existentes em Lei; a formalização pelo Estado, de instrumentos de gestão territorial que proteja o meio ambiente, especialmente o Sistema Areias, incluindo a proteção às práticas alimentares de subsistência e as práticas tradicionais como patrimônio cultural.

Assim, resguarda-se-à a incidência do tempo sobre o objeto do processo.

b.2 Estrada de Acesso

O último pedido a ser enfrentado é aquele que decorre da decisão de fls. 1031/1037, complementada por aquela de fls. 1106/1107 e 1308/1309, decisões que determinaram a implementação de projeto de construção de estrada e cronograma de execução. A decisão foi confirmada por duas vezes pelo TJSP, que manteve e reconhece a necessidade da construção da estrada, sem a qual a comunidade permanecerá na desumana condição de isolamento e submissão à inúmeras violações.

Não me delongarei em fundamentos teóricos que permitem que o Judiciário determine construção de obra dessa natureza, pois repetiria argumentos já utilizados nos acórdãos que decidiram a matéria e recairia em conteúdo prolixo. A sentença já conta com inúmeras páginas e não é necessário ressaltar obviedades de que o Estado é responsável constitucionalmente por garantias mínimas de sobrevivência e subsistência humana, não podendo eleger valores de direitos fundamentais como conteúdos programáticos.

Por isso, não prospera para ele defesas como reserva do possível e discricionariedade. A situação em tela é tão extrema que é irrecusável o argumento de que os Quilombolas de Bombas necessitam que o Estado cumpra seu dever de implementar vias de acesso seguras e condizentes com a sobrevivência humana.

Pontuo que a decisão deve ser mantida.

Ela está em execução provisória nos autos em apenso, onde, recentemente, reconheci a inércia do Estado entre 2018/2023 em realizar a apresentação do Cronograma, aplicando-lhe a multa da decisão de fls. 1308/1309 desses autos. Fui, inclusive, razoável, porque removi do tempo de inércia o período da pandemia, a fim de que a multa não atingisse contornos milionários.

A tutela anteriormente deferida deve ser confirmada, com algum ajuste técnico. Daquela data até aqui a decisão valeu para determinar a apresentação de Cronograma e Projeto de Construção, sem que tenha determinado, especificamente, sobre a necessidade da implementação dela.

Assim, já tendo sido promovidos estudos de impacto ambiental (parecer de fls. 1353/1501), TORNO a tutela DEFINITIVA, CONFIRMANDO-A para determinar que os réus APRESENTEM o Cronograma de Execução nos autos, o Projeto, no prazo de 120 (cento e vinte) dias (conforme decisão de fls. 143 dos autos em apenso).

O cronograma deverá incluir datas de início e término de cada fase, com ações a serem implementadas dentro delas, de forma segmentada que permitam, no caso de eventual atraso nas obras ou descumprimento, observar-se qual ação foi descumprida.

Eventual multa por atraso nas obras será fixada em cumprimento de sentença, depois da apresentação do projeto e cronograma.

MANTENHO a multa daquela decisão, que fixa a sanção em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a cada quatro meses (120 dias) de atraso na apresentação do documento, dado o tempo que decorre desde a última decisão, a ser revertido em favor da comunidade;

Essa segunda multa (independente da primeira que já foi deliberada naqueles autos e vigeu entre a decisão que a determinou a análise do descumprimento), fica delimitada em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Repiso os fundamentos que utilizei para sopesar as multas (fls. 144 do apenso): *Sopeso, mais uma vez: a multa há de ser fixada em situações condizentes com o direito debatido. Neste caso, transcorrem mais de 20 (vinte) anos, desde que se iniciaram os debates sobre reconhecimento; há mais de 10 (dez) anos a comunidade mantém titulação; há quase 10 (dez) anos este processo tramita; há quase 8 (oito) anos, houve decisão sobre a implantação da via de acesso seguro e condizente com a proteção ambiental. Cuida-se de comunidade centenária, residente em local geograficamente raro em sua biodiversidade, reconhecido como Patrimônio da Humanidade; Se trata de sobreposição com local que guarda centenas de cavernas documentadas, espécies raras. Se trata, ainda, da sobrevivência dos povos originários e tradicionais, cujos direitos tocam, inclusive, na Proteção da Convenção 169, na proteção Constitucional de garantias básicas de sobrevivência, além de tocar na proteção e direitos culturais e ambientais que são de interesse não só da comunidade, mas de todos os indivíduos da nação e, até, da humanidade. Se fosse numerar a quantidade de direitos violados a multa pareceria, inclusive, irrisória. Por isso, não há como fixar o seu limite em valor menor do que este, exceto se tratasse os direitos aqui debatidos como mero interesse patrimonial, e não é disso que se trata. Fato é que a comunidade padece e falece enquanto o Estado se omite. Basta uma análise superficial do processo principal para se chegar a essa conclusão.*

Depois de apresentado o projeto e cronograma, FIXO prazo de 1 (um) ano para início das obras (já considerando a necessidade de licitação e aquisição de materiais, além da contratação de mão-de-obra), sob pena de multa no valor de R\$ 500.000, 00 (quinhentos mil reais) a cada ano de atraso, limitada em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). No caso de descumprimento o valor da multa será revertido em favor da comunidade.

Finalizo acrescentando que como a Fundação Florestal permanecerá gerindo o território concomitantemente com a Comunidade até o trânsito da decisão, deverá se manter responsável pelo início do licenciamento para a construção da Estrada, vedando-se que o abandone e descumpra os deveres estabelecidos na sentença.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.

Processo nº: **0000522-11.2014.8.26.0172**
Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Responsabilidade da Administração**
Requerente: **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**
Requerido: **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo José Gomes da Silva Itesp e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **HALLANA DUARTE MIRANDA**

II - DISPOSITIVO¹

Assim, nos termos do art. 487, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial manejado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo** em favor da **Comunidade Quilombola de Bombas**, para os seguintes fins:

Quanto ao território:

a) RECONHECER a invalidade material do Decreto 32.238/1958 (que cria o PETAR) na parte em que se sobrepõe ao território quilombola descrito no RTC (incluindo o Sistema Areias) por incompatibilidade com o art. 68 da ADCT e a Convenção 169 da OIT, **DECLARANDO** a nulidade da afetação daquele território à Unidade de Conservação;

b) CONDENAR o Estado de São Paulo e o ITESP a promoverem o levantamento fundiário atualizado, no prazo de 6 (seis) meses, a contar do trânsito em julgado da decisão e iniciar a regularização fundiária nos 10 (dez) anos subsequentes, dentro do âmbito de suas competências, **OUTORGANDO** à comunidade o título de domínio.

Para o **levantamento fundiário atualizado**, fixo como multa cominatória o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao mês de atraso na conclusão. Limito essa multa em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, se não for apresentada a identificação, deverá ser processada em incidente de cumprimento de sentença, no qual o Juízo poderá fazer vir aos autos todos os documentos. O valor, no caso de descumprimento, deverá ser revertido em favor da comunidade.

Fixo **para a regularização fundiária e outorga do domínio** a multa em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao ano de descumprimento (a incidir a partir do décimo ano), limitada, inicialmente, em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). O valor, no caso de descumprimento, deverá ser revertido em favor da comunidade. Outras medidas que possam garantir o cumprimento da decisão serão sopesadas em cumprimento de sentença.

¹ Sentença lançada em arquivos apartados diante da limitação de tamanho do arquivo a serem inseridos no SAJ.

Quanto à estrada:

c) CONDENAR o Estado de São Paulo e a Fundação Florestal na obrigação de **APRESENTAREM** nos autos o Projeto da Estrada de acesso (com base no traçado já existente nos autos), e Cronograma de Execução (diluído em etapas com data de início e fim de cada uma delas), no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa cominatória em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a cada quatro meses (120 dias) de atraso na apresentação do documento, dado o tempo que decorre desde a última decisão, a ser revertido em favor da comunidade. Fica essa multa delimitada em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Eventual multa por descumprimento do Cronograma será fixada em fase de cumprimento de sentença.

d) CONDENAR o Estado de São Paulo e a Fundação Florestal a **INICIAREM A OBRA** em 1 (um) ano (já considerando a necessidade de licitação e aquisição de materiais, além da contratação de mão-de-obra), **a contar da apresentação nos autos do projeto e cronograma**, sob pena de multa no valor de R\$ 500.000, 00 (quinhentos mil reais) a cada ano de atraso, limitada em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). No caso de descumprimento o valor da multa será revertido em favor da comunidade.

CONFIRMO, assim, a TUTELA DE URGÊNCIA anteriormente deferida, bem como a decisão proferida nos autos em apenso que elevou a multa e fixou novos prazos para cumprimento.

Poder Geral de Cautela

No prazo entre esta decisão e até o trânsito em julgado, **CONCEDO** a tutela de urgência, segundo o Poder Geral de Cautela que me é atribuído e **DETERMINO** a vigência do regime de dupla afetação na Unidade (conforme fundamentação), com gestão do território pela comunidade e Fundação Florestal, necessidade de consulta prévia (segundo protocolos que deverão ser estabelecidos pela própria comunidade, com auxílio, inclusive, de instituições que assim o façam), inclusão no plano de manejo, instrumentos de gestão ambiental e observância, pelos réus, da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental Quilombola (Decreto nº 11.786/2023).

Diretrizes para o cumprimento de sentença

Nas ações coletivas, estruturais, ou cujo pedido verse sobre direitos de natureza complexa, observou o Juízo que o procedimento de cumprimento de sentença tradicional não atende de forma adequada a execução de decisões de alta complexidade.

Assim, me valho dos poderes atribuídos segundo o art. 139 do CPC, para conduzir o processo de forma racionalizada, eficiente e célere, adaptando o procedimento e ditando os rumos do cumprimento de sentença:

- a) *Com relação à exigibilidade das multas cominatórias:* Se descumpridas as obrigações de fazer, depois do reconhecimento judicial do descumprimento, deverão ser autuados procedimentos incidentais de execução do valor da multa cominatória (que só é exigível depois da sentença que a confirma), indicando-se início do descumprimento e fim (se for o caso), pelo procedimento de cumprimento de sentença das obrigações de pagar;
- b) *Os incidentes de cumprimento de sentença dos valores das multas NÃO* devem ser cumulados com os cumprimentos das obrigações de fazer, para evitar tumultos processuais;
- c) *Com relação à obrigação de fazer para levantamento fundiário e outorga de domínio*, se a sentença for confirmada, a parte deve ajuizar **apenas um cumprimento de sentença de obrigação de fazer**.
- d) *Com relação ao Projeto da Estrada, Cronograma de Execução e Início das obras*, já há cumprimento provisório de sentença em andamento, o qual é provisório e se tornará definitivo na ocasião do trânsito em julgado.
- e) *Por questões de racionalização do procedimento e impedimento de tumulto processual*, poderá ser instaurado cumprimento de sentença autônomo a respeito da gestão do território, protocolos de consulta e inclusão da Comunidade no Plano de Manejo, com possibilidade de sucessivas audiências para debate das questões.

Eventuais outras questões a respeito do cumprimento de sentença serão dirimidas quando instaurados.

Sucumbência

CONDENO, outrossim, as rés, no pagamento de custas e despesas processuais, e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, a ser revertido em favor do aparelhamento da Defensoria Pública Estadual (RE 114005, Tema 1.002 do STF).

Disposições Finais

INTIME-SE, pessoalmente, a Comunidade Quilombola de Bombas, por meio de seus representantes comunicando-lhes, de forma simplificada, que o Tribunal de Justiça do Es-

tado de São Paulo, por meio da Jurisdição exercida na Comarca de Eldorado, reconhece a existência dos Direitos Territoriais da Comunidade Quilombola de Bombas sobre todo o território descrito no RTC, devendo, portanto, desanexar-se do PETAR (inclusive abrangendo Areias).

INTIME-SE, por cautela, a EEACONE da decisão.

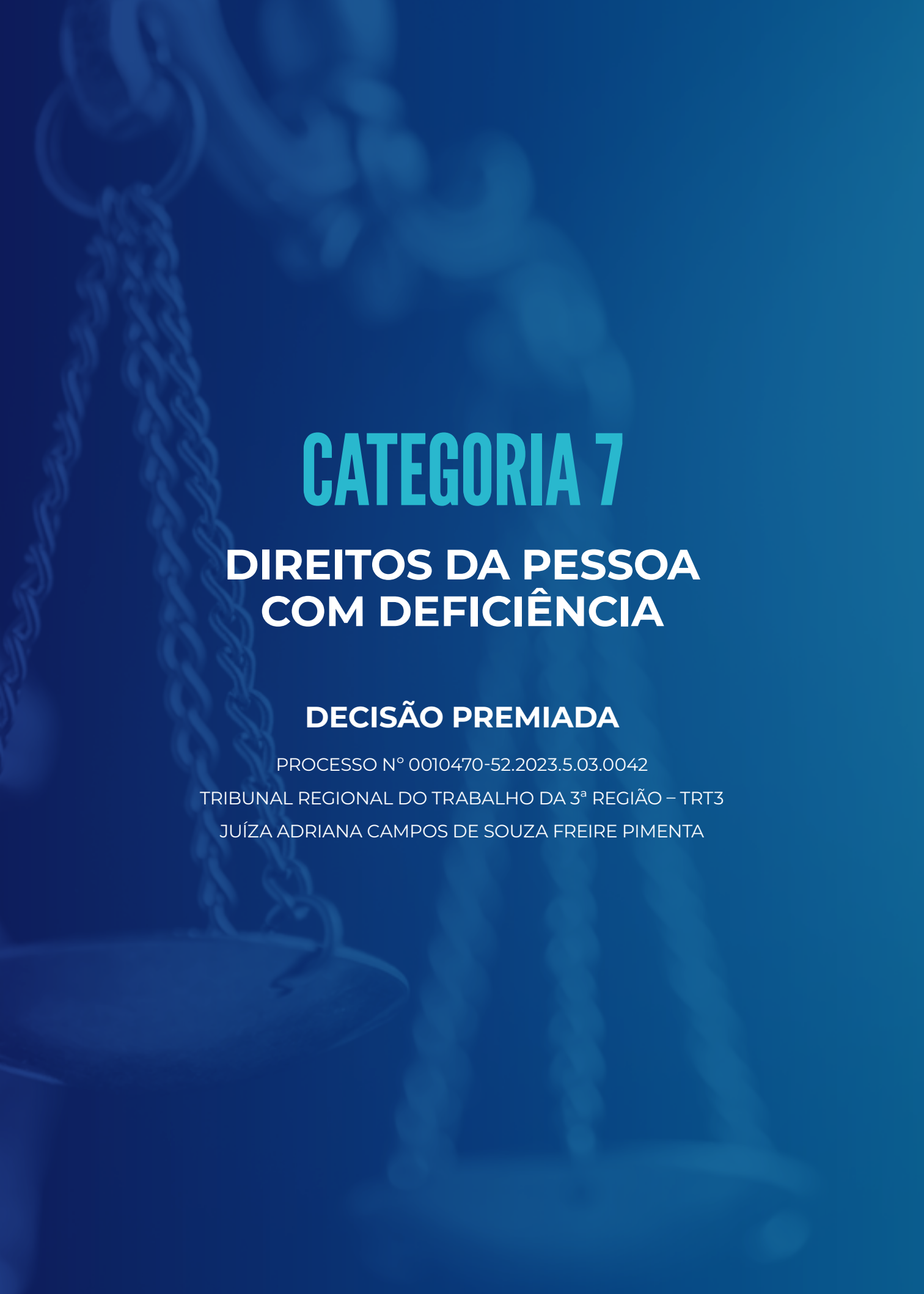
INTIME-SE, pessoalmente, a Fundação Florestal a respeito dessa decisão, na pessoa da gestora da Unidade.

P.R.I.

HALLANA DUARTE MIRANDA
Juíza de Direito Titular da Comarca de Eldorado

Eldorado, 29/12/2023.

Eldorado, 29 de dezembro de 2023.



CATEGORIA 7

DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0010470-52.2023.5.03.0042

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO – TRT3

JUÍZA ADRIANA CAMPOS DE SOUZA FREIRE PIMENTA

**Poder Judiciário Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**

**Recurso Ordinário Trabalhista
0010470-52.2023.5.03.0042**

Relator: Adriana Goulart de Sena Orsini

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/04/2024

Valor da causa: R\$ 1.000.000,00

Partes:

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDO: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSERH

ADVOGADO: SHESKA KERUI DA SILVA FEITOSA

ADVOGADO: LEANDRO WEDER DA SILVA MARRA

ADVOGADO: MARCOS FILIPE MACHADO CRUZ

ADVOGADO: MARIANA DE ALMEIDA E SILVA ADVOGADO: ANTONIO CICERO DA CUNHA NETO

ADVOGADO: REBECCA COUTINHO NERY DANTAS

ADVOGADO: THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS

ADVOGADO: JOAO AURELIANO DIAS FILHO

ADVOGADO: IVAN DA SILVA TEIXEIRA

ADVOGADO: ROMULO CRUZ BRITTO LYRA

Gabinete de Desembargador n. 1

PROCESSO Nº 0010470-52.2023.5.03.0042 (ROT)

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDO: EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSERH

RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ADRIANA CAMPOS DE SOUZA FREIRE PIMENTA

EMENTA

REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM REDUÇÃO DE SALÁRIO E SEM COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIO DA TUTELA DA SAÚDE. PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL. JUSTIÇA LIDA-DE DOS DIREITOS SOCIAIS. CASO “LAGOS DEL CAMPO E OUTROS VS. PERU”. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVICOS HOSPITALARES - EBSERH - NATUREZA JURÍDICA. PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. EXTENSÃO. STF TEMA 1097. IGUALDADE SUBSTANCIAL. AGENDA 2030 DA

ONU. ODS 16. Considerando que a parte reclamada - EBSERH - tem a finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, que não atua em regime de concorrência e não reverte lucros à União, impõe-se - “normas próprias da Administração Pública Direta”. 2. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no Tema 1097, com repercussão geral, em dezembro de 2022, e fixou tese sobre a ampliação dos efeitos do art. 98, § 2º e § 3º da Lei 8.112/1990 aos servidores estaduais e municipais, reconhecendo a eles o direito à redução de jornada de trabalho sem redução de remuneração, caso tenham filho ou dependente com deficiência. 3. No caso vertente, revela-se a necessidade de que seja aplicável a adaptação razoável da jornada de trabalho, a fim de que se possa assegurar à pessoa com deficiência todo tratamento necessário ao seu desenvolvimento/habilitação e cuidados com a saúde (arts. 3º, VI, 4º, § 1º, 5º e 8º da Lei 13.146/15 e art. 8º da CLT) aplicando-se, assim, pelo método da integração normativa, o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/90, que estipula a concessão de horário especial ao servidor da União que seja pessoa com deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente nessas condições, quando comprovada a necessidade nos termos do art. 2º, § 1º da Lei 13.146/2015, e independentemente de compensação de horário. Ademais, a recusa de proceder a adaptação razoável também constitui forma de discriminação contra a pessoa com deficiência. Registre-se que o cerne da questão se atrela diretamente ao princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,

da CR /88), bem como a todo o arcabouço constitucional protetivo das pessoas com deficiência, atribuindo à família e ao Estado obrigações quanto ao resguardo e proteção destas pessoas. 4. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CIDPD) preconiza, no art. 4º, I, que “1.Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Ademais, no art. 4º, I, d, os Estados Partes se comprometem a assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção. Nesse sentido, não se descarta que o Brasil, enquanto membro da OEA e sujeito à jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve observância à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Nessa Lógica, o Poder Judiciário, como um dos Poderes da República Federativa, é responsável por conferir justiciabilidade aos direitos sociais, conforme previsto na Sentença da CIDH no caso “Lagos del Campo e outros versus Peru”, que estabeleceu: “(...) no âmbito do trabalho, a responsabilidade do Estado pode ser gerada sob a premissa de que o direito interno, tal como foi interpretado na última instância pelo órgão jurisdicional nacional, teria convalidado uma violação ao direito do recorrente; de maneira que uma sanção, em última análise, deriva como resultado da resolução do tribunal nacional, podendo levar a um ilícito internacional”(§94).

RELATÓRIO

O Juízo da 41ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE/MG,

por meio da sentença de ID ef20e08 - fls. 843 do pdf, da lavra do Exmo. Juiz do Trabalho, Dr. Luis Henrique Santiago Santos Rangel, cujo relatório adoto e a este incorporo, rejeitou as preliminares arguidas, e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho na Ação Civil Pública. Custas pela parte autora, no importe de 2% sobre o valor da causa, observando-se o valor mínimo de R\$10,64. Isenta de pagamento, nos termos do artigo 790-A, II, da CLT.

Os embargos de declaração opostos pela parte autora, sob ID a51e624 - fls. 874 do pdf, foram julgados improcedentes na r. sentença de ID a51e624 - fls. 874 do pdf.

Inconformada, a parte reclamante interpôs recurso ordinário, sob ID 25a0450 - fls. 880 do pdf, pugnando pela reforma da r. sentença quanto às seguintes matérias: nulidade da r. sentença por negativa de prestação jurisdicional; redução de jornada para pessoas com deficiência e para a assistência de dependente com deficiência; concessão da tutela específica; indenização por danos morais coletivos.

Contrarrrazões apresentadas pela parte reclamada, sob ID fc5a29f - fls. 932 do pdf.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Ciente da r. sentença de ID a51e624 - fls. 874 do pdf, em 07.12.2023, é próprio e tempestivo o recurso ordinário interposto pela parte autora, Ministério Público do Trabalho, sob ID 25a0450 - fls. 880 do pdf, no dia 19.01.2024. Regular a representação processual.

Contrarrrazões apresentadas pela parte reclamada, sob ID fc5a29f - fls. 932 do pdf, são tempestivas e regulares.

Porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhecimento do recurso ordinário interposto pela parte reclamante, bem como das contrarrrazões apresentadas.

QUESTÃO DE ORDEM

Registra-se que os despachos proferidos por esta Relatora nos IDs 48b55a9 e 68bd140 não possuem cunho decisório, não incidindo, portanto, em quaisquer das hipóteses previstas no art. 144 do CPC.

MÉRITO RECURSAL

NULIDADE DA SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CONTRADIÇÃO DO JULGADO

A parte autora alega que no julgado E-RR-252-19.2017.5.13.0002 o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho apenas reconheceu a isenção do recolhimento do depósito recursal e custas à parte reclamada, não concedendo prazo em dobro para recorrer e/ou contestar, não equiparando-a à Fazenda Pública para a concessão deste privilégio. Insiste que a

contestação juntada aos autos, sob ID b87d851, não deveria ser conhecida por ser manifestamente extemporânea, devendo ser reconhecida a preclusão temporal, ao argumento de que a parte reclamada não goza da prerrogativa da

Fazenda Pública de possuir prazo em dobro para recorrer e/ou contestar. Assevera que o d. juízo de origem reconhece que apenas algumas prerrogativas da Fazenda Pública são aplicáveis à parte reclamada. Nesse sentido, aduz que quanto aos juros, é importante notar que o juízo de 1º grau entendeu que as disposições previstas no art. 1º-F da Lei 9494/1991 não se aplicam à recorrida, prevalecendo o regime de precatórios.

Ao exame.

Sobre o tema, o Tribunal Pleno do TST, ao examinar o Processo E-RR- 252-19.2017.5.13.0002, no dia 20/3/2023, firmou tese, com esteio no entendimento firmado pelo STF, no sentido de que a parte reclamada - EBSEH- faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública, em razão das seguintes características: finalidade de prestação de serviços públicos essenciais ligados à saúde e à educação, a não atuação em regime de concorrência e a não reversão de lucros à União.

A propósito, segue a ementa do julgado de Relatoria da Ministra Kátia

Magalhães Arruda:

“EMBARGOS REMETIDOS AO TRIBUNAL PLENO. ARTIGO 72 DO RITST. EXTENSÃO DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSEH), NO QUE TANGE À ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DE DEPÓSITO RECURSAL. 1 - Trata-se de recurso de embargos contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao recurso de revista interposto pelo Sindicato, mantendo acórdão do Tribunal Regional que não acolheu a alegada deserção do recurso ordinário da EBSEH. 2 - A questão controvertida remetida ao Tribunal Pleno, nos termos do artigo 72 do RITST, versa sobre a extensão à EBSEH de prerrogativas processuais da Fazenda Pública, especificamente quanto à isenção do recolhimento do depósito recursal e custas, matéria em relação à qual a SBDI-1 inclinou-se a decidir de forma contrária a decisões reiteradas de diversas Turmas desta Corte Superior. 3 - Registre-se que não se debate nestes autos a aplicação do regime de precatórios à ora embargada - empresa pública -, matéria de índole constitucional sobre a qual tem se pronunciado o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, relativamente a outras entidades da Administração Pública Indireta. Entretanto, há uma íntima relação entre a possibilidade de aplicação do regime de precatórios, e eventual isenção do depósito recursal visto que, se não for cabível a execução direta, não há razão para a garantia do Juízo quando da interposição de recursos. 4 - Extrai-se de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a sujeição integral das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, não ocorre em

todos os casos, mas naqueles em que o Poder Público atua no campo da atividade econômica em sentido estrito (dentre outros: ADI 1552 MC/DF, relator Min. Carlos Velloso, Publicação em 17/04/1998, Tribunal Pleno; ADI 1642, relator Ministro Eros Grau, Publicação em 19/09/2008, Tribunal Pleno) 5 - Nessa toada, verifica-se que a Suprema Corte tem destacado alguns fatores na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, como se extrai, por exemplo, dos julgamentos do Processo RE 599628/DF (Tema 253 de Repercussão Geral), da ADPF 387, e da ADPF 437. 6 - Em linhas gerais, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com outras empresas do setor, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será integralmente aquele próprio das empresas privadas, devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios. 7 - Nesse contexto, a solução do caso concreto, em que se discute a aplicação de privilégios processuais da Fazenda Pública à EBSEH, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal, impõe-se verificar a finalidade de sua criação, o âmbito e o modo de sua atuação. 8 - Conforme a Lei n.º 12.550/2011 e o Estatuto Social, a EBSEH tem por finalidade a prestação de serviços de assistência à saúde inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, além de prestação, a instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. Eventuais lucros são totalmente reinvestidos para atendimento do seu objeto social, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência. 9 - Além disso, embora possam existir outras instituições de direito privado oferecendo serviços semelhantes, inclusive conveniadas ao SUS, não há que se falar de atuação em pleno regime concorrencial, na medida em que é dispensada a licitação para a contratação da EBSEH pela Administração Pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social. 10 - Nesse contexto, constata-se que a embargada tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência e não reverte lucros à União. Em face de tais características, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública referentes à isenção de recolhimento de custas e depósitos recursais. 11 - Embargos conhecidos e desprovidos" (E-RR-252-19.2017.5.13.0002, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 16/05/2023).

Em síntese, concluiu o Tribunal Pleno no Julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos do processo n. E-RR-252-19.2017.5.13.0002:

"Nesse contexto, constata-se que a embargada tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência ampla e não reverte lucros à União. Em face de tais características, faz jus às prerrogativas da Fazenda Pública referentes à isenção de custas e recolhimento de depósitos recursais, sob a ótica das premissas que se extraem de decisões do Supremo Tribunal Federal já mencionadas

(...)

Registre-se, finalmente, que a Lei n.º 13.303/2016, que criou o "estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", cuja aplicação é obrigatória ainda que "a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União

ou seja de prestação de serviços públicos”, em momento algum veda a concessão de prerrogativas processuais a empresas públicas ou sociedades de economia mista, quando presentes fundamentos relevantes amparados nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública”. (E-RR-252-19.2017.5.13.0002, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 16/05/2023).

O Exmo. Maurício Godinho Delgado ao examinar as prerrogativas da Fazenda Pública a que faz jus a parte reclamada, destacou: o entendimento do STF acerca da necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida”. confira-se:

“Assinale-se que inobstante, a discussão travada no âmbito do Tribunal Pleno desta Corte Superior (E-RR-252-19.2017.5.13.0002), tenha se restringido à extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal à ora Recorrente, também assentou, a partir do entendimento firmado pelo STF que, “a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida”

Eis a ementa do v. acórdão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E LEI 13.467/2017 . EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH. APLICABILIDADE DA LEI Nº 1.234/1950. FÉRIAS SEMESTRAIS DE 20 DIAS. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. Cinge-se a controvérsia sobre a extensão férias de 20 dias por semestre para os profissionais que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, contida no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78 aos empregados da Reclamada - empresa pública federal que possui por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS , assim como a prestação, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino- aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. É cediço que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que a previsão, quanto às férias de 20 dias por semestre para os profissionais que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, contida no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78, é restrita aos servidores públicos da Administração Pública Direta e de suas autarquias - pessoas jurídicas de direito público -, não se estendendo aos empregados de empresas públicas federais, pois estas se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF. Entretanto, considerando a recente decisão proferida pelo Tribunal Pleno desta Corte Superior, nos autos do processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002 (DEJT 16/05/2023), que entendeu fazer a Reclamada jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública, tem-se que o exame da presente controvérsia demanda uma maior reflexão. O Tribunal Pleno desta Corte Superior, ao julgar o Processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, da Relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, assentou a

compreensão, fundada no entendimento firmado pelo STF de que « às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios”, que a Reclamada - EBSERH -, em razão de ter como características: a finalidade de prestação de serviços públicos essenciais ligados à saúde e à educação, a não atuação em regime de concorrência e a não reversão de lucros à União, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública. Assinale-se que inobstante, a discussão travada no âmbito do Tribunal Pleno desta Corte Superior (E-RR-252-19.2017.5.13.0002), tenha se restringido à extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal à ora Recorrente, também assentou, a partir do entendimento firmado pelo STF que, “ a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida ”. **Nessa diretriz, considerando que a Reclamada tem por finalidade prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, tem-se que o reconhecimento da aplicação à Ré de “ normas próprias da Administração Pública Direta ”, para lhe conceder o gozo dos benefícios da administração pública direta, atrai, por via de consequência, a extensão aos seus empregados que operam Raios X e substâncias radioativas, o direito contido na regra disposta no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78 - férias de 20 dias consecutivos por semestre - o qual visa a proteção à incolumidade física e manutenção da saúde de referidos profissionais. Dessarte, na linha das ponderações trazidas pelo Eminente Ministro Alberto Bastos Balazeiro, entender de modo diverso, seria conferir à Reclamada - EBSERH - “ os privilégios dos órgãos públicos que se beneficiam dos préstimos (mas arcam com os respectivos custos) de um corpo de servidores públicos estatutários” . Em face disso, este Relator reformula o seu entendimento para compreender ser extensível à Reclamada - Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) - a aplicação da norma disposta no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78. Agravo de instrumento desprovido”** (AIRR-898-73.2018.5.10.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 09/02/2024). (destaques acrescidos)

A seguir, destacam-se os seguintes precedentes do c. TST:

“RECURSO DE REVISTA DA EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH . PROCESSO SOB O RITO SUMARÍSSIMO. EXTENSÃO DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. Cinge-se a controvérsia à extensão dos benefícios inerentes da fazenda pública à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH. O Tribunal Pleno do TST, ao examinar o Processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, **firmou tese no sentido de que a EBSERH faz jus às prerrogativas processuais próprias da Fazenda Pública, a exemplo** da isenção de custas e dos depósitos recursais, considerando que a sua finalidade é a prestação de serviços públicos essenciais ligados à saúde e à educação, bem como por não atuar em regime de concorrência e não reverter lucros à União. Nesse contexto, merece reforma a decisão Regional

que indeferiu a pretensão da recorrente. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-10565-87.2023.5.03.0105, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 04/03/2024). (destaques acrescidos)

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EBSEH. NATUREZA JURÍDICA. PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. EXTENSÃO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Agravo a que se dá provimento para examinar o agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EBSEH. NATUREZA JURÍDICA. PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. EXTENSÃO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Em razão de provável caracterização de ofensa ao art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EBSEH. NATUREZA JURÍDICA. PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. EXTENSÃO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Conforme se verifica, o e. TRT consignou que as prerrogativas destinadas à Fazenda Pública não são estendidas à Reclamada (EBSEH), “por se tratar de empresa pública (fl. 58), com personalidade jurídica de direito privado”. Ocorre que o Tribunal Pleno desta Corte, ao examinar o Processo E-RR-252- 19.2017.5.13.0002, no dia 20/3/2023, firmou tese no sentido de que a EBSEH, por ter como finalidade a prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, além de não atuar em regime de concorrência e não reverte lucros à União, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública referentes à isenção de recolhimento de custas e depósitos recursais. Recurso de revista conhecido e provido ” (RR-10848- 95.2022.5.03.0186, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 12/04/2024).

Não prospera, dessa forma, a preliminar suscitada pelo MPT, de preclusão temporal do aditamento à contestação, apresentado pela ré sob o ID b87d851 - fls. 691 do pdf.

Nego provimento.

EMPREGADOS COM DEFICIÊNCIA OU ASSISTÊNCIA DE DEPENDENTE COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DA REMUNERAÇÃO E SEM COMPENSAÇÃO

O d. juízo de origem julgou improcedente o pedido de redução da jornada sem prejuízo da remuneração e sem necessidade de compensação de horário, para os empregados com

deficiência e para a assistência de dependente com deficiência, ao principal fundamento de que estender a aplicação do previsto nos §§2º e 3º do art. 98 da Lei n. 8.112/90 aos empregados da ré implicaria inovação legislativa por parte do Judiciário.

Insurge-se a parte reclamante sob o argumento de que as circunstâncias expostas nos autos, sobretudo no Inquérito Civil que instruiu a presente ação civil pública, evidenciam a necessidade de cuidados especiais, de terapias por tempo indeterminado e do efetivo

acompanhamento para possibilitar o melhor desenvolvimento da pessoa com deficiência, o que demanda, via de consequência, maior tempo do responsável para o acompanhamento e para o tratamento adequado dele (a), seja a pessoa com deficiência o trabalhador(a), seja ele seu cônjuge, filho (a) ou dependente.

Assevera que a negativa reiterada da recorrida em reduzir a jornada de trabalho de seus empregados com deficiência ou que possuem dependentes com deficiência, força o ajuizamento de repetidas ações judiciais, causando prejuízo aos empregados com deficiência ou aos dependentes dos empregados que possuam deficiência, evidenciando uma desigualdade injustificável.

Por tais razões requer a reforma da sentença para que os pedidos formulados sejam integralmente acolhidos, concedendo a redução da jornada de trabalho aos empregados da parte reclamada, sem prejuízo da sua integral remuneração ou necessidade de compensação, o que irá possibilitar o necessário acompanhamento da pessoa com deficiência (seja o próprio trabalhador (a) ou o seu cônjuge, filho(a) e/ou dependente) e seu consequente desenvolvimento.

Ao exame.

Consta dos autos o Procedimento Preparatório de n. 000415.2022.03.001

/2, ID. 4cb0d3e - Pág. 1, aberto pelo *Parquet*, que foi convertido em Inquérito Civil, ID. 4cb0d3e - Pág. 1, diante da negativa da parte reclamada em reduzir a jornada de seus empregados, como os constantes da lista de ID. 823fcdf - Pág. 1 e as empregadas, de ID. f529373 - Pág. 1, sob o fundamento de inaplicabilidade da Lei nº 8.112/90 ao caso vertente.

Pois bem.

A CRFB/88, com fulcro no Estado Democrático de Direito, tem como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), possuindo como objetivo da República a promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminação (art. 3º, IV), garantindo a todos e todas a punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), bem como a proibição de qualquer discriminação laboral ao trabalhador com deficiência (art. 7º, XXX e XXXI), estabelecendo enfática direção normativa antidiscriminatória, portanto.

E, no aspecto, quanto ao direito antidiscriminatório constitucionalmente previsto, importante ressaltar os ensinamentos de Adilson José Moreira (2020, p. 49):

A igualdade ocupa um papel fundamental na arquitetura do constitucionalismo moderno. Sua proteção e promoção tem relevância central na lógica do funcionamento das democracias constitucionais, regimes políticos que têm como um de seus principais objetivos criar condições necessárias para que todas as pessoas tenham tratamento igualitário perante as normas jurídicas. Todos os indivíduos devem ser vistos como seres que possuem o mesmo valor moral, motivo pelo qual precisam ser considerados como atores sociais competentes, além de poderem participar do processo de deliberação política. Os membros de uma comunidade política democraticamente organizada são pessoas que merecem ter igual dignidade jurídica reconhecida, um dos elementos principais da cultura moderna dos direitos humanos. (MOREIRA, Adilson José. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020).

O princípio universal da não discriminação e igualdade entre os povos consiste em direito de primeira dimensão (DUDH, art. 1º, 7º, PIDESC, art. 2º, DADH (art. 2º) e se trata de objetivo da Constituição da República em construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminação de qualquer natureza (preâmbulo, art. 3º, IV e art. 5º, LVI, CF/88).

No campo da discriminação no mundo do trabalho, as convenções 100 e 111 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil e com status de *core obligation*, promovem a igualdade nas relações trabalhistas.

Nesse sentido, o princípio da igualdade apresenta três dimensões que se complementam. A igualdade formal encontra-se consubstanciada no art. 5º, I, da CF/88 e se traduz no comando para que o legislador assegure direitos e obrigações iguais para todos. Salienta-se, todavia, que a igualdade formal não implica vedações de distinções que se façam necessárias frente a situações diversas.

Destaca-se como segunda dimensão, a igualdade material, a qual significa assegurar direitos e obrigações a todos na medida de sua igualdade, aproximando-se de conceitos como da equidade e da Teoria da Justiça proposta por John Rawls (“posição original” e “véu da ignorância”).

Acresça-se a dimensão da igualdade por reconhecimento que se funda no constitucionalismo humanístico e democrático, na existência digna e no fortalecimento da cidadania em seus aspectos sociais e econômicos (preâmbulo, art. 1º, II, 2º, 3º, I, II, III, IV e art. 4º, II, 170 CF/88).

Firme nisso, a Constituição da República, em seu art. 24, estabeleceu a competência concorrente entre os entes federativos na elaboração de leis e normas acerca da proteção e integração social das pessoas com deficiência. E, no art. 203, trouxe os princípios basilares da Assistência Social prestada pelo Estado, especialmente no que toca à habilitação e reabilitação de pessoas com deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária.

Outrossim, o art. 227 da CR/88 estabelece que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). O Estatuto da Criança e do Adolescente, igualmente, adotou no art. 4º o princípio da prioridade absoluta na proteção das crianças e adolescentes, nos seguintes termos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nesse contexto, a Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes n. 159 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1990, estabeleceu que *“todo País membro deverá considerar que a finalidade da reabilitação profissional é a de permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade”*.

E, ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CIDPD), ratificada com status de emenda constitucional pelo Decreto nº 186/2008 (Poder Legislativo) e promulgada pelo Decreto Executivo nº 6.949/2009, trouxe normas acerca do trabalho e emprego, garantindo o acesso e tratamento equitativo, além de condições de manutenção do pleno emprego, proibindo todas as formas de discriminação, bem como determinou a atuação estatal para a promoção da proteção à criança com deficiência. Confira-se:

Artigo 2º

Para os propósitos da presente Convenção:

(...)

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

(...)

Artigo 4 Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

a) **Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;**

b) **Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;**

c) **Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;**

d) **Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;**

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;

f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes;

g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;

h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações;

i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o direito internacional.

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com

deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

5. As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.

4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

(...)

Artigo 7

Crianças com deficiência

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças; 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial."

(...)

Artigo 27

Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

- a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;
 - b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;
 - c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;
 - d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;
 - e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;
 - f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;
 - g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;
 - h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;
 - i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;
 - j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;
 - k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.
2. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

Imprescindível salientar, apesar de já transcrito acima, que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CIDPD) preconiza, no art. 4º, I, que “1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção”.

Ademais, no art. 4º, I, d, os Estados Partes se comprometem a assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção.

Nesse sentido, não se descarta que o Brasil, enquanto membro da OEA e sujeito à jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve observância à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Nessa Lógica, o Poder Judiciário, como um dos Poderes da República Federativa, é responsável por conferir justiciabilidade aos direitos sociais, conforme previsto na Sentença da CIDH no caso “*Lagos del Campo e outros versus Peru*”, que

estabeleceu: “(...) no âmbito do trabalho, a responsabilidade do Estado pode ser gerada sob a premissa de que o direito interno, tal como foi interpretado na última instância pelo órgão jurisdicional nacional, teria convalidado uma violação ao direito do recorrente; de maneira que uma sanção, em última análise, deriva como resultado da resolução do tribunal nacional, podendo levar a um ilícito internacional” (§94). (disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=pt).

Salienta-se, ainda, as disposições declinadas no ODS 16 da Agenda 2030 da ONU:

16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis

16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis

(...)

16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais

15.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime

15.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável

Acerca da legislação nacional, a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na busca pela inclusão e diminuição das desigualdades sociais, dispôs que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

No que concerne aos direitos da pessoa com deficiência ao trabalho, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu, dentre outros, o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor. Nessa alínea, o mencionado Estatuto da Pessoa com Deficiência declina:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

VI - **adaptações razoáveis**: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de

condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

(...)

XII - **atendente pessoal**: pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

XIV - **acompanhante**: aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal.

(...)

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

(...)

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de **toda forma de negligência, discriminação**, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

§ 2º A pessoa com deficiência tem direito, **em igualdade de oportunidades com as demais pessoas**, a condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igual remuneração por trabalho de igual valor.

§ 3º É vedada restrição ao trabalho da pessoa com deficiência e qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como exigência de aptidão plena.

(...)

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e **adaptação razoável no ambiente de trabalho**.

Parágrafo único. A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas as seguintes diretrizes:

I - prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho;

II - provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho;

III - respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;

IV - oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;

V - realização de avaliações periódicas;

VI - articulação intersetorial das políticas públicas;

VII - possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

A Lei n. 8.213/91, no intuito de dar efetividade aos preceitos transnacionais, agregou restrição indireta à dispensa de empregados com deficiência ou que estejam em reabilitação funcional: estipulou um sistema imperativo de cotas, entre 2% e 5%, no caput do art. 93, e, visando a garantir a máxima efetividade à cota de inclusão social, determinou que a pessoa trabalhadora com deficiência ou beneficiário reabilitado somente poderia ser dispensado mediante a correlata contratação de outro trabalhador em situação semelhante (art. 93, § 1º, da Lei 8.213/91). Transcrevo:

“Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados 2%;

II - de 201 a 500 3%;

III - de 501 a 1.000 4%;

IV - de 1.001 em diante 5%”

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015).

§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015).

§ 3o Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto - Lei o 5.452, de 1o de maio de 1943. (Incluído pela Lei n. 13.146, de 2015).

§ 4o (VETADO). (Incluído pela Lei n. 13.146, de 2015). (Vigência)''

Por sua vez, o art. 98, § 2º e 3º, da Lei n. 8.112/1990 assegura que:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.

§ 2o Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

§ 3o As disposições constantes do § 2o são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência. (Redação dada pela Lei nº 13.370, de 2016)

Na mesma alínea, a Lei n. 12.764/2012, denominada Lei Berenice Piana, instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista equiparou a pessoa com transtorno do espectro autista com pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais e elenca os seguintes direitos:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

- a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
- b) o atendimento multiprofissional;
- c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
- d) os medicamentos;
- e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;

IV - o acesso:

- a) à **educação e ao ensino profissionalizante;**
- b) à **moradia, inclusive à residência protegida;**
- c) ao **mercado de trabalho;**
- d) à **previdência social e à assistência social.** (destaques acrescentados).

Assim, a pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA) tem uma condição social de publicidade notória (art. 374, I do CPC), quanto à necessidade de acompanhamento profissional de caráter multidisciplinar, como psicólogo, fonoaudiólogo, psicopedagogo, terapeuta ocupacional e realização de atividade física, para alcançar uma evolução satisfatória de inclusão social, nesta sublime condição de vida diferenciada.

Dessa maneira, no intuito de acolher essa condição social e de saúde dessas pessoas e, em decorrência do aumento do número de diagnósticos de TEA no Brasil, foi alterada a Lei n. 8.112/1990, pela Lei 13.370/2016, para inserir no art. 98, § 3º, que prevê redução de carga horária da jornada de trabalho para servidores que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

Salienta-se que, mesmo não sendo os próprios servidores/empregados públicos que padecem de problema de saúde, impõe-se o reconhecimento de responsabilidade à empregadora em viabilizar e acompanhar o tratamento de saúde de cônjuge, filho ou dependente com deficiência, de acordo com as premissas constitucionais e legais em vigor. É questão também de dignidade do empregado e seus dependentes, como ser humano e cidadão que são.

Com efeito, o direito à saúde é direito fundamental de todo cidadão brasileiro, nos termos dos art. 6º e 196 da CRFB/88, prevendo ainda o art. 227 da Carta Magna deste país que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta *prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma”.

Portanto, não obstante a omissão legislativa quanto à pretensão da parte reclamante, vale salientar que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veda o *non liquet* e estabelece que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Nessa toada, o tema foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) n. 1237.867, ao qual foi conferida Repercussão Geral para fins de vinculação do julgado. No citado RE, discutia-se a possibilidade de redução da carga horária de servidor público que tivesse filho ou dependente com deficiência quando da ausência de previsão legal expressa da referida prerrogativa. Na ocasião, o Supremo fixou a tese de que “aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”, conforme ementa abaixo transcrita:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. TRATADO EQUIVALENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. LEI 12.764/2012. POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA DA FAMÍLIA DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM ALTERAÇÃO NOS VENCIMENTOS. SERVIDORA ESTADUAL CUIDADORA DE FILHO AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANALOGIA AO ART. 98, § 3º, DA LEI 8.112/1990. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL QUANDO A OMISSÃO ESTADU-

AL OU MUNICIPAL OFENDE DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL QUE NÃO ACARRETE AUMENTO DE GASTOS AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. I - A Carta Política de 1988 fixou a proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, cujas garantias têm sido reiteradamente positivadas em nossa legislação, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) e da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.170/1990). II - A Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, no § 2º do art. 1º da Lei 12.764 /2012, estipulou que eles são considerados pessoas com deficiência, para todos os efeitos legais. Assim, é incontestável que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência aplicam-se também a eles. III - A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi assinada pelo Brasil e, por ter sido aprovada de acordo com os ritos previstos no art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, suas regras são equivalentes a emendas constitucionais, o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência. (...)

VI - Os Estados signatários obrigam-se a “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção” (art. 4º, a). VII - A omissão do Poder Público, portanto, não pode justificar afronta às diretrizes e garantias constitucionais. Assim, a inexistência de lei estadual específica que preveja a redução da jornada de servidores públicos que tenham filhos com deficiência, sem redução de vencimentos, não serve de escusa para impedir que seja reconhecido a elas e aos seus genitores o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. VIII - A convivência e acompanhamento familiar para o desenvolvimento e a inclusão das pessoas com deficiência são garantidos pelas normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, portanto, deve-se aplicar o melhor direito em favor da pessoa com deficiência e de seus cuidadores. IX - **O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112 /1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário. Precedentes.** X - **Tendo em vista o princípio da igualdade substancial, previsto tanto em nossa Carta Constitucional quanto na Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, se os servidores públicos federais, pais ou cuidadores legais de pessoas com deficiência têm o direito a horário especial, sem a necessidade de compensação de horário e sem redução de vencimentos, os servidores públicos estaduais e municipais em situações análogas também devem ter a mesma prerrogativa.** XI - Recurso extraordinário a que se dá provimento. Fixação de tese: “Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”. Tema 1097 - Possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor público que tenha filho ou dependente portador de deficiência. Tese: **Aos servidores públicos estaduais e municipais é aplicado, para todos os efeitos, o art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990.** (STF, RE 1237867, Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 17/12/2022; Publicação: 12/01/2023).

Na mesma linha, o art. 8º da CLT determina que “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito,

principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Ademais, tem-se que o exame da presente controvérsia demanda uma maior reflexão, sob outros fundamentos. Como já registrado, o C. Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, da Relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, assentou a compreensão, fundada no entendimento firmado pelo STF de que “às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. **Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios**”, que a Reclamada - EBSERH -, em razão de ter como características: a finalidade de prestação de serviços públicos essenciais ligados à saúde e à educação, a não atuação em regime de concorrência e a não reversão de lucros à União, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública.

Diante da robusta fundamentação constante da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do C. TST, nos autos do processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, reputa-se importante salientar o seguinte trecho:

“Efetivamente, em regra, esta Corte considera que empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal, de modo que não fazem jus à isenção de custas e depósito recursal, prerrogativa deferida à Fazenda Pública, nos termos dos artigos 790-A, da CLT e art. 1º, IV, do Decreto-lei n.º 779/69. (...) Não obstante, a questão tem suscitado nova reflexão, em especial diante de diversas decisões da Suprema Corte quanto à extensão de prerrogativas da Fazenda Pública (em especial o regime de Precatório) a empresas públicas e sociedades de economia mista. (...) Extrai-se de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a **sujeição integral das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, nos termos desse dispositivo, não ocorre em todos os casos, mas naquelas hipóteses em que o Poder Público atua no campo da atividade econômica em sentido estrito**. No ano de 1998, esclareceu o Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso ao levar a julgamento pedido de liminar na ADI 1.552-4 - DF, no qual se questionavam dispositivos da MP 1522/1996 (que afastavam a aplicação de artigos do Estatuto da Advocacia à Administração Pública Direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, **bem como empresas públicas e sociedades de economia mista**): “(...) É certo que as empresas públicas e sociedades de economia mista são instituídas para a exploração de atividade econômica, em sentido estrito, dado que elas são o instrumento da intervenção do Estado no domínio econômico. Pode existir, entretanto, empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Essa distinção, no regime da CF/67, poderia ser feita e nós

por ela propugnamos em trabalho de doutrina (...) É que a disposição inscrita no art. 173, *caput*, da Constituição contém ressalva: 'Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei'. Quer dizer, o artigo 173 da C.F. está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância constante do *caput*. **Se não houver concorrência - existindo monopólio, C.F., art. 177 - não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. É que, conforme linhas atrás registrado, o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares. Se houver monopólio, não há concorrência; não havendo concorrência, desaparece a finalidade do disposto no § 1º do art. 173.** (...) " (ADI 1552 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 17/04/1997 Publicação: 17/04/1998 Órgão julgador: Tribunal Pleno) No ano de 2008, no julgamento da ADI 1642, decidiu o STF: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA "d" DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. **As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.** 3. **Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito** 4. **O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.** 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas." (Tribunal Pleno Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 03/04/2008 Publicação: 19/09/2008) No processo acima, consta o seguinte fundamento adotado pelo relator: "A expressão *atividade de econômica* conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses na quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado - isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município - como agente econômico, em área

da titularidade do setor privado. **Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.** Lembro que há precedentes desta Corte sobre a distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público (...)" Nesse julgamento, o Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto acompanhou o relator, arrematando: **"A Constituição, de fato, deixa claro - e o Ministro bem observou - que a atividade própria do Estado, em todo o capítulo da ordem econômico-social, é a prestação de serviços públicos. Diz o art. 175 que incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, não a exploração de atividade econômica. Quando o Estado explora a atividade econômica, atua em campo alheio, em campo que a Constituição reservou - parágrafo único do art. 170 - à iniciativa privada. Quando o Estado atua enquanto empresário, explorando atividade tipicamente econômica, o faz em caráter excepcional, criando suas empresas públicas, sociedades de economia mista, com regime próprio, com estatuto próprio para cada qual delas - o Ministro deixou bem vincado isso -, art. 173, § 1º, o que não impede o Estado também de prestar serviço público mediante sociedades de economia mista e empresas públicas. (...)"** Nessa toada, verifica-se que a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida. É o que o se extrai, por exemplo, do que ficou decidido quando do julgamento do Tema 253 de Repercussão Geral da Suprema Corte, no processo RE 599628/DF : "FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são **inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.** Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento." (RE 599628/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 25.5.2011, DJe 14.10.2011) *A contrario sensu*, à sociedade de economia mista que executa sua atividade sem concorrência ou sem objetivo de distribuir lucros a seus acionistas, aplica-se o regime de precatório. (...) **Em linhas gerais, portanto, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios.** Nesse contexto, a solução do caso concreto, em que se discute a aplicação de prerrogativas processuais da Fazenda Pública à EBSEH, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal, impõe-se verificar a finalidade de sua criação, o âmbito e o modo de sua atuação. Vejamos. A Lei n.º 12.550/2011, por meio da qual o Congresso Nacional autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH pelo Poder Exe-

cutivo, dispôs: “Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, **vinculada ao Ministério da Educação**, com prazo de duração indeterminado. § 1º A EBSERH terá sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e poderá manter escritórios, representações, dependências e filiais em outras unidades da Federação. § 2º Fica a EBSERH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no caput deste artigo, aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8º, no caput e nos §§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei. **Art. 2º A EBSERH terá seu capital social integralmente sob a propriedade da União.** Parágrafo único. A integralização do capital social será realizada com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro. **Art. 3º A EBSERH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.** § 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. § 2º No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a EBSERH observará as orientações da Política Nacional de Saúde, de responsabilidade do Ministério da Saúde. § 3º É assegurado à EBSERH o ressarcimento das despesas com o atendimento de consumidores e respectivos dependentes de planos privados de assistência à saúde, na forma estabelecida pelo art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, observados os valores de referência estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Art. 4º Compete à EBSERH: I - **administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, no âmbito do SUS;** II - prestar às instituições federais de ensino superior e a outras instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à **formação de pessoas no campo da saúde pública**, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social; III - **apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação das residências médica, multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;** IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres; V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições congêneres, com implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, nos termos do seu estatuto social. **Art. 5º É dispensada a licitação para a contratação da EBSERH pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social.** (...) Art. 8º Constituem recursos da EBSERH: I - recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União; II - as receitas decorrentes: a) da prestação de serviços compreendidos

em seu objeto; b) da alienação de bens e direitos; c) das aplicações financeiras que realizar; d) dos direitos patrimoniais, tais como aluguéis, foros, dividendos e bonificações; e e) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais; III - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e

IV - rendas provenientes de outras fontes. **Parágrafo único. O lucro líquido da EB-SERH será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência. (...)** No estatuto social, consta no capítulo I, que trata da “natureza, finalidade, sede e duração” da empresa: “Art. 1º A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EB-SERH, empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, reger-se-á pelo presente Estatuto Social e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis. **Parágrafo único. A EB-SERH fica sujeita à supervisão do Ministro de Estado da Educação.** Art. 2º A EB-SERH tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e atuação em todo o território nacional, podendo criar subsidiárias, sucursais, filiais ou escritórios e representações no país. **Art. 3º A EB-SERH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição, a autonomia universitária.** § 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caputestarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. § 2º No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a EB-SERH observará as diretrizes e políticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde. § 3º A execução das atividades mencionadas neste artigo dar-se-á por meio da celebração de contrato específico para este fim, pactuado de comum acordo entre a EB-SERH e cada uma das instituições de ensino ou instituições congêneres, respeitado o princípio da autonomia das universidades. § 4º A EB-SERH, no exercício de suas atividades, deverá estar orientada pelas políticas acadêmicas estabelecidas no âmbito das instituições de ensino com as quais estabelecer contrato de prestação de serviços. Art. 4º O prazo de duração da EB-SERH é indeterminado. Art. 5º A EB-SERH sujeitar-se-á ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.” Quanto ao capital social e recursos, dispõe o capítulo II: “Art. 6º O capital social da EB-SERH é de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), integralmente sob a propriedade da União. **Parágrafo único.** O capital social da EB-SERH poderá ser aumentado e integralizado com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro. Art. 7º Constituem recursos da EB-SERH: I - as dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União; II - as receitas decorrentes:

a) da prestação de serviços compreendidos em seu objeto; b) da alienação de bens e direitos; c) das aplicações financeiras que realizar; d) dos direitos patrimoniais, tais como aluguéis, foros, dividendos e bonificações; e e) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais; III - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado;

IV - os oriundos de operações de crédito, assim entendidos os provenientes de empréstimos e financiamentos obtidos pela entidade; e V - rendas provenientes de outras fontes. **Parágrafo único. O lucro líquido da EB-SERH será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da**

reserva legal e da reserva para contingência.” No capítulo III, referente à competência, consta que: “Art. 8º A EBSERH exercerá atividades relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe, particularmente: I - **administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, integralmente disponibilizados ao Sistema Único de Saúde;** II - prestar, às instituições federais de ensino superior e a outras instituições públicas congêneres, serviços de apoio ao ensino e à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, em consonância com as diretrizes do Poder Executivo; III - **apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições públicas congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação de residência médica ou multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;** IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições públicas congêneres; V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições públicas congêneres, com a implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades. (...)” (destaques acrescentados).

Assinale-se que inobstante a discussão travada tenha se restringido à extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal da parte reclamada, também assentou-se, a partir do entendimento firmado pelo STF que, *“a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida”*.

Nesta mesma linha hermenêutica, o Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado, nos autos do processo AIRR-898-73.2018.5.10.0003, considerou que a parte reclamada - EBSERH - pelo fato de ter como finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, reconheceu a aplicação à parte ré de **“normas próprias da Administração Pública Direta”**, para lhe conceder o gozo dos benefícios da administração pública direta, atraindo, por via de consequência, a extensão aos seus empregados que operam Raios X e substâncias radioativas, o direito contido na regra disposta no art. 1º, “b”, da Lei n. 1.234/1950; e art. 1º do Decreto n. 81.384/78 - férias de 20 dias consecutivos por semestre - o qual visa a proteção à incolumidade física e manutenção da saúde de referidos profissionais.

Nesse sentido, destaca-se trecho do v. acórdão acima citado, diante da brilhante e densa fundamentação sobre a aplicação de “”, para conceder o gozo de benefícios da administração pública direta a empregados públicos, ao fundamento de que a EBSERH tem como

finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, confira-se:

“(…)

Este Relator, a princípio, entendeu ser o caso de prover o agravo de instrumento da Reclamada para melhor análise da arguição de violação do art. 37, caput, da CF, suscitada no recurso de revista.

Porém, em face das ponderações trazidas pelo Eminente Ministro Balazeiro, em sessão de julgamento, este Relator refluíu no seu entendimento originário.

Cinge-se a controvérsia sobre a extensão férias de 20 dias por semestre para os profissionais que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, contida no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78 aos empregados da Reclamada - empresa pública federal que possui por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, assim como a prestação, às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública.

É cediço que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido que a previsão, quanto às férias de 20 dias por semestre para os profissionais que operam diretamente com Raios X e substâncias radioativas, contida no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78, é restrita aos servidores públicos da Administração Pública Direta e de suas autarquias - pessoas jurídicas de direito público -, não se estendendo aos empregados de empresas públicas federais, pois estas se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF.

Nesse sentido, os seguintes julgados, inclusive envolvendo a mesma parte Reclamada:

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSERH. RADIOLOGISTA.

LEI Nº 1.234/1950. INAPLICABILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

I. Discute-se, no caso, se o empregado de empresa pública federal, que opera diretamente com raios X e substâncias radioativas, possui ou não os direitos assegurados pela Lei nº 1.234/50. II. Nos termos dos artigos 1º da Lei nº 1.234/50 e 1º do Decreto nº 81.384/78, os referidos direitos são assegurados aos servidores da Administração Pública Federal Direta e das suas Autarquias, isto é, de entidades de direito público da administração federal, não se estendendo, pois, ao empregado de empresa pública federal. III. Julgados de Turmas do TST. IV. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-723- 93.2016.5.10.0021, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 23/09 /2022).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. FÉRIAS. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. EMPRESA PÚBLICA .

INAPLICABILIDADE DA LEI N . º 1.234/1950 . Hipótese em que se discute se os empregados de empresa pública federal que operam diretamente com raios X e

substâncias radioativas possuem os direitos assegurados pela Lei nº 1.234/50. Concluiu o Tribunal de origem que a pretensão do sindicato reclamante não possui amparo jurídico. Com efeito, da análise do art. 1º da Lei nº 1.234/50, depreende-se que sua aplicação é restrita aos servidores da União e aos empregados de entidades paraestatais de natureza autárquica que operam diretamente raios X e substâncias radioativas. O direito em debate não se estende, portanto, a empregados de empresa pública federal, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AIRR-10700-91.2017.5.03.0111, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 01/07/2022).

“AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROFISSIONAL DE FÍSICA MÉDICA. EMPREGADO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 1.234/50. Nos termos dos artigos 1º da Lei nº 1.234/50 e 1º do Decreto 81.384/78, as vantagens ali previstas são asseguradas, tão somente, aos servidores federais da administração direta e de suas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, não sendo aplicáveis, portanto, aos empregados públicos federais, os quais se submetem ao regime próprio das empresas de direito privado, como é o caso do reclamante. Ademais, não se cogita afronta ao princípio da isonomia, na medida em que tal distinção decorre do dever legal de estrita observância aos regimes jurídicos diversos a que estão submetidos os aludidos entes públicos. Precedente de Turma do TST. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com aplicação de multa” (Ag-RR-380-06.2015.5.20.0005, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 22/05/2020).

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. (...) 2. FÉRIAS.

TÉCNICO EM RADIOLOGIA. LEI Nº 1.234/50. 2.1. Discute-se, no caso, se o empregado de empresa pública federal, que opera diretamente com raios X e substâncias radioativas, possui ou não os direitos assegurados pela Lei nº 1.234/50. 2. 2. Nos termos dos artigos 1º da Lei nº 1.234/50 e 1º do Decreto nº 81.384/78, os referidos direitos são assegurados aos servidores da Administração Pública federal direta e das suas autarquias, isto é, de entidades de direito público da Administração federal, não se estendendo, pois, ao empregado de empresa pública federal, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, a teor do artigo 173, § 1º, II, da CF. 2.3. A diferenciação dos direitos dos profissionais da radiologia decorre da estrita observância às distintas normas legais a que se submetem os referidos entes públicos, razão pela qual não há falar em afronta ao princípio da isonomia, mas em observância a outro princípio constitucional, qual seja o da legalidade, insculpido no artigo 37, caput, da CF. Recurso de revista conhecido e provido” (RR- 800-95.2017.5.10.0012, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 24/06 /2019).

Entretanto, considerando a recente decisão proferida pelo Tribunal Pleno desta Corte Superior, nos autos do processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002 (DEJT 16/05/2023), que entendeu fazer a Reclamada jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública, tem-se que o exame da presente controvérsia demanda uma maior reflexão.

Como já registrado, o Tribunal Pleno desta Corte Superior, ao julgar o Processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, da Relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, assentou a compreensão, fundada no entendimento firmado pelo STF de que “às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência

e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios”, que a Reclamada - EBSERH -, em razão de ter como características: a finalidade de prestação de serviços públicos essenciais ligados à saúde e à educação, a não atuação em regime de concorrência e a não reversão de lucros à União, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública. Eis o teor da ementa do referido julgado:

“EMBARGOS REMETIDOS AO TRIBUNAL PLENO. ARTIGO 72 DO RITST. EXTENSÃO DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA À EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES (EBSERH), NO QUE TANGE À ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DE DEPÓSITO RECURSAL. 1 - Trata-se de recurso de embargos contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao recurso de revista interposto pelo Sindicato, mantendo acórdão do Tribunal Regional que não acolheu a alegada deserção do recurso ordinário da EBSERH. 2 - A questão controvertida remetida ao Tribunal Pleno, nos termos do artigo 72 do RITST, versa sobre a extensão à EBSERH de prerrogativas processuais da Fazenda Pública, especificamente quanto à isenção do recolhimento do depósito recursal e custas, matéria em relação à qual a SBDI-1 inclinou-se a decidir de forma contrária a decisões reiteradas de diversas Turmas desta Corte Superior. 3 - Registre-se que não se debate nestes autos a aplicação do regime de precatórios à ora embargada - empresa pública -, matéria de índole constitucional sobre a qual tem se pronunciado o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, relativamente a outras entidades da Administração Pública Indireta. Entretanto, há uma íntima relação entre a possibilidade de aplicação do regime de precatórios, e eventual isenção do depósito recursal visto que, se não for cabível a execução direta, não há razão para a garantia do Juízo quando da interposição de recursos. 4 - Extrai-se de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a sujeição integral das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, não ocorre em todos os casos, mas naqueles em que o Poder Público atua no campo da atividade econômica em sentido estrito (dentre outros: ADI 1552 MC/DF, relator Min. Carlos Velloso, Publicação em 17/04/1998, Tribunal Pleno; ADI 1642, relator Ministro Eros Grau, Publicação em 19/09/2008, Tribunal Pleno) 5 - Nessa toada, verifica-se que a Suprema Corte tem destacado alguns fatores na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, como se extrai, por exemplo, dos julgamentos do Processo RE 599628/DF (Tema 253 de Repercussão Geral), da ADPF 387, e da ADPF 437. 6 - Em linhas gerais, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com outras empresas do setor, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será integralmente aquele próprio das empresas privadas, devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios. 7 - Nesse contexto, a solução do caso concreto, em que se discute a aplicação de privilégios processuais da Fazenda Pública à EBSERH, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal, impõe-se verificar a finalidade de sua criação, o âmbito e o modo de sua atuação. 8 - Conforme a Lei n.º 12.550/2011 e o Estatuto Social, a EBSERH tem por finalidade a prestação de serviços de assistência à saúde inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, além de prestação, a instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. Eventuais lucros são totalmente reinvestidos para atendimento do seu objeto social, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva

para contingência. 9 - Além disso, embora possam existir outras instituições de direito privado oferecendo serviços semelhantes, inclusive conveniadas ao SUS, não há que se falar de atuação em pleno regime concorrencial, na medida em que é dispensada a licitação para a contratação da EBSEH pela Administração Pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social. 10 - Nesse contexto, constata-se que a embargada tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência e não reverte lucros à União. Em face de tais características, faz jus aos privilégios próprios da Fazenda Pública referentes à isenção de recolhimento de custas e depósitos recursais. 11 - Embargos conhecidos e desprovidos” (E-RR-252-19.2017.5.13.0002, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 16/05/2023).

Constou da citada decisão proferida pelo Tribunal Pleno desta Corte Superior, nos autos do processo E-RR-252-19.2017.5.13.0002, que:

“Efetivamente, em regra, esta Corte considera que empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, nos termos do artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal, de modo que não fazem jus à isenção de custas e depósito recursal, prerrogativa deferida à Fazenda Pública, nos termos dos artigos 790-A, da CLT e art. 1º, IV, do Decreto-lei n.º 779/69.

(...)

Não obstante, a questão tem suscitado nova reflexão, em especial diante de diversas decisões da Suprema Corte quanto à extensão de prerrogativas da Fazenda Pública (em especial o regime de Precatório) a empresas públicas e sociedades de economia mista.

(...)

Extrai-se de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a **subjeição integral** das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas, nos termos desse dispositivo, **não ocorre em todos os casos, mas naquelas hipóteses em que o Poder Público atua no campo da atividade econômica em sentido estrito**.

No ano de 1998, esclareceu o Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso ao levar a julgamento pedido de liminar na ADI 1.552-4 - DF, no qual se questionavam dispositivos da MP 1522/1996 (que afastavam a aplicação de artigos do Estatuto da Advocacia à Administração Pública Direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, **bem como empresas públicas e sociedades de economia mista**):

“(...)

É certo que as empresas públicas e sociedades de economia mista são instituídas para a exploração de atividade econômica, em sentido estrito, dado que elas são o instrumento da intervenção do Estado no domínio econômico. Pode existir, entretanto, empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Essa distinção, no regime da CF/67, poderia ser feita e nós por ela propugnamos em trabalho de doutrina (...)

É que a disposição inscrita no art. 173, caput, da Constituição contém ressalva: «Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’. Quer dizer, o artigo 173 da C.F. está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado

art. 173, aplicam-se com observância constante do caput. **Se não houver concorrência - existindo monopólio, C.F., art. 177 - não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173. É que, conforme linhas atrás registrado, o que quer a Constituição é que o Estado-empresário não tenha privilégios em relação aos particulares. Se houver monopólio, não há concorrência; não havendo concorrência, desaparece a finalidade do disposto no § 1º do art. 173.**

(...) “

(ADI 1552 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 17/04/1997 Publicação: 17/04/1998 Órgão julgador: Tribunal Pleno)

No ano de 2008, no julgamento da ADI 1642, decidiu o STF:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA “d” DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. **As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.** 3. **Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito** 4. **O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.** 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea “d” do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas.” (Tribunal Pleno Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 03/04/2008 Publicação: 19/09/2008)

No processo acima, consta o seguinte fundamento adotado pelo relator:

“A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, caput, enuncia as hipóteses na quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado - isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município - como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. **Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e**

entidades (estatais) que prestam serviço público. Lembro que há precedentes desta Corte sobre a distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público (...)"

Nesse julgamento, o Exmo. Sr. Ministro Carlos Britto acompanhou o relator, arrematando:

"A Constituição, de fato, deixa claro - e o Ministro bem observou - que a atividade própria do Estado, em todo o capítulo da ordem econômico-social, é a prestação de serviços públicos. Diz o art. 175 que incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, não a exploração de atividade econômica. Quando o Estado explora a atividade econômica, atua em campo alheio, em campo que a Constituição reservou- parágrafo único do art. 170 - à iniciativa privada. Quando o Estado atua enquanto empresário, explorando atividade tipicamente econômica, o faz em caráter excepcional, criando suas empresas públicas, sociedades de economia mista, com regime próprio, com estatuto próprio para cada qual delas - o Ministro deixou bem vincado isso -, art. 173, § 1º, o que não impede o Estado também de prestar serviço público mediante sociedades de economia mista e empresas públicas. (...)"

Nessa toada, verifica-se que a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida.

É o que o se extrai, por exemplo, do que ficou decidido quando do julgamento do Tema 253 de Repercussão Geral da Suprema Corte, no processo RE 599628/DF :

"FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são **inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.** Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento." (RE 599628 /DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 25.5.2011, DJe 14.10.2011)

A contrario sensu, à sociedade de economia mista que executa sua atividade sem concorrência ou sem objetivo de distribuir lucros a seus acionistas, aplica-se o regime de precatório.

(...)

Em linhas gerais, portanto, sob a ótica das decisões do STF, às sociedades de economia mista e empresas públicas será aplicado o regime próprio das empresas privadas quando atuam em atividade econômica em sentido estrito, em regime de concorrência, com objetivo de lucro. Caso prestem serviço público, sem concorrência e sem finalidade de lucro, o regime não será (ao menos não integralmente) aquele próprio das empresas privadas devendo ser observada, por exemplo, a execução por meio de precatórios.

Nesse contexto, a solução do caso concreto, em que se discute a aplicação de prerrogativas processuais da Fazenda Pública à EBSEH, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal, impõe-se verificar a finalidade de sua criação, o âmbito e o modo de sua atuação.

Vejamos.

A Lei n.º 12.550/2011, por meio da qual o Congresso Nacional autorizou a criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH pelo Poder Executivo, dispôs:

“Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública unipessoal, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, **vinculada ao Ministério da Educação**, com prazo de duração indeterminado.

§ 1º A EBSEH terá sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e poderá manter escritórios, representações, dependências e filiais em outras unidades da Federação.

§ 2º Fica a EBSEH autorizada a criar subsidiárias para o desenvolvimento de atividades inerentes ao seu objeto social, com as mesmas características estabelecidas no caput deste artigo, aplicando-se a essas subsidiárias o disposto nos arts. 2º a 8º, no caput e nos

§§ 1º, 4º e 5º do art. 9º e, ainda, nos arts. 10 a 15 desta Lei.

Art. 2º A EBSEH terá seu capital social integralmente sob a propriedade da União.

Parágrafo único. A integralização do capital social será realizada com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 3º A EBSEH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária.

§ 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 2º No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a EBSEH observará as orientações da Política Nacional de Saúde, de responsabilidade do Ministério da Saúde.

§ 3º É assegurado à EBSEH o ressarcimento das despesas com o atendimento de consumidores e respectivos dependentes de planos privados de assistência à saúde, na forma estabelecida pelo art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, observados os valores de referência estabelecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Art. 4º Compete à EBSEH:

I - administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, no âmbito do SUS;

II - prestar às instituições federais de ensino superior e a outras instituições congêneres serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, mediante as condições que forem fixadas em seu estatuto social;

III - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa

cooperação, em especial na implementação das residências médica, multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;

IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições congêneres;

V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições congêneres, com implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e

VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades, nos termos do seu estatuto social.

Art. 5º É dispensada a licitação para a contratação da EBSEH pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social.

(...)

Art. 8º Constituem recursos da EBSEH:

I - recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União;

II - as receitas decorrentes:

a) da prestação de serviços compreendidos em seu objeto;

b) da alienação de bens e direitos;

c) das aplicações financeiras que realizar;

d) dos direitos patrimoniais, tais como aluguéis, foros, dividendos e bonificações; e

e) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais;

III - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e

IV - rendas provenientes de outras fontes.

Parágrafo único. O lucro líquido da EBSEH será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência.

(...)"

No estatuto social, consta no capítulo I, que trata da "natureza, finalidade, sede e duração" da empresa:

"Art. 1º A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, reger-se-á pelo presente Estatuto Social e pelas disposições legais que lhe forem aplicáveis.

Parágrafo único. A EBSEH fica sujeita à supervisão do Ministro de Estado da Educação.

Art. 2º A EBSEH tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e atuação em todo o território nacional, podendo criar subsidiárias, sucursais, filiais ou escritórios e representações no país.

Art. 3º A EBSEH terá por finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão,

ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição, a autonomia universitária.

§ 1º As atividades de prestação de serviços de assistência à saúde de que trata o caput estarão inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 2º No desenvolvimento de suas atividades de assistência à saúde, a EBSERH observará as diretrizes e políticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

§ 3º A execução das atividades mencionadas neste artigo dar-se-á por meio da celebração de contrato específico para este fim, pactuado de comum acordo entre a EBSERH e cada uma das instituições de ensino ou instituições congêneres, respeitado o princípio da autonomia das universidades.

§ 4º A EBSERH, no exercício de suas atividades, deverá estar orientada pelas políticas acadêmicas estabelecidas no âmbito das instituições de ensino com as quais estabelecer contrato de prestação de serviços.

Art. 4º O prazo de duração da EBSERH é indeterminado.

Art. 5º A EBSERH sujeitar-se-á ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários."

Quanto ao capital social e recursos, dispõe o capítulo II:

"Art. 6º O capital social da EBSERH é de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), integralmente sob a propriedade da União.

Parágrafo único. O capital social da EBSERH poderá ser aumentado e integralizado com recursos oriundos de dotações consignadas no orçamento da União, bem como pela incorporação de qualquer espécie de bens e direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Art. 7º Constituem recursos da EBSERH:

I - as dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União;

II - as receitas decorrentes:

a) da prestação de serviços compreendidos em seu objeto;

b) da alienação de bens e direitos;

c) das aplicações financeiras que realizar;

d) dos direitos patrimoniais, tais como aluguéis, foros, dividendos e bonificações; e

e) dos acordos e convênios que realizar com entidades nacionais e internacionais;

III - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado;

IV - os oriundos de operações de crédito, assim entendidos os provenientes de empréstimos e financiamentos obtidos pela entidade; e

V - rendas provenientes de outras fontes.

Parágrafo único. O lucro líquido da EBSERH será reinvestido para atendimento do objeto social da empresa, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência."

No capítulo III, referente à competência, consta que:

"Art. 8º A EBSERH exercerá atividades relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe, particularmente:

I - administrar unidades hospitalares, bem como prestar serviços de assistência médico hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, integralmente disponibilizados ao Sistema Único de Saúde;

II - prestar, às instituições federais de ensino superior e a outras instituições públicas congêneres, serviços de apoio ao ensino e à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, em consonância com as diretrizes do Poder Executivo;

III - apoiar a execução de planos de ensino e pesquisa de instituições federais de ensino superior e de outras instituições públicas congêneres, cuja vinculação com o campo da saúde pública ou com outros aspectos da sua atividade torne necessária essa cooperação, em especial na implementação de residência médica ou multiprofissional e em área profissional da saúde, nas especialidades e regiões estratégicas para o SUS;

IV - prestar serviços de apoio à geração do conhecimento em pesquisas básicas, clínicas e aplicadas nos hospitais universitários federais e a outras instituições públicas congêneres;

V - prestar serviços de apoio ao processo de gestão dos hospitais universitários e federais e a outras instituições públicas congêneres, com a implementação de sistema de gestão único com geração de indicadores quantitativos e qualitativos para o estabelecimento de metas; e

VI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades. (...)”

Como se verifica, conforme a Lei n.º 12.550/2011 e o Estatuto Social, a EBSEH terá por finalidade a prestação de serviços de assistência à saúde inseridas integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, além de prestação, a instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres, de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública. Eventuais lucros serão totalmente reinvestidos para atendimento do seu objeto social, excetuadas as parcelas decorrentes da reserva legal e da reserva para contingência.

Além disso, embora possam existir outras instituições de direito privado oferecendo serviços semelhantes, inclusive conveniadas ao SUS, não há que se falar de atuação em pleno regime concorrencial, na medida em que é dispensada a licitação para a contratação da EBSEH pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto social.

Não é demais ressaltar que o STF, sob a relatoria da Exma. Sra. Ministra Carmem Lúcia, ao julgar a **ADI 4895-DF, na qual foi declarada a constitucionalidade dos artigos 1º a 17 da Lei n.º 12.550/2011** (que autorizou o Poder Executivo a criar a EBSEH), embora não estivesse apreciando a possibilidade de aplicação de qualquer prerrogativa da Administração Pública a essa empresa, registrou os seguintes fundamentos que indicam **o reconhecimento de que se trata de empresa prestadora de serviço público e, não, de exploração de atividade econômica** (negritos nossos):

“Deve ser acentuado que as empresas públicas e as sociedades de economia subordinam-se à fiscalização de órgãos de controle interno e externo e seus agentes se sujeitam à lei de improbidade administrativa. Este Supremo Tribunal firmou entendimento de que ‘as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista’ (Mandado de Segurança n. 25.092-5, Relator o Ministro Carlos Veloso, DJ de 17.3.2006).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segue-se a distinção entre as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica. Como acentuado pelo Ministro Dias Toffoli em voto condutor no Recurso Extraordinário n. 627.051/PE (DJe de 11.2.2015) **‘as empresas públicas e as sociedades de economia mista, conforme o art. 4º, II, do Decreto-lei 200/67, fazem parte da Administração Pública Indireta e por diversas vezes figuram como instrumentalidades administrativas das pessoas políticas, ocupando-se dos serviços públicos incumbidos aos entes federativos aos quais estão vinculados, [...] as estatais exclusivamente exploradoras de atividade econômica serviriam tão somente para instrumentalizar a intervenção estatal na seara das atividades econômicas em sentido estrito’.**

O Ministro Joaquim Barbosa salientou, em voto proferido no Recurso Extraordinário n. 599.628 (DJe de 17.10.2011), que ‘o exercício de atividade com intuito lucrativo, sem monopólio estatal, deve submeter-se aos instrumentos de garantia do equilíbrio concorrencial, nos termos do art. 173, § 1º, II e § 2º da Constituição. Em especial, a empresa pública e a sociedade de economia mista devem despir-se das prerrogativas próprias do Estado nas hipóteses em que incursionarem na seara de exploração econômica’.

6. A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH é prestadora de serviço público, tendo por finalidade, como previsto no art. 3º da Lei n. 12.550/2011, “a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, assim como a prestação às instituições públicas federais de ensino ou instituições congêneres de serviços de apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, ao ensino-aprendizagem e à formação de pessoas no campo da saúde pública, observada, nos termos do art. 207 da Constituição Federal, a autonomia universitária”.

(...)

Nas informações prestadas pela Presidência da República, conferiu-se destaque ao contexto que ensejou a opção pela criação da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares:

6. Os hospitais universitários federais enfrentam variadas dificuldades há mais de 20 anos, notadamente no que se refere ao seu quadro de pessoal e de estrutura física, tecnológica e de material.

7. A situação das instituições foi objeto de variadas medidas judiciais, além de auditorias e análises pelo Tribunal de Contas da União.

8. Tanto a Corte de Contas quanto as Procuradorias e Sindicatos apontavam para a precarização das relações de trabalho então existentes nos hospitais, bem como para as inadequadas instalações físicas e de apoio das instituições, evidenciando necessidade de adequações e adoção de medidas corretivas para a adequada prestação do serviço público essencial de saúde no âmbito dos hospitais universitários.

9. Após decisões judiciais e acórdãos do TCU, notadamente os de número 1520/2006 e 2813/2009, foi editado o Decreto nº 7.082, de 27 de janeiro de 2010, pelo qual se instituiu o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais - REHUF. Programa que se destinou ‘à reestruturação e revitalização dos hospitais das Universidades Federais, integrados ao Sistema Único de Saúde (SUS)’ (art. 1º) e teve por objetivo ‘criar condições materiais e institucionais para que os hospitais universitários federais [pudessem] desempenhar plenamente suas funções em relação às dimensões de ensino, pesquisa e extensão e à dimensão da assistência à saúde.’ (art. 22)

10. Dessa forma, com o REHUF, um primeiro passo foi dado para a revitalização dos hospitais, notadamente quanto aos aspectos físico e tecnológico.

11. O programa tem previsão de dotação orçamentária específica para arcar com despesas correntes e de capital. Valores que, a partir de 2012, passaram a ser partilhados pelo Ministério da Educação e pelo Ministério da Saúde.

12. O REHUF, por si só, porém, não teve e não tem o condão de resolver todas as pendências verificadas nos hospitais universitários federais, principalmente quanto aos aspectos ligados aos recursos humanos. Isto devido às notórias deficiências de quadro de profissionais, seja por ausência de reposição tempestiva de vagas abertas, seja por falta de atratividade das vagas abertas para os profissionais de saúde. Daí vislumbrar-se a necessidade de outras medidas de correção.

13. Aliadas à já verificada deficiência de recursos humanos, determinações e apontamentos judiciais e de controladores e fiscalizadores evidenciavam inadequação nas relações de trabalho presentes nos hospitais, notadamente pelo fato de existirem contratações de colaboradores por meio das Fundações de Apoio, já que para os cargos efetivos não havia atratividade e permanência de profissionais.

14. O ponto fulcral da necessidade de adoção de providências para adequação do regime de recursos humanos nos hospitais foi a determinação do Tribunal de Contas da União para rescisão de todos os contratos tidos por irregulares, e que remontavam à expressiva quantia de cerca de 26.000 (vinte e seis mil) colaboradores, cujo limite original fora posto o dia 31 de dezembro de 2011, prazo este impreterivelmente prorrogado para 31 de dezembro de 2012.

15. Assim, viu-se a Administração Pública compelida a buscar a urgente solução para tais situações, pelo que foi editada a Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, instituindo a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares. Medida Provisória, porém, que perdeu vigência pela ausência de aprovação tempestiva no Congresso Nacional.

16. Com a caducidade da MP, outra proposta legislativa foi enviada ao Congresso Nacional, tendo aquela Casa aprovado, regularmente, a Lei que viria a ser sancionada pela Presidência da República e, enfim, tomar o número 12.550, de 15 de dezembro de 2011.

17. A Lei 12.550/11, apesar de nitidamente ter o fim de instituir a EBSERH, também contém dispositivos que inserem normas no Código Penal Brasileiro, a partir do artigo 18.

18. A proposição de inconstitucionalidade veiculada pelo PGR refere-se à empresa, tão-somente, e ainda, em última análise, ao regime jurídico de contratação de colaboradores da empresa (empregados públicos e não servidores públicos, como quer o Procurador Geral).

19. Destaque-se que o intuito de instituição da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares foi e é o de se regularizar as situações precárias apontadas pelos órgãos de fiscalização, de forma que as Universidades Federais podem, caso queiram, aderir à EBSERH, contratando-a para administrar os respectivos Hospitais Universitários.

20. E cumpre destacar que a EBSERH já está em funcionamento, já tendo recebido a manifestação de adesão de 18 Universidades Federais que contêm 29 hospitais universitários; os hospitais universitários do Piauí, do Maranhão, do Triângulo Mineiro e de Brasília já estão sob a efetiva administração da empresa, que já deflagrou certame para preenchimento de mais de 1.000 empregos públicos, inicialmente, no Piauí, sendo que para os outros hospitais os editais em breve serão lançados.

21. A atuação da empresa não se resume, porém, à administração dos hospitais cujas Universidades já contrataram, mas também à administração de compras de

produtos e equipamentos para todos os hospitais universitários, de forma que a situação anterior, de altíssimos percentuais de contratações emergenciais (alguns hospitais chegaram a ultrapassar a marca de 90% das aquisições mediante contratações emergenciais, sem licitação, portanto) fora suplantada pela atual situação de compras e contratações centralizadas, mediante regular processo licitatório, e com considerável ganho de escala, restando verificada, portanto, grandiosa economia aos cofres públicos’.

7. Embora a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH, entidade de direito privado integrante da Administração Pública indireta, submeta-se a preceitos de direito público constitucionalmente previstos, como, por exemplo, a exigência de concurso público para o preenchimento de seus quadros (inc. II do art. 37 da Constituição), estabeleceu-se o regime de seu pessoal sendo aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

(...)

Pelo diploma legal, o objetivo da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSEH é o de cooperar com as instituições de ensino na área de saúde que manifestem interesse na contratação. Inconstitucional seria impor-se àquelas entidades ou submetê-las a seu interesse e definição.

(...)

O Exmo. Sr. Ministro André Mendonça, apreciando o ARE 1401146-DF, que tratava da legitimidade da União para o ajuizamento de ação anulatória de acordo firmado pela EBSEH sem a autorização do Ministério de Planejamento e Gestão (MPOG), registrou o seguinte:

(...)

Além do mais, repiso com ênfase, observa-se que o TST consignou a ilegitimidade ad causam da União com fundamento no disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, afirmando a sujeição da EBSEH “ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto aos direitos trabalhistas”. Entretanto, consoante o sustentado no recurso extraordinário, a orientação desta Corte, há tempos, é de que **o referido § 1º não é aplicável às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, porquanto refere-se às entidades da Administração Pública indireta que exploram atividade econômica e atuam em regime de concorrência**. Transcreve-se, por oportuno, trecho do voto proferido pelo e. Ministro Eros Grau, Relator, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.642/MG, j. 03/04/2008, p. 19/09/2008:

(...)

30. Nos acórdãos recorridos, **ficou bem delineado que a EBSEH é empresa pública prestadora de serviços públicos, e, portanto, não lhe é aplicável o disposto no referido art. 173, § 1º, inc. II, da CRFB. A negativa de acesso à jurisdição, portanto, foi fundamentada em dispositivo constitucional e estabelecida em contrariedade à jurisprudência.**

(...)

Nesse contexto, constata-se que a embargada tem finalidade de prestação de serviços públicos essenciais, ligados à saúde e à educação, não atua em regime de concorrência ampla e não reverte lucros à União. Em face de tais características, faz jus às prerrogativas da Fazenda Pública referentes à isenção de custas e recolhimento de depósitos recursais, sob a ótica das premissas que se extraem de decisões do Supremo Tribunal Federal já mencionadas. - Grifos acrescidos

Assinale-se que inobstante, a discussão travada no âmbito do Tribunal Pleno desta Corte Superior (E-RR-252-19.2017.5.13.0002), tenha se restringido à extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, referentes à isenção do recolhimento de custas e depósito recursal à ora Recorrente, também assentou, a partir do entendimento firmado pelo STF que, “a Suprema Corte tem destacado alguns fatores que entende relevantes na equalização do regime aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista, reconhecendo a necessidade de aplicação de normas próprias da Administração Pública Direta, a depender da natureza da atividade desempenhada ou o modo como é desenvolvida”.

Nessa diretriz, considerando que a Reclamada tem por finalidade prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, tem-se que o reconhecimento da aplicação à Ré de “normas próprias da Administração Pública Direta”, para lhe conceder o gozo dos benefícios da administração pública direta, atrai, por via de consequência, a extensão aos seus empregados que operam Raios X e substâncias radioativas, o direito contido na regra disposta no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78 - férias de 20 dias consecutivos por semestre - o qual visa a proteção à incolumidade física e manutenção da saúde de referidos profissionais.

Dessarte, na linha das ponderações trazidas pelo Eminentíssimo Ministro Alberto Bastos Balazeiro, entender de modo diverso, seria conferir à Reclamada - EBSEH - “os privilégios dos órgãos públicos que se beneficiam dos préstimos (mas arcam com os respectivos custos) de um corpo de servidores públicos estatutários”.

Em face disso, este Relator reformula o seu entendimento para compreender ser extensível à Reclamada - Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSEH) - a aplicação da norma disposta no art. 1º, “b”, da Lei nº 1.234/1950; e art. 1º do Decreto nº 81.384/78.

Pelo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo de instrumento”. (AIRR-898-73.2018.5.10.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 09/02/2024).

Nessa diretriz, considerando que a parte reclamada tem por finalidade prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, entendo por aplicar à parte reclamada as “normas próprias da Administração Pública Direta”, para assegurar a extensão aos seus empregados do art. 98 da Lei 8.112/90.

Afinal, na linha das ponderações trazidas pelo Eminentíssimo Ministro Alberto Bastos Balazeiro, entender de modo diverso, seria conferir à Reclamada - EBSEH - “os privilégios dos órgãos públicos que se beneficiam dos préstimos (mas arcam com os respectivos custos) de um corpo de servidores públicos estatutários”.

Desse modo, impõe-se a aplicação analógica do art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990 ao caso dos autos, envolvendo empregados públicos, ou seu cônjuge, filho ou dependente com deficiência.

Ademais, o fato de serem os empregados públicos da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH, não é óbice para aplicação por analogia do art. 98, § 2º e § 3º, da lei n. 8.112/1990.

Isso porque, o Princípio da Legalidade, no contexto da Administração Pública, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, visa não apenas vincular o administrador público exclusivamente às diretrizes oriundas do Poder Legislativo, mas também garantir o interesse coletivo, balizando sua atividade pelos valores e princípios constitucionais como os da Isonomia e Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, trago à colação precedentes do C. TST:

“RECURSO DE REVISTA - EMPREGADA PÚBLICA DA EBSERH - TUTELA INIBITÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRETENSÃO DE REDUÇÃO DE 50% DA JORNADA DE TRABALHO - FILHA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA - NECESSIDADE DE CUIDADOS MULTICLIPLINARES - REDUÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO DA MÃE SEM A OBRIGATORIEDADE DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS E REDUÇÃO DA REMUNERAÇÃO - ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - VALOR FUNDANTE DA REPÚBLICA - PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. Trata-se de postulação de redução em 50% da jornada de trabalho de 40 horas semanais de emprego pública da EBSERH, mãe de criança diagnosticada com Transtorno de Espectro Autista (CID F 84 . 0). 2. A Corte Regional, embora tenha consignado que “restou incontroverso nos autos que a filha da reclamante é portadora de transtorno do espectro autista (CID F 84.0), necessitando-se, pois, de cuidados permanentes e intensivos”, concluiu pela improcedência da pretensão da autora. 3. Anote-se que a Constituição da República do Brasil, no seu art. 227, caput , assegura o princípio da prioridade absoluta, cujo objetivo é a proteção integral das crianças e dos adolescentes, em todos os seus matizes. 4 . O Estatuto da Criança e do Adolescente, igualmente, adotou no art. 4º o princípio da prioridade absoluta na proteção das crianças e adolescentes, pois preceitua que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes. 5. Destaca-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi aprovada pelo Congresso Nacional, na forma do art. 5º, § 3º, Constituição Federal, cuja redação preceitua que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. 6. Com efeito, trata-se do primeiro tratado internacional que versa sobre direitos humanos a ostentar força normativa de emenda constitucional. Assim, consagrou-se a relevância do tema , objeto da controvérsia , na ordem constitucional brasileira, na seara dos direitos fundamentais, como concretização do valor fundante da República, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, III, da Constituição Cidadã. 7. Destaca-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana, por se tratar de um conjunto de princípios e valores, cuja função é de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado Democrático de Direito, mediante o cumprimento de direitos e deveres - os quais envolvem as condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida digna -, irradia seus efeitos sobre todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, na proteção absoluta da criança e do adolescente. 8. O art. 98, § 2º e 3º, da Lei nº 8.112/90, estabelece que será

concedido horário especial ao servidor com deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário, bem assim que são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência. 9. A Lei nº 12.764 /2012, denominada Lei Berenice Piana, instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista equiparou a pessoa com transtorno do espectro autista com pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais e elenca os direitos da pessoa com transtorno do espectro autista. 10. Portanto, na acepção ampla de constitucionalização do Direito Administrativo, a utilização da analogia a fim de realizar a integração da lacuna normativa do regime jurídico aplicável ao reclamante encontra amparo na leitura contemporânea do princípio da legalidade administrativa, à luz do primado da juridicidade, de modo a não vincular o administrador público exclusivamente às diretrizes oriundas do Poder Legislativo, mas também para balizar sua atividade pelos valores e princípios constitucionais. 11. O Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2022, proferiu decisão no Tema 1097, com repercussão geral, e fixou tese sobre a ampliação dos efeitos do art. 98, § 2º e § 3º da Lei 8.112/1990 aos servidores estaduais e municipais, reconhecendo a eles o direito à redução de jornada de trabalho sem redução de remuneração, caso tenham filho ou dependente com deficiência. 12. Com efeito, sabe-se que quando o ente público municipal não conta com estatuto próprio, a jurisprudência desta Corte entende que a relação é trabalhista, ou seja, os empregados são regidos pelas normas previstas na CLT. Assim, o fato da reclamante ser empregada pública da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares - EBSERH, com seu contrato de trabalho regido pela CLT, não é óbice para aplicação por analogia do art. 98, § 2º e § 3º, da lei nº 8.112/1990. Recurso de revista conhecido e provido « (RR-1432- 47.2019.5.22.0003, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 29/09/2023).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 E DA IN 40 DO TST. REDUÇÃO DE JORNADA. MANUTENÇÃO DA REMUNERAÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA REDUÇÃO DA JORNADA DE 24 HORAS SEMANAIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 98,

§§ 2º E 3º, DA LEI 8.112 /90. SÚMULA 126 DO TST. PREJUDICADO O EXAME DA TRANSCENDÊNCIA. O Regional consignou a ausência de comprovação de incompatibilidade do horário de trabalho com o horário das sessões e tratamento do filho da reclamante, visto ser de vinte e quatro horas a jornada, bem como a falta de laudo pericial atestando a necessidade de acompanhamento. **E, ainda, nos termos do art. 98, § 2º, da Lei 8.112/90, aplicado analogicamente ao caso: “também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário”.** *In casu*, a aferição das alegações recursais requereria novo exame do quadro factual delineado na decisão regional, na medida em que se contrapõem frontalmente à assertiva fixada no acórdão regional, caso que atrai a incidência da Súmula 126 do TST. Apesar de o art. 896-A da CLT estabelecer a necessidade de exame prévio da transcendência do recurso de revista, a jurisprudência da Sexta Turma do TST evoluiu para entender que esta análise fica prejudicada quando o apelo carece de pressupostos processuais extrínsecos ou intrínsecos que impedem o alcance do exame meritório do feito, como no caso em tela. Recurso de revista não conhecido. (RR-24-47.2020.5.20.0001, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 24/04/2023).

AGRAVO DA RECLAMADA. DECISÃO MONOCRÁTICA DE PROVIMENTO AO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. EMPREGADA PÚBLICA. HORÁRIO ESPECIAL. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA A DEPENDENTE MENOR DE IDADE COM DEFICIÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 98, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 8.112/1990.

JURISPRUDÊNCIA DO TST. Impõe-se confirmar a decisão monocrática, mediante a qual foi dado provimento ao recurso de revista. Agravo conhecido e não provido. (Ag-RR-407-09.2021.5.06.0412, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 03/04/2023).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. RITO SUMARÍSSIMO. JORNADA DE TRABALHO. REDUÇÃO PARA CUIDADO DE FILHO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA (AUTISMO). EMPREGADO PÚBLICO. ANALOGIA. ART. 98,

§§ 2º e 3º, DA LEI 8.112/90. 1. O Tribunal Regional deferiu ao reclamante, empregado público, redução de jornada (50%), sem diminuição salarial para que o autor acompanhe sua filha, com diagnóstico de Transtorno do Espectro Autista, nas atividades relacionadas com o respectivo tratamento, por aplicação analógica do art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/90, com redação da Lei 13.370/2016. 2. No contexto do processo de constitucionalização do Direito Administrativo, a utilização da analogia a fim de realizar a integração da lacuna normativa do regime jurídico aplicável ao reclamante encontra amparo na leitura contemporânea do princípio da legalidade administrativa, à luz do primado da juridicidade, de modo a não vincular o administrador público exclusivamente às diretrizes oriundas do Poder Legislativo, mas também para balizar sua atividade pelos valores e princípios constitucionais. 3. O caso dos autos abrange a tutela de bens jurídicos destacados na ordem constitucional de 1988, notadamente, o direito da pessoa com deficiência, alçado à categoria de direito fundamental, sobretudo em face da internalização, com status de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF), da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Decreto 6.949/2009. 4. **D esse modo, a aplicação analógica do art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/90 à situação dos autos, envolvendo empregado público, decorre da incidência de princípios oriundos dos arts. 1º, III, 5º, 6º, 7º, 227 da CF e 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), além da destacada Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não se vislumbrando qualquer ofensa ao primado da legalidade ou aos demais princípios que regem a Administração Pública. Precedentes.** Agravo não provido. (Ag-AIRR-585-48.2021.5.12.0037, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 27/03/2023).

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA E MANUTENÇÃO DA REMUNERAÇÃO. DESCENDENTE COM NECESSIDADES ESPECIAIS (SÍNDROME DE DOWN). Não merece provimento o agravo, pois não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática pela qual o agravo de instrumento em recurso de revista interposto pela reclamada foi desprovido, fundada na aplicação do entendimento de que, ainda que seja manifestamente inaplicável ao reclamante o artigo 98, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, com a redação determinada pela Lei nº 13.370/2016, tendo em vista que não se trata de servidor público federal em sentido estrito, mas empregado público **federa I, é certo que não pode ser suprimido o direito essencial e premente que decorre da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)**, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e chancelada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2.008, combinada com o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, **fazendo jus o autor, empregado público, à obtenção judicial da redução da jornada ou algum outro mecanismo que lhe permita dispensar cuidados a sua filha com necessidades especiais.**” (Ag-AIRR - 748-78.2020.5.19.0001, julgado à unanimidade pela Terceira Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. Publicação no DEJT de 08.09.2023, destaques acrescidos)

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. PROLAÇÃO DE JULGAMENTO PELA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO RELACIONAL. RITO SUMARÍSSIMO. ALTERAÇÃO DA JORNADA SEM REDUÇÃO DE REMUNERAÇÃO OU NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO POSTERIOR. ACOMPANHAMENTO DE FILHA PORTADORA DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA). Conforme salientado na decisão agravada, o TRT, com base no **arcabouço principiológico e normativo, além do conjunto probatório dos autos, reconheceu que a Reclamante necessita de redução de sua jornada de trabalho para prestar assistência ao seu filho menor portador de “transtorno autista - TEA”, visando à concretização dos direitos fundamentais da criança portadora de necessidade especial. Tal entendimento encontra consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Assim, o Relator, pela via monocrática, manteve, pelos próprios e jurídicos fundamentos, a decisão objeto de recurso.** Registre-se que a motivação por adoção das razões da decisão recorrida não se traduz em omissão no julgado ou na negativa de prestação jurisdicional. Isso porque a fundamentação utilizada pela instância ordinária se incorpora à decisão proferida pela Corte revisora - e, portanto, a análise dos fatos e das provas, bem como do enquadramento jurídico a eles conferido. Dessa forma, considerando-se que o convencimento exposto na decisão recorrida é suficiente para definição da matéria discutida em Juízo, com enfrentamento efetivo dos argumentos articulados pela Parte Recorrente, torna-se viável a incorporação formal dessa decisão por referência. Ou seja, se a decisão regional contém fundamentação suficiente - com exame completo e adequado dos fatos discutidos na lide e expressa referência às regras jurídicas que regem as matérias debatidas -, a adoção dos motivos que compõem esse julgamento não implica inobservância aos arts. 93, IX, da CF/88, e 489, II, do CPC/2015. Assim sendo, a prolação de julgamentos pela técnica da motivação relacional não viola os princípios e garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), além de preservar o direito à razoável celeridade da tramitação processual (art. 5º, LXXVIII). Revela-se, na prática, como ferramenta apropriada de racionalização da atividade jurisdicional. Nesse sentido, inclusive, posiciona-se a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual a confirmação integral da decisão agravada não implica ausência de fundamentação, não eliminando o direito da parte de submeter sua irresignação ao exame da instância revisora. No mesmo sentido, decisões proferidas pelo STF. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, *caput*, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, “a”, do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração Agravo desprovido. (Ag-AIRR-3416-77.2016.5.22.0001, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 28/10/2022).

Este também foi o entendimento adotado por este Tribunal em situações semelhantes a destes autos:

EMPREGADA PÚBLICA. FILHA COM DEFICIÊNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO HORÁRIO ESPECIAL PREVISTO NA LEI 8.212/91. COMPATIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNA COM AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. Restou comprovado, no caso em apreço, que a participação direta da autora, como mãe, é imprescindível para eficácia do tratamento de sua filha menor, portadora de síndrome de down. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada com o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, possuindo, portanto, hierarquia de emenda constitucional, estabelece que o superior interesse da criança com deficiência receberá consideração principal (artigo 7º), versando ainda sobre as medidas efetivas para habilitação e reabilitação da pessoa com deficiência,

no estágio mais precoce possível (artigo 26). Por sua vez, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), promulgado pelo Decreto n. 3.321/99, com caráter supralegal (RE 466.343- SP), traz, em seu artigo 18, o direito da pessoa com deficiência de recebimento de atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade, por meio, dentre outros, da formação especial dos familiares, de modo a convertê-los em elementos atuantes do desenvolvimento físico, mental e emocional da pessoa deficiente. Impõe-se, assim, por meio da via hermenêutica, na compatibilização da legislação interna com as normas internacionais de direitos humanos, a aplicação analógica à reclamante, empregada pública, do disposto no artigo 98, §3º, da Lei n. 8.112/90, vez que a omissão de concessão à autora do horário especial ali previsto viola direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, reconhecidos em diplomas internacionais, tanto de caráter supralegal como constitucional, impedindo o exercício desses direitos básicos. Inteligência do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e do princípio da interpretação pro persona. Ementa extraída e adaptada do Voto de Relatoria da Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro, nos autos 0011138-49.2020.5.03.0035, em precedente análogo desta 11ª Turma. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010100- 36.2023.5.03.0022 (ROT); Disponibilização: 17/08/2023, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 3360; Órgão Julgador: Decima Primeira Turma; Relator(a)/Redator(a) Des.Antonio Gomes de Vasconcelos)

“AUTORA MÃE DE CRIANÇA PORTADORA DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. PLEITO DE REDUÇÃO DA JORNADA, SEM REDUÇÃO DA REMUNERAÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (DECRETO 6.949/09) E DA POLÍTICA BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15). ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL DA JORNADA REGULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 93, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.112/90. De acordo com o art. 227 da CRFB, constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à dignidade, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência ou discriminação (caput), incumbindo ao Estado a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, inclusive com a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos (§ 1º, II). Evidenciando-se dos autos que a obreira é mãe de criança portadora de transtorno do espectro autista que demanda cuidados intensivos, impõe-se aplicação ao caso de adaptação razoável da jornada regular (e que não acarrete ônus desproporcional e indevido à empresa), a fim de que se possa assegurar ao menor deficiente todo tratamento necessário ao seu desenvolvimento/habilitação e cuidados com a saúde (arts. 3º, VI, 4º, § 1º, 5º e 8º da Lei 13.146/15 - Estatuto da Pessoa com Deficiência), a exigir o acompanhamento/presença da genitora, incidindo analogicamente no caso (art. 8º da CLT), inclusive sob o influxo do que dispõe a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD - Decreto 6.949/09), o comando inscrito no art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/90, que estipula a concessão de horário especial ao servidor da União que seja portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente nessas condições, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, e independentemente de compensação de horário, porquanto a recusa de proceder a adaptação razoável também constitui forma de discriminação contra a pessoa com deficiência. Vale destacar que a MGS Minas Gerais Administração e Serviços S.A. é empresa pública integrante da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais, divisando-se, pois, sua condição especial de empresa estatal, por vinculada ao indigitado ente político, que assume, em comunhão com os demais entes que conformam a República Federativa do Brasil,

peculiar regime de observância dos compromissos constitucionais/internacionais e políticas pautadas em âmbito nacional destinadas à promoção da saúde e desenvolvimento da pessoa com deficiência, aplicando-se a CIDPD “sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados Federados” (art. 4º, item 5).” (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010850-05.2021.5.03.0185 (ROT); Disponibilização: 31/03 /2022, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1368; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator(a)

/Redator(a): Marcelo Lamego Pertence).

“ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. DIREITO ÀS ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS. RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPREGADOR.

1. Pretende a autora a redução da jornada de trabalho e a manutenção do patamar salarial, a fim de que possa acompanhar o filho que apresenta transtorno do espectro autista nos tratamentos que a sua condição exige. 2. A Lei nº 13.146/2015 - que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência - em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (aprova pelo Congresso Nacional com quórum qualificado, assumindo, portanto, status de emenda constitucional), nos artigos 34 e 35, dispõem sobre a vedação da restrição ao trabalho e do dever do empregador de promover um ambiente acessível e inclusivo. 3. Toda pessoa com deficiência tem direito às adaptações razoáveis, que não acarretem ônus desproporcional, a fim de que possam exercer os direitos fundamentais (no caso, direito ao trabalho e à proteção integral e prioritária do menor), de acordo com o artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 13146/2015. 4. A redução da jornada de trabalho da obreira, com a percepção de salário integral, exige que o empregador promova adaptações, que não acarretarão ônus desproporcional, propiciando, por conseguinte, a efetivação do direito social fundamental ao trabalho da autora e da criança ao amplo e prioritário desenvolvimento. 5. Recurso ordinário conhecido e provido no aspecto.” (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010945-46.2020.5.03.0031 (ROT); Disponibilização: 16/06/2021, DEJT /TRT3/Cad.Jud, Página 814; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator(a)/Redator(a): Paula Oliveira Cantelli).

Em reforço, cito decisão desta Primeira Turma envolvendo a discussão da matéria em debate:

EMENTA: AUTORA MÃE DE CRIANÇA PORTADORA DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO SEM REDUÇÃO DE SALÁRIO E COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. ACOMPANHAMENTO DE FILHO MENOR QUE NECES-SITA DE CUIDADOS ESPECIAIS. No caso, revela-se a necessidade de que seja aplicável ao uma adaptação razoável da jornada de trabalho obreira, a fim de que se possa assegurar à pessoa com deficiência todo tratamento necessário ao seu desenvolvimento/habilitação e cuidados com a saúde (arts. 3º, VI, 4º, § 1º, 5º e 8º da Lei 13.146/15), o que exige o acompanhamento/presença da genitora, aplicando-se analogicamente ao caso (art. 8º da CLT) o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/90, que estipula a concessão de horário especial ao servidor da União que seja pessoa com deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente nessas condições, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, e independentemente de compensação de horário, porquanto a recusa de proceder a adaptação razoável também constitui forma de discriminação contra a pessoa com deficiência. Registre-se que o cerne da questão se atrela diretamente ao princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana (art.

1º, III, da CR/88), bem como a todo o arcabouço constitucional protetivo das pessoas com deficiência, atribuindo à família e ao Estado obrigações quanto ao resguardo e proteção destas pessoas. Com efeito, e conforme sedimentado em recente jurisprudência do Col. TST, o que não se pode permitir é a supressão do “direito essencial e premente que decorre da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e chancelada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, combinada com o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988” (RR - 10086-70.2020.5.15.0136, 3ª Turma, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, publicado em 19/08/2022). Conclui-se, portanto, assim como brilhantemente sedimentado na origem, que “Seria inadmissível permitir, no presente caso, a redução da remuneração da demandante que, diante das condições apresentadas, necessita manter a renda da família para honrar os gastos com os tratamentos do filho” (excerto da r. sentença proferida nestes autos, da lavra do Exmo. Juiz Daniel Gomide de Souza). (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010343- 20.2022.5.03.0020 (ROT); Disponibilização: 15/03/2023, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 884; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator(a)/Redator(a) Adriana Goulart de Sena Orsini)

Realça-se que o douto juízo de primeiro grau apontou como óbice, à aplicação analógica dos §2º e §3º do art. 98 da Lei 8.112/98, o entendimento consubstanciado na Súmula 339 do STF.

Tal previsão normativa, consistente na redução da jornada sem compensação de jornada e sem redução de vencimentos ao empregados da parte reclamada, contudo, não gera aumento de despesa propriamente, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que é legítima a aplicação da Lei 8.112/1990 nos casos em que a legislação estatal e municipal for omissa em relação à determinação constitucional autoaplicável que não gere aumento ao erário, conforme decidido também pelo STF no RE 1237867.

Diante do exposto, por entender que é dever do empregador assegurar a dignidade e integridade física e moral de seus empregados, entendo plausível a pretensão do *parquet*.

Logo, dou provimento ao recurso do Ministério Público do Trabalho para determinar que a parte reclamada conceda aos seus empregados com deficiência devidamente comprovada, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146/2015, jornada especial reduzida, sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 2º da Lei 8.112/90; bem como conceda aos seus empregados que tenham cônjuge, filho ou dependente com deficiência devidamente comprovada, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146/2015, jornada especial sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 3º da Lei 8.112/90.

TUTELA ANTECIPADA

O Ministério Público do Trabalho requer o deferimento da tutela antecipada bem como a imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por obrigação descumprida

e de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por trabalhador prejudicado, devendo ser revertida para projetos, órgãos públicos ou entidades beneficentes estabelecidas na cidade de Uberaba, nos termos dos artigos 5º, § 6º, e 13 da Lei n. 7.347/1985 ou, revertido a fundo Público local em benefício da Infância, Adolescência e/ou Deficientes.

Examino.

A tutela inibitória é uma espécie de tutela específica que tem por finalidade prevenir, inibir, cessar ou impedir a repetição, a reiteração ou a continuação de um ilícito, sendo regulada pelos artigos 497 e 498 do CPC/2015, bem como pelo art. 11 da Lei n. 7.347/85.

Assim, o fundamento material da tutela inibitória é a pretensão de direito material a exigir do órgão jurisdicional um provimento que iniba, positivamente (fazer) ou negativamente (não fazer), a conduta antijurídica do réu que atente contra o direito do autor, com nítido caráter preventivo, pois *“destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção”* (art. 497, parágrafo único, do CPC).

No mesmo sentido, o art. 11 da Lei n. 7.347/85 dispõe que *“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”*.

Assim, basta a probabilidade de repetição do ilícito para que ocorra, com caráter pedagógico e preventivo, a tutela jurisdicional inibitória. Importante registrar que pela natureza da tutela inibitória, somente haverá ônus pecuniário para a reclamada caso descumprida a obrigação, reiterando que são procedimentos de observância obrigatória.

Nesse sentido, precedentes do c. TST:

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO. Diante de possível violação dos arts. 11 da Lei nº 7.347/85 e 497 do CPC, dá-se provimento ao agravo de instrumento para processar o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO. Esta Corte possui entendimento de que o deferimento da tutela inibitória, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, depende apenas do ato ilícito e não da ocorrência de efetivo dano, de maneira que a cessação do ato danoso no curso do processo não afasta a aplicação da tutela inibitória, uma vez que se trata de medida processual destinada a prevenir a prática de atos futuros, considerados ilícitos ou danosos, garantindo a efetividade das decisões judiciais

e nos termos das prerrogativas de atuação do Ministério Público do Trabalho. No caso, o Tribunal Regional, em sentido contrário à jurisprudência pacífica desta Corte, entendeu que a regularização da conduta ilícita praticada pela empresa no curso da ação civil pública implicaria a perda do interesse processual do Ministério Público e, por conseguinte, manteve a sentença que julgou totalmente improcedente a ação. Por esse motivo, reforma-se a decisão recorrida, a fim de impor, em caráter inibitório, a observância, pela ré, das obrigações de fazer previstas na petição inicial, sob pena de pagamento de multa. Recurso de revista conhecido por violação dos arts. 11 da Lei nº 7.347/85 e 497 do CPC e provido”(RR-1000097- 34.2016.5.02.0715, 8ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 20/05/2022).

“I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RÉU NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 1. TUTELA INIBITÓRIA. ILÍCITOS APURADOS PELA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. ASTREINTES. DESNECESSIDADE DE REITERAÇÃO DA PRÁTICA. CARÁTER PREVENTIVO (ART. 536 DO CPC). 1.1.

Na hipótese de ato ilícito já praticado, o provimento da tutela inibitória se justifica em razão da necessidade de prevenção de eventual descumprimento da decisão judicial reparatória ou da reiteração da prática de ilícito, com possibilidade de dano, mesmo que demonstrada regularização da condição que originou o pedido. 1.2. No caso dos autos, é incontroverso que o Consórcio demandado descumpriu diversas normas de segurança e medicina do trabalho, não se mostrando desarrazoada a concessão de tutela inibitória com o fim de se prevenir eventuais ocorrências por parte do réu. 1.3. Desse modo, a imposição de multa por eventual descumprimento de obrigação de fazer e não fazer encontra abrigo nos termos do art. 536, § 1º, do CPC. Agravo não provido, quanto ao tema. 2. VALOR DA MULTA. DANO MORAL COLETIVO.

PREQUESTIONAMENTO. A SBDI-1 desta Corte firmou o entendimento de que é válida a transcrição integral do tópico do recurso para os fins do art. 896, § 1º-A, I, da CLT quando a fundamentação da decisão impugnada for sucinta, como na presente hipótese. Superado o óbice imposto na decisão agravada, é de se prover o agravo para adentrar no exame do agravo de instrumento quanto aos temas. Agravo provido. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RÉU NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 1. ASTREINTES. VALOR DA MULTA.

1.1. As irregularidades apontadas nos quatorze autos de infração que embasaram a presente Ação Civil Pública não tiveram sua respectiva ocorrência elidida pelo reclamado. 1.2. A tutela tem como pano de fundo o descumprimento de uma miríade de obrigações legais do empregador quanto a normas básicas de saúde e segurança, relativas à sinalização do canteiro de obras, à fixação de barreiras de isolamento, de escadas e rampas de circulação coletiva, ao isolamento de vias energizadas, à distribuição de instalações sanitárias de fácil acesso, etc. Enfim, cuida-se nos autos de tutelar preventivamente a reiteração de ilícitos cujas consequências comprometeriam imediatamente a incolumidade física dos trabalhadores, bem como a higidez do meio ambiente de trabalho. 1.3. Assim, não obstante a postura da empresa com vistas à regularização dos pontos apontados pela fiscalização do trabalho, a natureza das normas infringidas pela parte e a abrangência da tutela concedida evidenciam que o valor da multa (R\$ 15.000,00 por infração e R\$ 5.000,00 por trabalhador encontrado na situação irregular) foi arbitrado de forma razoável e proporcional, não prosperando a irresignação da parte. Agravo de instrumento não provido. 2. DANO MORAL COLETIVO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. 2.1. No presente caso, restou demonstrado o desrespeito às regras trabalhistas que versam sobre medidas de saúde e segurança no trabalho, à luz das NR 10 e 18 do Ministério do Trabalho. 2.2. Evidenciado, portanto, que a conduta ilícita

praticada pelo réu extrapola a esfera individual, atingindo toda uma coletividade de trabalhadores, impõe-se o dever de indenização por dano moral coletivo. Agravo de instrumento não provido” (Ag-AIRR-101428-47.2017.5.01.0302, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes, DEJT 03/09/2021).

Na espécie, encontra-se demonstrada a lesão aos empregados da parte reclamada que possuem cônjuge, dependentes ou filhos com deficiência e se veem obstados de obterem a redução de jornada.

Ora, diante da prévia violação de direitos relativos à dignidade e integridade física e moral de seus empregados, mostra-se essencial a prevenção da ocorrência de evento danoso, em oposição à mera reparação do prejuízo, tendo em vista a característica de irreparabilidade e /ou difícil reparação das lesões aos trabalhadores.

E, no aspecto, o microssistema processual coletivo admite a tutela de urgência, inclusive, em sede recursal, consoante art. 12 da LACP, art. 84, §§ 3º e 4º do CDC e arts. 300 e 1.012, § 4º, do CPC, devendo ser demonstrada a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. No caso, ambos os requisitos estão suficientemente demonstrados, conforme minuciosa análise em linhas precedentes.

Portanto, dou provimento ao recurso do MPT para determinar, em caráter inibitório, a observância, pela parte reclamada, das obrigações de fazer, que deverão ser imediatamente cumpridas, haja vista a antecipação dos efeitos da tutela inibitória aqui concedida, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida e de R\$500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado.

O valor da referida indenização terá destinação na forma requerida na inicial, qual seja: devendo ser revertida para projetos, órgãos públicos ou entidades beneficentes estabelecidas na cidade de Uberaba, nos termos dos artigos 5º, § 6º, e 13 da Lei n. 7.347/1985 a ser indicada pelo *parquet* quando do cumprimento da sentença, com intimação específica.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS

O d. juízo de origem julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais coletivos, encontrando-se a r. decisão vazada nos seguintes termos: *“ante a ausência de base legal ou negocial para o pedido em epígrafe, e à luz do princípio constitucional da Separação dos Poderes, dos princípios administrativos da Legalidade e da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, bem como do entendimento jurisprudencial do STF sedimentado na Súmula nº 339”*.

A parte reclamante pugna pela reforma da sentença. Alega que a conduta reiterada da parte reclamada, no sentido de negar a redução de jornada para empregados ou cônjuge, filho ou dependente com deficiência, configura uma transgressão ao ordenamento jurídico,

ferindo direitos fundamentais dos trabalhadores e o senso ético médio da sociedade, o que motiva a condenação da empresa ao pagamento de indenização a fim de ressarcir os danos causados à coletividade.

Examino.

As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência.

O dano moral coletivo é compreendido como a lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados por toda a coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categoria de pessoas) os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo, São Paulo: LTr, 2006), e ampara-se em construção jurídica diversa daquela erigida acerca do dano moral individual, não sendo possível enquadrar o instituto a partir dos modelos teóricos civilistas clássicos.

A ofensa a direitos transindividuais, que demanda recomposição, se traduz, objetivamente, na lesão intolerável à ordem jurídica, que é patrimônio jurídico de toda a coletividade, de modo que sua configuração independe de lesão subjetiva a cada um dos componentes da coletividade ou mesmo da verificação de um sentimento coletivo de desprezo ou repulsa, ou seja, de uma repercussão subjetiva específica.

É nesse contexto que resulta incabível perquirir a intenção da parte ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que é crucial investigar no caso em exame é a gravidade da violação infligida pela parte reclamada à ordem jurídica. A coletividade é tida por moralmente ofendida a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica.

No caso dos autos, conforme visto no capítulo anterior, restou demonstrado que a parte reclamada incorreu em inobservância aos preceitos contidos nos artigos 6º, 7º, XX, XXXI, 23, II, 24, XIV, 203, IV, 227 CR/88 e artigos 2º, 7º, I da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, que possui status de emenda constitucional, inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 6949/09,

Portanto, a conduta da parte reclamada, que se nega reiteradamente a reduzir a jornada de trabalho de seus empregados ou, de seu cônjuge, filho ou dependente com deficiência,

configura ato ilícito e ultrapassa a esfera individual, comprometendo direitos transindividuais de natureza coletiva, previstos no parágrafo único do art. 81 do CDC, uma vez que a lesão sistemática aos direitos dos trabalhadores avilta não só o trabalhador diretamente envolvido na relação de trabalho como também toda a sociedade.

Observo que há a impossibilidade de reversão dos efeitos negativos já produzidos pela conduta da parte reclamada no meio social, daí derivando a necessidade de compensação do dano coletivo em forma de pagamento de uma indenização em dinheiro, perfeitamente compatível com a ação civil pública, nos termos do art. 3º da Lei 7.347/85.

O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. E encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

A indenização a título de responsabilidade social decorre da ideia de devolver à sociedade, em benefícios de natureza social, parte dos lucros auferidos com a exploração do trabalho alheio.

O desrespeito às normas constitucionais e os direitos fundamentais sociais importa no citado ônus social, eis que o Direito do Trabalho é a feição principal dos direitos humanos na sua dimensão social.

Assim, constatada a utilização de mecanismos com o objetivo de agredir a ordem jurídica trabalhista em reclamações trabalhistas, é possível ao juiz agir para reparar o dano social perpetrado, com fundamento nos artigos 404, parágrafo único, do Código Civil e nos artigos 832, parágrafo primeiro, e 652, “d”, da CLT.

Ademais, a CLT, nos artigos 8º e 766, concedeu ao juiz ampla liberdade para a solução justa do caso na perspectiva da equidade, não se esquecendo da perspectiva dos efeitos sociais.

De acordo com o Enunciado n. 4 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

“As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, porquanto com essa prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista, com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais nos exatos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404,

parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.”

Assim, em tais casos, deve ser reconhecida a necessidade de se punir os atos ilícitos, a fim de restaurar a eficácia do ordenamento jurídico.

Diante da situação revelada nos autos, torna-se imprescindível a imediata e eficaz resposta do sistema jurídico, com a necessária condenação em pecúnia do responsável, com fundamento nos artigos 5º, V e X, da CF/88, 1º, IV, da LACP e 6º, VII, do CDC, afinal, apenas a imposição judicial de uma abstenção, de cessação da conduta danosa ou de um fazer deixaria impune e irressarcida a lesão já perpetrada. Ademais, a imposição de reparação deve ter por finalidade impedir que a parte ré volte a incidir na prática ilícita e servir de exemplo para os demais membros da coletividade (caráter pedagógico-preventivo).

No que tange ao valor da indenização, a condenação é fixada segundo o arbítrio do julgador, que deverá levar em conta determinadas peculiaridades que envolvem o caso concreto. A doutrina fornece ao operador do direito alguns parâmetros a serem observados nesse mister, tais como: a extensão do ato ilícito; a culpa do causador da lesão; a gravidade do dano e o potencial econômico-social do ofensor, o qual não deve ser esquecido, de modo a não abrandar o caráter educativo que também se atrela à natureza jurídica da indenização, ressaltando-se, com isso, a finalidade e inibir a prática de outras situações semelhantes.

No caso em epígrafe, frisa-se que foi considerada a natureza jurídica da parte reclamada, bem como o fato de ter como finalidade a prestação de serviços gratuitos de assistência médico-hospitalar, ambulatorial e de apoio diagnóstico e terapêutico à comunidade, inseridos integral e exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Por tais motivos, dou provimento ao recurso da parte autora para fixar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no importe total de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

O valor da referida indenização terá destinação na forma requerida na inicial, qual seja: devendo ser revertida para projetos, órgãos públicos ou entidades beneficentes estabelecidas na cidade de Uberaba, nos termos dos artigos 5º, § 6º, e 13 da Lei n. 7.347/1985 a ser indicada pelo *parquet* quando do cumprimento da sentença, com intimação específica.

A apuração dos juros e correção monetária incidentes sobre a indenização por dano moral coletivo seguirá a decisão proferida pelo STF nos autos da ADC 58, com aplicação da Súmula 439 do Col. TST quanto ao marco da correção monetária.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Incabível a condenação em honorários advocatícios em ação civil pública, salvo comprovada má-fé, conforme art. 18 da Lei 7.347/85. Pelo princípio da simetria, não havendo comprovação de má-fé da parte ré da presente demanda, também não há falar em condenação em honorários advocatícios.

Neste sentido:

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO SINDICATO. ASSISTENTE SIMPLES .

DESCABIMENTO. Diante de potencial violação do art. 18 da Lei nº 7.347/85, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.105/2015 . AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO SINDICATO.

ASSISTENTE SIMPLES . DESCABIMENTO. **1. A disciplina legal referente às ações coletivas (arts. 18 da Lei nº 7.347/85 e 87 do CDC) é expressa ao isentar a parte autora do pagamento de honorários advocatícios, visando a estimular a atuação dos legitimados ativos na defesa dos interesses metaindividuais. Por outro lado, é devida a condenação apenas na circunstância de se comprovar a má-fé do autor. 2. No que tange ao polo réu, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está posta no sentido de que, em sede de ação civil pública, por critério de simetria , não há condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em benefício do Ministério Público, salvo se evidenciada a má-fé.** 3. Dessa forma, se não ocorre o adimplemento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público como autor, tampouco pode o sindicato, na condição de assistente simples, beneficiar-se com a parcela. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-2792-17.2014.5.03.0069, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/04/2017). (destaques acrescidos).

In casu, não se vislumbra a existência de má-fé de quaisquer das partes, razão pela qual não há falar em pagamento, por nenhuma delas, dos honorários advocatícios, em critério de isonomia.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho e, no mérito recursal, dou-lhe parcial provimento para:

1. determinar que a parte reclamada conceda aos seus empregados com deficiência devidamente comprovada, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146/2015, jornada especial reduzida, sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 2º da Lei 8.112 /90; bem como conceda aos seus empregados que tenham cônjuge, filho

ou dependente com deficiência devidamente comprovada, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146/2015, jornada especial sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 3º da Lei 8.112/90;

2. determinar, em caráter inibitório, a observância, pela parte reclamada, das obrigações de fazer, que deverão ser imediatamente cumpridas, ficando a reclamada intimada com a publicação deste acórdão, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela inibitória requerida, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida e de R\$500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado.

3. ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no importe total de R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Os valores decorrentes do arbitrado nos itens 2 e 3 terão destinação na forma requerida na inicial, qual seja: devendo ser revertida para projetos, órgãos públicos ou entidades beneficentes estabelecidas na cidade de Uberaba, nos termos dos artigos 5º, § 6º, e 13 da Lei n. 7.347 /1985 a ser indicada pelo *parquet* quando do cumprimento da sentença, com intimação específica.

Não comprovada a má-fé, por simetria, não há falar em condenação em honorários advocatícios e custas processuais pela parte ré, a teor do art. 18 da Lei 7.347/85.

Invertidos os ônus da sucumbência, arbitro o valor da condenação em R\$200.000,00.

Indica-se, para os fins do art. 832, §3º, da CLT, que as parcelas providas possuem natureza indenizatória.

ACÓRDÃO

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária Presencial da Primeira Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho; no mérito recursal, sem divergência, deu-lhe parcial provimento para: 1. determinar que a parte reclamada conceda aos seus empregados com deficiência devidamente comprovada, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146

/2015, jornada especial reduzida, sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 2º da Lei 8.112/90; bem como conceda aos seus empregados que tenham cônjuge, filho ou dependente com deficiência devidamente comprovada, nos

termos do art. 2º, §1º da Lei 13.146/2015, jornada especial sem necessidade de compensação ou redução salarial, nos termos do art. 98, § 3º da Lei 8.112/90; 2. determinar, em caráter inibitório, a observância, pela parte reclamada, das obrigações de fazer, que deverão ser imediatamente cumpridas, ficando a reclamada intimada com a publicação deste acórdão, concedendo a antecipação dos efeitos da tutela inibitória requerida, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por obrigação descumprida e de R\$500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado. 3. condenar ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no importe total de R\$200.000,00 (duzentos mil reais). Os valores decorrentes do arbitrado nos itens 2 e 3 terão destinação na forma requerida na inicial, qual seja: devendo ser revertida para projetos, órgãos públicos ou entidades beneficentes estabelecidas na cidade de Uberaba, nos termos dos artigos 5º, § 6º, e 13 da Lei

n. 7.347/1985 a ser indicada pelo parquet quando do cumprimento da sentença, com intimação específica. Não comprovada a má-fé, por simetria, não há falar em condenação em honorários advocatícios e custas processuais pela parte ré, a teor do art. 18 da Lei 7.347/85. Invertidos os ônus da sucumbência, arbitrou o valor da condenação em R\$200.000,00 (duzentos mil reais). Indicou, para os fins do art. 832, §3º, da CLT, que as parcelas providas possuem natureza indenizatória.

Tomaram parte no julgamento os Exmos.: Juíza Adriana Campos de Souza Freire Pimenta (Relatora), Juiz Adriano Antônio Borges e Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto (Presidente).

Ausentes, em virtude de férias regimentais, os Exmos. Desembargadores Luiz Otávio Linhares Renault e Adriana Goulart de Sena Orsini, sendo convocados para substituí-los, respectivamente, os Exmos. Juízes Adriano Antônio Borges e Adriana Campos de Souza Freire Pimenta.

Sustentação oral, Advogados: Marcos Filipe Machado Cruz, pelo recorrido, e, pelo recorrente, a Exma. representante do Ministério Público do Trabalho, Dra. Maria Helena da Silva Guthier.

Julgamento realizado em Sessão Presencial (Resolução TRT3 - GP nº 208, de 12 de novembro de 2021).

Belo Horizonte, 15 de julho de 2024.

ADRIANA CAMPOS DE SOUZA FREIRE PIMENTA
Juíza Convocada Relatora



MENÇÃO HONROSA

DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

PROCESSO Nº 0000652-12.2023.8.19.0000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO TJRJ

DESEMBARGADORA MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000652-12.2023.8.19.0000

JUÍZO DE ORIGEM: NILOPOLIS 1ª VARA CÍVEL

AÇÃO ORIGINÁRIA: 0018777-56.2019.8.19.0036

JUÍZA PROLATORA DA DECISÃO: PRISCILA ABREU DAVID

AGRAVANTE: GRUNENTHAL DO BRASIL FARMACEUTICA LTDA

AGRAVADA: LUCIA RODRIGUES DA COSTA

RELATORA: JDS DESEMBARGADORA MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Feito retornado do STJ após provimento de recurso especial para decidir quanto à inadmissibilidade do recurso por violação ao rol taxativo do art. 1.015 do CPC, ao pretender reformar decisão que rejeitou preliminar de prescrição. Decisão que determina ser o caso de incidência do inciso II do referido dispositivo, afastando a possibilidade de não conhecimento do recurso. Recurso admitido. Cabível reapreciação. Autora que postula indenização por danos morais e pensionamento vitalício em face de empresa farmacêutica por ser vítima de Síndrome de Talidomida. Réu que alega, em suma, que a prescrição vintenal correu desde a data em que a autora completou 16 anos, tendo seu termo final em 17/09/1995, enquanto a ação foi ajuizada somente em 17/10/2019. Decisão de origem que declara serem imprescritíveis os direitos de personalidade. Questão que invoca a aplicação de preceitos de proteção aos direitos humanos. A interpretação da aplicação da imprescritibilidade quando há pedido de indenização atende aos direitos humanos e às convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e incorporada pelo Brasil como Emenda Constitucional pelo Decreto nº 6949/2009, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, em especial artigo 4, inciso IV: *“Obrigações gerais - 4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá ne-*

nhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau". **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. No seu artigo 29 especifica normas de interpretação que não permite interpretação excluindo ou limitando direitos. Políticas públicas sobre a síndrome da Talidomida que estabelece leis protetivas, inclusive para a primeira geração de pessoas alcançadas pela síndrome (nascidos entre 1957 e 1965): **Lei n.º 10.651/2003; Lei n.º 7070/1982; Lei n.º 12.190/2010; Decreto n.º 7235/2010.** Impositiva interpretação favorável ao reconhecimento de direitos da pessoa com deficiência sem qualquer exclusão. **RECOMENDAÇÃO Nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do CNJ**, para observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Corte Interamericana de Direitos Humanos** determina o Controle da Convencionalidade *ex officio* pelos Tribunais. Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* e Caso *Gelman vs. Uruguai*. **RECURSO RECEBIDO. NEGADO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento face imprescritibilidade de direitos da personalidade independente do pedido de indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em epígrafe, entre as partes acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores da DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, por unanimidade de votos, em **receber e negar provimento ao recurso**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento em face da decisão de i-725, no ponto em que rejeitou preliminar de prescrição, redigida nos seguintes termos:

"Afasto a prejudicial de prescrição uma vez que a pretensão fundada em violação a direitos da personalidade é imprescritível, sendo indubitável que a presente pretensão se relaciona à violação a esta categoria de direitos, mais especificamente ao direito à integridade física, tutelada como direito da personalidade, consoante arts. 11 c/c 13, do Código Civil, visto que veicula pretensão indenizatória em face do fabricante de

medicamento ingerido por sua genitora durante sua gestação, denominada Talidomida, que lhe provocou malformação corporal, o que tem fundamento no art. 12 do Código Civil ("Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei")".

Alega que a decisão deve ser reformada com o acolhimento da preliminar de prescrição, extinguindo-se o feito com resolução do mérito nos termos do art. 487, II, do CPC. Requer tutela de urgência recursal para que o processo seja suspenso até o julgamento do recurso.

Decisão Monocrática no i-29, pelo não conhecimento do recurso.

Acórdão de i-88, mantendo, em sede de agravo interno, a decisão monocrática desta Relatora.

Acórdão de i-120 que rejeitou embargos de declaração.

Decisão monocrática do Exmo. Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, dando provimento a recurso especial para determinar o retorno dos autos para novo julgamento, afastado o não conhecimento do recurso.

VOTO

Esta Câmara havia firmado o entendimento de que o presente recurso não deveria ser recebido, por tratar de matéria não inserida no rol taxativo do art. 1.015 do CPC.

O Recurso especial do agravante foi provido para determinar exame, considerando o Min. Rel. que a hipótese se amolda ao inciso II do art. 1.015 do CPC.

Assim, a questão deve ser reapreciada nos moldes fixados, recebendo-se o recurso.

A questão a ser examinada está adstrita ao exame da ocorrência de prescrição do direito da autora, diagnosticada com graves deficiências físicas em decorrência do uso de talidomida por sua mãe durante a gestação. Na ocasião não havia o alerta dos efeitos colaterais graves para os fetos em formação, não obstante o produto ser vendido para enjoos durante a gravidez.

A autora, nascida em 17/09/1959, ingressou com ação indenizatória por danos físicos (pensão), estéticos e moral em face da farmacêutica fabricante do referido medicamento, em 17/10/2019.

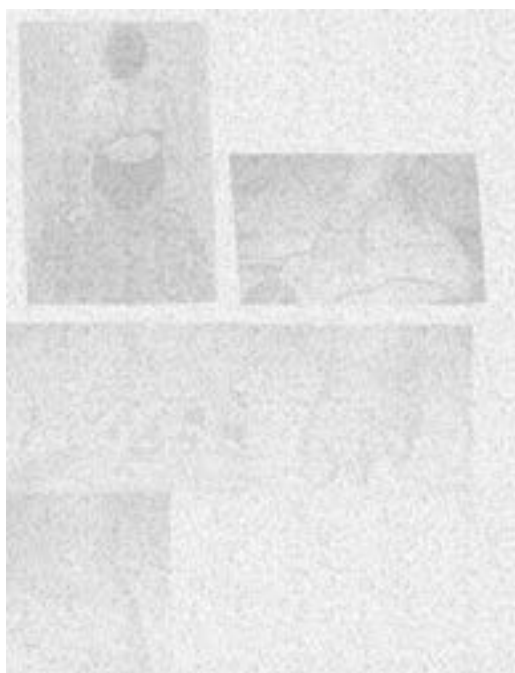
A empresa farmacêutica alega que a autora deveria ter ingressado com a ação quando completasse 16 anos de idade, prazo em que começaria a fluir a contagem do período prescricional, o qual seria de 20 anos, sendo alcançado em 17/9/1995, prazo vintenário por ser regulado o tema pelo Código Civil de 1916. Como a ação foi proposta 24 anos depois desta data, deve ser declarada a prescrição. Afirmo que a alegação da autora de se tratar de direito imprescritível, por cuidar de direitos da personalidade, ao objetivar uma indenização por tais direitos violados torna tal direito prescritível. Cito julgamento do STJ, de 2018, REsp nº 1748169-SP, relator Min. Castro Meira, neste sentido.

O juiz em primeiro grau afastou a tese da prescrição pela imprescritibilidade de direitos da personalidade face a alegação inicial de violação da integridade física da autora, artigos 11, 12 e 13 do Código Civil.

Desta forma, temos a alegação de violação a direitos da personalidade da autora e a necessidade de se aplicar uma das teses jurídicas sobre o tema: a que defende a imprescritibilidade dos direitos da personalidade em qualquer hipótese e a que defende a prescrição para o caso de requerimento de indenização para tais direitos violados.

Sem dúvida, entramos na seara jurídica dos direitos humanos, pois direitos das pessoas com deficiência, caso comprovado na petição inicial.

Colaciono fotos da autora quanto à deficiência:



A interpretação da aplicação da prescrição em casos de direitos de personalidade quando se exige indenização pecuniária deve ser analisada diante do ordenamento jurídico nacional e dos compromissos legais internacionais assumidos pelo Brasil como Estado Parte de diversas Convenções.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e incorporada pelo Brasil como Emenda Constitucional pelo Decreto nº 6949/2009, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição Federal deve ser analisada.

Aqui nos reportamos especificamente ao artigo 4, inciso IV:

Artigo 4 Obrigações gerais

*4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. **Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais** reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.*

O Brasil, como Estado-Parte signatário da Convenção, deve respeitar as disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência. Não cabe derrogação de qualquer direito ou liberdade fundamental reconhecido e vigente, como é o caso da imprescritibilidade de ação de direitos da personalidade de pessoa com deficiência. Imprescritibilidade assumida pela jurisprudência pacífica e pela doutrina.

A interpretação do ordenamento jurídico deve seguir o disposto na **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. No seu artigo 29 especifica normas de interpretação:

ARTIGO 29

Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;*
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;*
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e*

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Portanto, todo o arcabouço jurídico, ora apresentado, demonstra a necessária interpretação reconhecendo os direitos da pessoa com deficiência sem exclusão.

O Brasil tem especial preocupação com o tema do uso da talidomida e seus efeitos colaterais, pois, excepcionalmente, legislou especificamente sobre tal medicamento que até hoje é utilizado, contudo com maior cuidado do que no início.

Normas especiais de controle e fiscalização e informação sobre pensão especial, foram criadas através da **Lei n° 10.651/2003**. Outras normas legais foram publicadas e todas levam em consideração as pessoas com Síndrome de Talidomida nascidas a partir de 1º de março de 1958 (primeira geração), data do início da comercialização no Brasil da Talidomida.

Destaque-se a **Lei n° 7070/1982** sobre pensão especial para as pessoas com deficiência física decorrente da Síndrome da Talidomida ressaltando expressamente a cumulação desta pensão especial com indenização por dano moral criada por lei específica e ainda concede adicional de 35% sobre a pensão para mulheres com 50 anos e homens com 55 anos.

A **Lei n° 12.190/2010** vem estabelecer, em acréscimo à lei anterior, a indenização por dano moral pela União, fixando valor e vedando sua cumulação com outra indenização concedida por decisão judicial. As normas que regulamentam esta indenização estão fixadas no **Decreto n° 7235/2010**, reafirmando a necessidade de firmar termo de opção por recebimento da indenização da União em detrimento de outra concedida por decisão judicial.

A **Lei n° 8686/1993** confere prioridade no fornecimento de aparelhos de prótese, órtese e demais instrumentos de auxílio, bem como nas intervenções cirúrgicas e na assistência médica fornecidas pelo Ministério da Saúde, através do Sistema Único de Saúde - SUS.

Além de todo o exposto, que indica o empenho do Brasil como Estado-Parte para cumprimento de inúmeras declarações e convenções sobre saúde e proteção das pessoas com deficiência, destacam-se outras normas que priorizam a ética em pesquisa e a proteção de direitos humanos: o Código de Nuremberg, de 1947; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração de Helsinque, de 1964, e as revisões de Tóquio, (1975), Veneza, (1983), Hong-Kong (1989), Somerset West (1996) e Edimburgo (2000); as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos – 1991 e as Diretrizes Éticas Internacionais sobre Pesquisa Biomédica Envolvendo Seres Humanos – 1993 (CIOMS/OMS).

No caso concreto, a interpretação da incidência ou não da prescrição deve ocorrer no sentido da obrigação geral do Brasil, perante a comunidade internacional, em adotar todas as medidas de qualquer natureza, necessárias para realização dos direitos das pessoas com deficiência, a teor do **artigo 4, 1, a da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** (acima em destaque).

Diante dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil e do conteúdo da legislação pátria que assegura direitos às pessoas com Síndrome da Talidomida desde a primeira geração (nascidos entre 1957 e 1965), a interpretação do Poder Judiciário, em coerência ao exposto, deve ser no sentido da imprescritibilidade de tal direito, mesmo com pedido de indenização.

Observe-se que tal diretriz vem comandada pelos Tribunais superiores quanto à utilização das normas das Convenções Internacionais e exercer o controle da convencionalidade na aplicação e interpretação legislativa. Vejamos a **RECOMENDAÇÃO Nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do CNJ**, que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assinada pelo Ministro Luiz Fux:



[...]

RESOLVE:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

O Controle da Convencionalidade, ou seja, a adequação das normas internas dos Estados Partes da Convenção, bem como da interpretação normativa em sua adequação à Convenção, foi estabelecida no Caso *Almonacid Arellano VS. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.

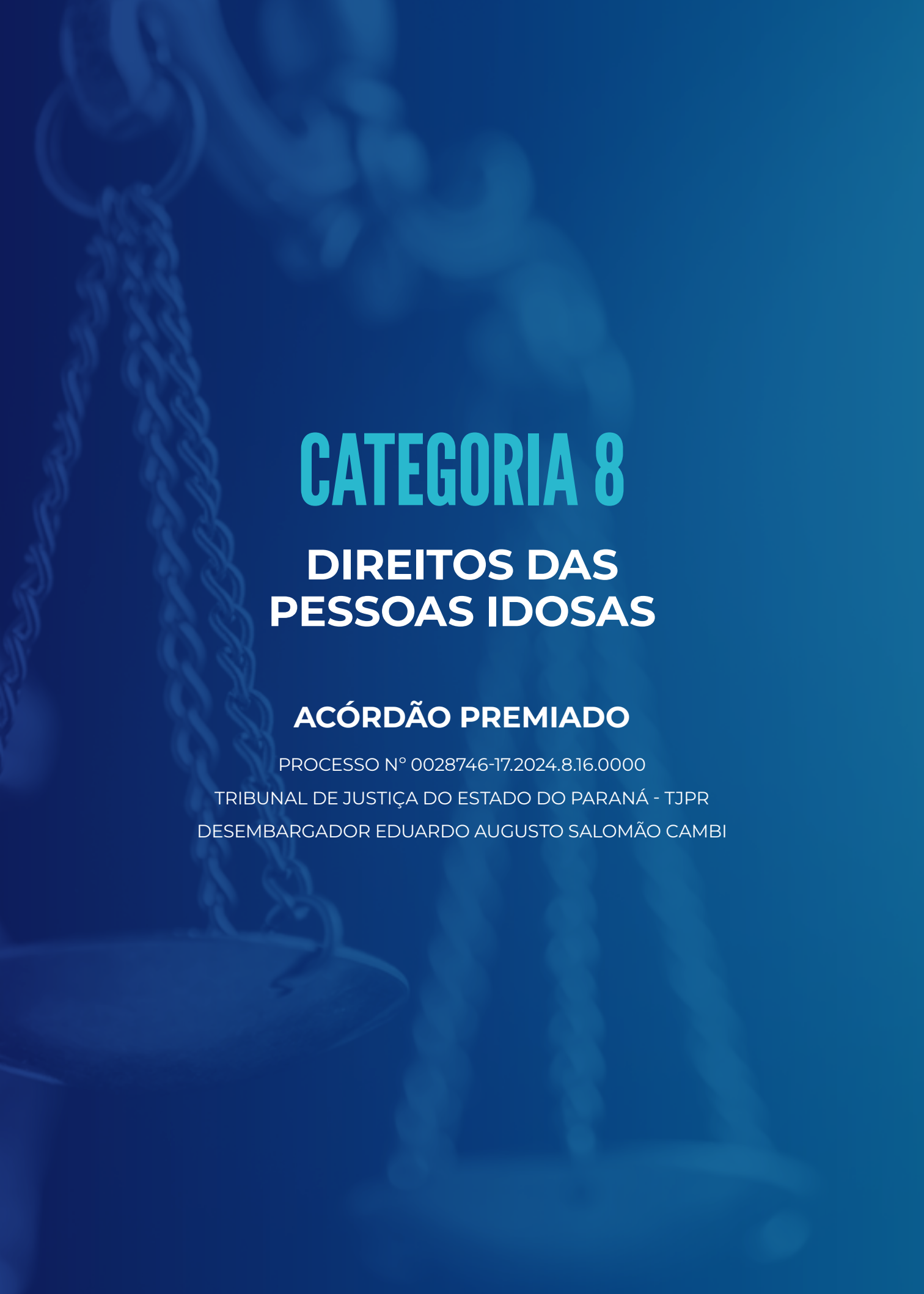
Importante lembrar o caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso *Gelman Vs. Uruguai*, julgado em 24 de fevereiro de 2011, no qual constou a decisão de controle de convencionalidade das normas internas relativas à Convenção Americana, por toda a Justiça, *ex officio*:

193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Pelo exposto, em novo julgamento, voto no sentido de **RECEBER O RECURSO e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO**, face imprescritibilidade de direitos da personalidade independente do pedido de indenização.

Rio de Janeiro, Sessão de Julgamento realizada em 09 de julho de 2024.

MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO
JDS DESEMBARGADORA RELATORA



CATEGORIA 8

DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

ACÓRDÃO PREMIADO

PROCESSO Nº 0028746-17.2024.8.16.0000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJPR

DESEMBARGADOR EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
12ª CÂMARA CÍVEL

Autos nº. [REDACTED]

Apelação Cível nº [REDACTED] **Ap**

[REDACTED]

Apelante(s): [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] **e**

Apelado(s): [REDACTED].

Relator: Desembargador Eduardo Augusto Salomão Cambi

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS HUMANOS. DIREITOS DA PESSOA IDOSA. AÇÃO DE CURATELA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES. ALEGADA PRODIGALIDADE DO GENITOR, EM RAZÃO DE SUPOSTO VÍCIO EM JOGOS DE BARALHO. INCAPACIDADE PARA ATOS DA VIDA CIVIL. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE HIGIDEZ COGNITIVA PELO INTERDITANDO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPÊNDIOS EXCESSIVOS E DE DILAPIDAÇÃO DE BENS. RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA E ÀS DECISÕES FINANCEIRAS DA PESSOA IDOSA. NECESSIDADE. PRODIGALIDADE NÃO COMPROVADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A curatela é uma medida excepcional, sendo indicada para os casos em que a pessoa, por enfermidade ou deficiência mental, apresente comprovada dificuldade ou impossibilidade para exercício, de maneira independente, dos atos da vida civil. Inteligência do artigo 1.767 do Código Civil. Aplicação do Enunciado nº 637, da VIII Jornada de Direito Civil.

2. Pródigo, para fins de interdição, é um defeito de personalidade, de quem gasta imoderadamente e, desta forma, coloca em risco o seu patrimônio, a ponto de comprometer a sua subsistência (e de sua família), bem como reduzi-lo à miséria. Interpretação do artigo 1.767, inc. V, do Código Civil.

3. A velhice não é causa de incapacidade jurídica, embora a pessoa idosa – em razão da sua idade – precise de especial prote-

ção do Estado, da família e da sociedade, a quem se assegura tratamento diferenciado, como expressão da tutela da dignidade humana, para que sejam removidas todas as barreiras e obstáculos que impeçam o desenvolvimento efetivo e integral da personalidade. Interpretação dos artigos 230 da Constituição Federal e 2º e 3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa). Literatura jurídica.

4. No caso concreto, alegam os apelantes que há a necessidade de interdição de seu pai em razão de uma suposta prodigalidade, decorrente de habituais jogos de baralho, aduzindo que tal situação compromete a segurança financeira da pessoa idosa.

5. Ouvido em juízo, o apelado apresentou narrativa clara e coerente, respondeu com firmeza a todas as perguntas do Juiz presidente, e não demonstrou nenhum comportamento a indicar que se trata de pessoa incapaz de gerir sua vida civil, isto é, que não tenha adequada compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas.

6. Em que pese as testemunhas tenham afirmado que o apelado, há muitos anos, possui o hábito de jogar baralho, tal fato, por si só, se mostra insuficiente para demonstrar que se trata de pessoa pródiga.

7. Ademais, não foram apresentadas provas de que o interditando realize dispêndios exacerbados, tampouco de que esteja dilapidando seu patrimônio a preço vil, mas tão somente de irresignação de seus filhos quanto à forma de gerenciamento do patrimônio realizada pelo pai.

8. A interdição é medida extrema e excepcional, e só deve ser aplicada quando as provas da incapacidade relativa não deixarem margem a dúvidas. Caso o conjunto probatório não indique claramente a necessidade da providência estatal, a interdição não deve ser decretada, sob pena de comprometer a autonomia privada, que é um desdobramento do direito fundamental à liberdade. Exegese do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Aplicação do Parecer Consultivo OC-24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

9. A mera discordância dos filhos com relação à forma como o pai gere seus bens não é causa de restrição — ainda que limitada — da capacidade civil, que é um mecanismo de concretização de personalidade.

10. Todo ser humano é igual perante a lei e deve ter direito à proteção isonômica contra qualquer forma, explícita ou simbólica, de discriminação — inclusive a etária — tanto na esfera pública quanto na privada. Os idosos têm os mesmos direitos humanos que as demais pessoas, não se admitindo a discriminação, em razão da idade (fenômeno conhecido por *etarismo*), com fundamento em estereótipos e preconceitos, para que não se violem a dignidade e a igualdade inerente a todo ser humano. Interpretação dos artigos 1º, inc. III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, 2º e 4º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), em conjunto com os artigos 1º e 2.1. da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Carta de São José sobre os direitos dos idosos de América Latina e Caribe.

11. Na perspectiva dos direitos humanos, é obrigação da família assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais inerentes à vida digna da pessoa idosa, uma vez que o indivíduo, na medida que envelhece, deve seguir desfrutando de uma vida plena, independente e autônoma. Inteligência dos artigos 3º, *caput*, e 11 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa).

Incidência do artigo 5º da Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2002) da Organização das Nações Unidas (ONU).

12. *In casu*, é inadmissível que o apelado — pessoa idosa — seja tolhido de sua liberdade financeira e, conseqüentemente, de sua dignidade, quando não ficou suficientemente comprovado que há a necessidade de sua interdição.

13. Recurso conhecido e não provido.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº [REDACTED], [REDACTED], em que são **Apelantes** [REDACTED] e outros, e **Apelado** [REDACTED].

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por [REDACTED], I.C.D.A, [REDACTED], e [REDACTED], em face da sentença proferida no **mov. 136.1** da denominada “ação de interdição” nº [REDACTED].

O MM. Dr. Juiz de Direito da [REDACTED] julgou improcedentes os pedidos formulados pelos apelantes, nos seguintes termos:

De acordo com o art. 1767, do Código Civil, estão sujeitos à curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam mais exprimir a sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxico e os pródigos. *In casu*, o pedido da exordial foi formulado com base no inciso V, do artigo supramencionado, alegando que o requerido é pródigo e está dilapidando seu patrimônio. Todavia, diante das provas produzidas nos autos é possível concluir, que não há necessidade de nomeação de um Curador ao Interditando para realização dos atos de natureza patrimonial e da vida civil. A interdição, é medida excepcional, em razão do impedimento da prática de atos da vida civil, é deve ser fundada em juízo de certeza e segurança. Nessa toada, realizada a oitiva do Interditando, observa-se que sua narrativa é clara e coerente, inexistindo indícios de dilapidação do patrimônio, ao contrário, o preço de venda e compatível com os valores de mercado, o requerido aceita vender para os requerentes e deseja adquirir imóvel para residir na cidade, conforme já mencionado na decisão que revogou a medida liminar. Assim, o Interditando se mostrou capaz de praticar os atos da vida civil. Com relação a dilapidação dos bens, não há qualquer prova de que de fato esteja acontecendo e o fato de os filhos não concordarem com as suas decisões não é suficiente para a interdição, uma vez que o requerido tem direito de dispor de seu próprio patrimônio. Privar o requerido a liberdade de gerir sua vida financeira e seus bens é ferir sua dignidade, provocando efeito justamente contrário do que se pretende com a interdição. Com relação ao suposto vício em jogos de azar e dilapidação do patrimônio em razão disso, as partes requerentes não lograram êxito em sua comprovação. Conforme depoimento prestado pela testemunha [REDACTED] (mov. 116.3), os jogos são feitos no clube de idosos da comunidade e que o valor das apostas é em torno de R\$ 5,00 (cinco reais), valor ínfimo, não gerando, portanto, qualquer indício de necessidade de dilapidação de patrimônio para pagar as dívidas contraídas de jogos, conforme alegam os requerentes. Diante disso, inexistindo qualquer das hipóteses legais previstas no art. 1767, do Código Civil, não há que se falar em interdição, sob pena de afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que não restou comprovado que o interditando é pródigo e nem portador de quadro que impossibilite de reger sua vida civil e financeira, bem como administrar seus bens. 3. DISPOSITIVO. Posto isto, **JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado com a petição inicial**. Em virtude da sucumbência, condeno a pessoa do autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios ao patrono da ré, que fixo no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) (art. 85, § 8º, CPC).

Irresignados, os Apelantes buscam a reforma da sentença, a fim de que seja decretada a interdição do Apelado [REDACTED].

O apelado apresentou contrarrazões no **mov. 169.1**, requerendo a manutenção da decisão recorrida.

Em parecer, a d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo não provimento do recurso (mov. 23.1-TJ).

Vieram os autos conclusos.

É a breve exposição.

II - VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

1. Recebimento e admissibilidade do recurso

Recebo o recurso no duplo efeito, em razão do disposto no *caput* do artigo 1.012 do Código de Processo Civil^[1] e de o caso não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas nos § 1º^[2] do referido dispositivo legal.

1.2 Da alegada ofensa ao princípio da dialeticidade

O recorrido, em suas contrarrazões, aduziu que o agravo não merece conhecimento, tendo em vista que a exposição do mérito recursal se limita a reiterar os mesmos argumentos trazidos na inicial, já rechaçados na sentença, sem, contudo, atacar de forma objetiva os elementos da decisão que estariam equivocados. Desta forma, entende que o recurso afrontou o princípio da dialeticidade.

Pelo artigo 1.010, do Código de Processo Civil, o recurso de apelação deverá ser interposto por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, e conterá os nomes e a qualificação das partes, a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e o pedido de nova decisão.

A respeito da matéria, explicam Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, citando Nelson Nery Júnior:

(...) que todo recurso [deve ser] formulado por meio de petição na qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, **indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada** (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 124) – Grifei.

Conforme se extrai das razões recursais, pretendem os apelantes, diante das teses formuladas, refutar os fundamentos do *decisum*, buscando a sua reforma – observado, vale dizer, o princípio da dialeticidade.

Ademais, tem o Superior Tribunal de Justiça orientado que a “**mera reiteração, na petição do recurso, das razões anteriormente apresentadas, por si só, não é motivo suficiente para o não conhecimento do recurso, quando estejam devidamente expostos os motivos de fato e de direito que evidenciem a intenção de reforma da decisão recorrida**” (AgInt no REsp 1.657.136/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, J. 28/09/2017, DJe 13/10/2017) – Grifei.

Inexiste, assim, a reclamada mácula processual.

Com efeito, presentes os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e extrínsecos (preparo, tempestividade e regularidade formal), deve o recurso ser conhecido, passando-se à análise do mérito.

2. Mérito

O presente recurso foi interposto pelos apelantes, buscando a **reforma da sentença proferida no mov. 136.1 dos autos originários**, a fim de que seja declarada a interdição do apelado, nomeando curador para cuidar de seus interesses patrimoniais.

Alegam os recorrentes, em suma, que o apelado é viciado em jogos de baralho, e seu vício vem fazendo com que dilapide seus bens, caracterizando-o como uma pessoa pródiga.

Contudo, da análise do conjunto probatório angariado no decorrer da instrução, vejo que razão não lhes assiste.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei 13.146/2015), em sintonia com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009), alterou o instituto da capacidade civil, preconizando que a incapacidade absoluta restringe-se apenas aos menores de dezesseis anos de idade (critério objetivo), conforme o disposto na redação atual do artigo 3º do Código Civil de 2002^[3].

A propósito, explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal^[4]:

(...) em tempos pós-modernos, com preocupações de inclusão social e cidadania, **não mais se pode admitir que a lei repare um ser humano incapaz absolutamente apenas por conta de uma deficiência física ou mental e, muito pior do que isso, que promova uma transferência compulsória das decisões e escolhas sobre a sua vida e as suas relações existenciais para um terceiro, o curador, aniquilando a sua vontade e a sua preferência.** Equivale, na prática, a uma verdadeira morte civil de um humano. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, em especial as que dizem respeito às suas crenças, preferências, vontades, valores e afetos; em um âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico. Ou seja, na qualidade de valor, o status personae não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, estando, em verdade, vocacionado à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades. Há absoluta coerência filosófica: as pessoas com deficiência não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da dignidade humana (CF, art. 1º, III) e da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º); as pessoas com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3º E 4º DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações providas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.

2. A Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido **eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual** anteriormente previstas no Código Civil.

4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.

5. Recurso especial provido. (STJ, T3, REsp 1927423/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 27/04/2021) - Grifei.

É certo, no entanto, que, em determinados casos, “os pressupostos fáticos evidenciem a incompetência absoluta da pessoa, em razão da completa ausência de discernimento para os atos da vida civil, **mas isso não conduz à relativização do pressuposto jurídico contido na norma**, de forma a demandar um esforço maior do julgador para compatibilizar a solução adequada à hipótese, em que a incapacidade de pessoa que já tenha alcançado a maioridade civil seja faticamente absoluta, com a limitação legal de declaração da incapacidade relativa, buscando interferir na autonomia privada da pessoa natural na medida do estritamente necessário ao auxílio dos atos da vida civil”. (STJ, T3, REsp 1943699/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 13/12/2022) – Grifei.

A curatela é uma medida extrema e excepcional, sendo indicada para aqueles casos em que a pessoa, por enfermidade ou deficiência mental, apresente dificuldade ou impossibilidade para exercício, de maneira independente, dos atos da vida civil, nos termos do artigo 1.767 do Código Civil. *In verbis*:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

V - os pródigios. – Grifei.

Sobre o dispositivo, é o teor do Enunciado nº 637, da VIII Jornada de Direito Civil:

Art. 1.767: Admitese a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.

Ao analisar o instituto da curatela, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 /2015), Rodrigo da Cunha Pereira^[5] discorre:

A expressão curatela tem origem no Direito Romano, de *curare*, cuidar, olhar, velar. É **um dos institutos de proteção aos incapazes**, assim como a tomada de decisão apoiada, ao lado da tutela e do poder familiar/guarda. É **o encargo conferido judicialmente a alguém para que zele pelos interesses de outrem, que não pode administrar seus bens e direitos em razão de sua incapacidade ou uma deficiência permanente ou temporária, que inviabiliza o discernimento, entendimento e compromete o elemento volitivo do sujeito**. Em geral tal

incapacidade é decorrente de um estado mental com alguma deficiência ou um demenciamento, uma circunstância temporária como o estado de coma, um desarrazoamento como prodigalidade e alcoolismo. (...) **O Estatuto da Pessoa com Deficiência admite a curatela, somente em caráter excepcional sem associá-la à incapacidade absoluta, pois agora são absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos. Portanto, a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar**

da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado. Assim, o art. 1.767 do CCB/2002 sofreu grande reformulação com a Lei nº 13.146/2015, provocando uma revolução paradigmática e alterações na teoria das incapacidades prevista no Código Civil, modificando a redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil e o capítulo que trata da curatela, estabelecido pelos arts. 1.767 e seguintes, instituindo a denominada “ação de curatela” e não mais ação de interdição. – Grifei.

Ainda sobre a temática, extrai-se da literatura de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery:^[6]

A curatela cria laço de dependência da pessoa a cargo de outra, com o seu curador, laço esse que se assemelha ao de família. “O facto de uma pessoa estar ao cuidado ou a cargo de outra cria entre ambas uma relação que, não sendo propriamente uma relação de família, tem importantes efeitos no âmbito do direito da família” (Coelho Oliveira. Curso 2, v. I, p. 121). • 3. **Interdição. É medida de proteção ao incapaz, que se insere dentro do direito de família, onde pode ser assegurada, com mais eficácia, a proteção do deficiente físico ou mental, criando mecanismos que coibam o risco de violência a sua pessoa ou de perda de seus bens.** A proteção legal se impõe ao maior incapaz para que não seja prejudicada a execução de suas obrigações sociais, comerciais e familiares e para que haja proteção efetiva de seus bens e de sua pessoa. A interdição decorre de decisão soberana do juiz. • 4. Medidas públicas de proteção. Além das medidas preconizadas pelo Poder Público, em virtude de específico comando constitucional (CF 227 § 1.º II), **o instituto atende à necessidade de prover o sujeito maior incapaz de mecanismo jurídico que lhe garanta capacidade plena de exercício, capacidade que ele não possui, em razão de moléstia, momentânea ou crônica** (CC 4.º II a IV). • 5. Representação legal (CC 115). O que vier a ser interditado por ato do juiz (CC 1773) é posto sob curatela e o curador nomeado passa a ser o representante legal do declarado incapaz, com o *munus* público de prover-lhe o zelo de sua pessoa e bens. – Grifei.

A velhice não é causa de incapacidade jurídica, embora a pessoa idosa – em razão da sua idade – precise de especial proteção do Estado, da família e da sociedade, a quem se assegura tratamento diferenciado, como expressão da tutela da dignidade humana, para que sejam removidas todas as barreiras e obstáculos que impeçam o desenvolvimento efetivo e integral da personalidade, conforme se pode depreender da interpretação dos artigos 230 da Constituição Federal e 2º e 3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal^[7] explicam:

(...) a senectude (velhice), por si só, não implica em incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa, em razão, como visto, da necessária compreensão restritiva do rol limitador da plena capacidade jurídica. Aliás, a Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso estabelece especial proteção para a pessoa maior de 60 anos, como expressão da universalização do exercício da cidadania. De fato, apesar de não ser incapaz, é inegável que o idoso, em razão da sua idade, pode sofrer limitações justificáveis, impondo, por isso, um tratamento diferenciado (através, por exemplo, da prioridade de atendimento, da gratuidade no acesso aos transportes públicos, da aposentadoria

por idade etc.), como expressão do reconhecimento de sua dignidade, independentemente de sua classe social ou produtividade econômica. Vale a ressalva, contudo, de que toda e qualquer diferenciação jurídica por motivo etário somente será possível “desde que haja razoabilidade na fixação do critério discriminatório”, como percebe Robson Renault Godinho. Sem dúvida, o respeito ao princípio constitucional da igualdade substancial reclama tratamento diverso aos cidadãos somente quando estejam em situações de desigualdade. Por isso, a concessão de tratamento diferenciado às pessoas idosas somente é justificável com esteio na razoabilidade, de modo a *remover obstáculos de fato ao desenvolvimento efetivo do idoso*.

No caso em exame, aduzem os apelantes que há a necessidade de interdição de seu pai em razão de uma suposta prodigalidade, uma vez que “possui vício em jogo de azar, qual seja, baralho, e que tal situação compromete a sua segurança financeira”.

Acerca da prodigalidade, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Pródigo é o indivíduo que dissipa o seu patrimônio desvairadamente. Na definição de Clóvis Beviláqua, “é aquele que, desordenadamente, gasta e destrói **a sua fazenda**”. Na verdade, é o indivíduo que, por ser portador de um defeito de personalidade, gasta imoderadamente, dissipando o seu patrimônio com o risco de reduzir-se à miséria. (...) O pródigo só passará à condição de relativamente incapaz depois de declarado como tal em sentença de interdição. Justifica-se a interdição do pródigo pelo fato de encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, em detrimento de sua pessoa e de sua família, podendo ainda transformar-se num encargo para o Estado, que tem a obrigação de dar assistência às pessoas necessitadas. (*Direito civil esquematizado*, volume I. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 116-117.) – Grifei.

Oportuno colacionar, ainda, trecho da obra de Cristiano Chaves de Farias, Luciano Figueiredo, Marcos Ehrhart Júnior e Walter Inácio:

Conforme a legislação brasileira, pródigo é a pessoa que, **desordenadamente, gasta os seus haveres, dilapidando o seu patrimônio, de modo a comprometer sua subsistência**. Com o fito de justificar a incapacidade do pródigo reconhecida pela lei, a doutrina vem afirmando que a prodigalidade constituiria em um desvio comportamental patrimonial que prejudica a sua família. (*Código Civil para Concursos*. 4 ed. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 1.435.) – Grifei.

No mesmo sentido, ensina Cezar Peluso:

Por fim, aos pródigos (inciso V) será também conferida curatela. Considera-se pródigo o relativamente incapaz que desordenadamente desbarata sua fortuna, com risco de reduzir-se à miséria. **A prodigalidade pressupõe habitualidade nas dissipações, vida desregrada, gastos imoderados, pendor irresistível para consumir o que possui. A prodigalidade só deve ser decretada em casos muito excepcionais. Os pedidos de interdição, nela fundados, escondem algumas vezes intuítos egoísticos e ambiciosos, tendo em mira coibir perda de um patrimônio cuja posse se espera, baseada na qualidade de herdeiro** (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil – direito de família. São Paulo, Saraiva, 1994). A interdição por

prodigalidade tem, destarte, além de sua finalidade precípua de proteger interesses do incapaz e mesmo da sociedade, natureza patrimonial, quando visa a preservar interesses materiais da família do pródigo, quando esse a possui (cônjuge, companheiro, pais, filhos, herdeiros). (*Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Manole, 2022.) – Grifei.

Cediço que “a interdição é medida extrema que só pode ser decretada quando a prova não deixar margem a dúvidas” (RT 388/210) e que, “na dúvida, é preferível não decretar a interdição, medida excepcional, só possível no caso de incapacidade comprovada” (RT 206/115), de forma que a improcedência do pedido era, mesmo, de rigor.

Ademais, o artigo 750 do Código de Processo Civil determina que, em demandas de interdição, “o requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo”.

Sobre referido dispositivo, extrai-se da literatura de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Prova da incapacidade. Deve acompanhar a inicial e, quando possível, ser feita mediante a apresentação de laudo médico. Há casos de incapacidade que não têm causa inicial em disfunção psicológica ou em anomalia psíquica, mas em estado físico que impede a pessoa de externar sua vontade e de autodeterminar-se, como é o caso das que são vitimadas por acidente e que se tornam tetraplégicas. É de **bom alvitre que a inicial venha acompanhada por documento de profissional habilitado que possa revelar, desde logo, o quanto possível, a situação em que se encontra o interditando**. A ausência do laudo deverá ser justificada pelo requerente da medida, e só pode ser escusada no caso de impossibilidade de produção do laudo naquele momento. (Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. 7. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. – Grifei.

Os recorrentes, no caso em análise, não cumpriram referida disposição, uma vez que o único laudo médico juntado aos autos foi trazido pelo próprio recorrido (mov. 52.3), e atesta que ele “goza de boa saúde física e mental”.

Ouvido em juízo, o apelado apresentou narrativa clara e coerente, respondeu com firmeza a todas as perguntas do Juiz presidente, e não demonstrou nenhum comportamento a indicar que se trata de pessoa incapaz de gerir sua vida civil.

Além disso, em que pese as testemunhas ouvidas em juízo tenham afirmado que o apelado, há muitos anos, possui o hábito de jogar baralho, tal fato, por si só, se mostra insuficiente para demonstrar que se trata de pessoa pródiga.

Dessa forma, não há nos autos comprovação suficiente de que referido hábito tenha ensejado a dissipação dos bens do recorrido. Inclusive, uma das testemunhas relatou que costuma jogar com o apelado, e afirmou que as apostas em cada partida de baralho giram em torno de R\$ 5,00, valor este que muito dificilmente ensinaria a venda de seus bens imóveis.

Como bem apontado pelo juízo *a quo*:

Com relação ao suposto vício em jogos de azar e dilapidação do patrimônio em razão disso, as partes requerentes não lograram êxito em sua comprovação. Conforme depoimento prestado pela testemunha [REDACTED] (mov. 116.3), os jogos são feitos no clube de idosos da comunidade e que o valor das apostas é em torno de R\$ 5,00 (cinco reais), valor ínfimo, não gerando, portanto, qualquer indício de necessidade de dilapidação de patrimônio para pagar as dívidas contraídas de jogos, conforme alegam os requerentes.

Quanto à suposta venda de bens pelo interditando, nenhuma das alegações dos recorrentes restou devidamente comprovada nos autos.

O que se infere é que o apelado pretende vender sua propriedade na área rural, a fim de que possa adquirir nova propriedade na zona urbana. Aliás, o preço de venda indicado é compatível com os valores de mercado, não havendo que se falar em “venda por valor ínfimo”.

Neste sentido, se manifestaram o Ministério Público em primeiro grau, e a Procuradoria-Geral de Justiça:

(...) É forçoso reconhecer que [REDACTED] não é indivíduo pródigo, trata-se de pessoa comum, exercendo seu amplo direito de compra e venda, já que não existem provas de dissipação do patrimônio, apenas de que [REDACTED] está vendendo sua terra por valor compatível ao de mercado, no intuito de comprar um imóvel localizado na zona urbana da cidade. Ademais, quanto ao suposto vício em jogos de cartas que [REDACTED] possui, o qual é o motivo pela dilapidação de patrimônio, tal afirmação não encontra-se comprovada, de acordo com o depoimento da testemunha [REDACTED] (mov. 116.3), que diz que [REDACTED] joga cartado no clube dos idosos, na comunidade em que moram, e que o valor das apostas gira em torno de R\$5,00, valor totalmente irrisório ao fim de ser necessário desfazer-se de bens imóveis para continuar com o vício, e quitar dívidas referentes aos jogos de baralho. Ademais, na declaração de mov. 129.2, aduz-se a real motivação dos herdeiros de [REDACTED]: a preocupação com o quinhão de herança deixado pelo genitor. Denota-se que a real aflição é de que [REDACTED] venda sua propriedade de maior valor a qual é agricultável, e deixe para seus herdeiros apenas a parte da terra inutilizável. (parecer de mov. 131.1/orig.) – Grifei.

(...) A curatela somente deve ser decretada ante a existência de provas conclusivas acerca da completa impossibilidade cognitiva e volitiva da pessoa interdita, não apenas quanto a execução de atos financeiros complexos, mas sim, igualmente, se for depreendida a manifesta incapacidade de conduzir as ações mais básicas da vida cotidiana. Dessarte, ratificamos os termos do decisum combatido, no tocante

ao indeferimento da decretação da curatela em face do interditando [REDACTED], frente a ausência de elementos ensejadores desta excepcional restrição de direitos. (parecer de mov. 23.1-TJ). – Grifei.

Caso semelhante já foi analisado por este Tribunal de Justiça:

DIREITO DE FAMÍLIA – APELAÇÃO CÍVEL **AÇÃO DE INTERDIÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO – PRODIGALIDADE NÃO COMPROVADA – INCAPACIDADE PARA ATOS DA VIDA CIVIL – INOCORRÊNCIA – INTERDITANDA OUVIDA EM AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO – DEMONSTRAÇÃO DE HIGIEDEZ EM SUA CAPACIDADE COGNITIVA, RESPONDENDO COM LUCIDEZ E PRONTIDÃO TODAS AS PERGUNTAS FORMULADAS** – EXISTÊNCIA DE PROBLEMAS TÍPICOS DA IDADE AVANÇADA – AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A INTERDIÇÃO E NOMEAÇÃO DE CURADOR – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 11ª Câmara Cível - 0007787- 65.2015.8.16.0024 - Almirante Tamandaré - Rel.: DESEMBARGADOR RUY MUGGIATI - J. 01.06.2020) – Grifei.

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação cível – Curatela do genitor por suposta prodigalidade – Indeferimento da inicial - Sentença de extinção sem resolução do mérito. Sentença mantida, nos termos do artigo 252 do RI deste eg. Tribunal de Justiça – **Ausência de mínimos elementos a evidenciar a prodigalidade, sequer juntando exames médicos ou psicológicos – Documentos colacionados pela apelante acerca da alienação de bens pelo apelado, que não indicam negociação a preço vil e, muito menos, que foram realizadas, não se sabendo, nem mesmo, qual o patrimônio total a apontar que estaria dilapidando seus bens** – Curatela deferida, somente, em casos excepcionais – Idade propecta (77 anos) que não autoriza a imposição da curatela – Apelado defendendo que tem plena capacidade mental, afirmando que não tem contato com a apelante, sua única filha, desde a separação da genitora ocorrida em 1998 - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1030273- 62.2020.8.26.0577; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 19/04/2022; Data de Registro: 20/04/2022) – Grifei.

É inadmissível, portanto, que o apelado seja tolhido de sua liberdade financeira e, consequentemente, de sua dignidade, sem que ao menos tenha sido suficientemente comprovado nos autos que há a necessidade de sua interdição.

Entender que o apelado – pessoa idosa - não possui discernimento para gerir seu patrimônio, tão somente porque possui um *hobby* – os jogos de baralho -, pode ser considerado *etarismo*, ou seja, discriminação por conta da idade avançada.

Este preconceito restringe a autodeterminação pessoal, corolário do direito fundamental à liberdade (art. 5º, inc. I, da Constituição Federal) e, consequentemente, favorece a exclusão social dessa parte da população, violando, por conseguinte, seus direitos humanos-fundamentais.

A propósito, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, no Parecer Consultivo OC-24

/2017, de 24 de novembro de 2017, no par. 88 afirma:

(...) um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias escolhas e convicções. Neste contexto, o princípio da autonomia da pessoa desempenha um papel fundamental, o que veda toda ação estatal que procure a instrumentalização da pessoa, isto é, que o converta em um meio para fins alheios às escolhas sobre sua própria vida, seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção. Desta forma, de acordo com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses.

Afinal, todo ser humano é igual perante a lei e deve ter direito à igual proteção contra qualquer forma, explícita ou simbólica, de discriminação – inclusive a etária – tanto na esfera pública quanto na privada.

Os idosos têm os mesmos direitos humanos que as demais pessoas, não se admitindo a discriminação, em razão da idade, com base em estereótipos e preconceitos, para que não se violem a dignidade e a igualdade inerente a todo ser humano.

Tal conclusão se extrai dos artigos 1º, inc. III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

III - a dignidade da pessoa humana

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).

No plano infraconstitucional, os artigos 2º e 4º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa) estabelecem, *in verbis*:

Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (...).

Art. 4º Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Também no plano internacional é possível lembrar, a título exemplificativo, os artigos 1º e 2.1. da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

No âmbito latino-americano, o respeito a igualdade dos direitos entre os seres humanos, independentemente de discriminações não-razoáveis, está previsto na Convenção Americana:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Ademais, consta da denominada Carta de São José sobre os direitos dos idosos de América Latina e Caribe:

Reafirmamos o compromisso expresso na Declaração de Brasília de não medir esforços para promover e **proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todas as pessoas idosas, de trabalhar na erradicação de todas as formas de discriminação** e violência e criar redes de proteção das pessoas idosas para tornar efetivos os seus direitos. – Grifei.

A título ilustrativo, registre-se que a Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas, na qual o Brasil é signatário, embora a Câmara dos Deputados ainda não tenha aprovado o Decreto Legislativo nº 863/2017, proíbe a discriminação por idade na senioridade:

Reafirmando a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a obrigação de eliminar todas as formas de discriminação, em particular a discriminação por motivos de idade;

Ressaltando que o idoso tem os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que as demais pessoas e que estes direitos, inclusive o de não ser submetido à discriminação baseada na idade nem a nenhum tipo de violência, emanam da dignidade e igualdade que são inerentes a todo ser humano;

Respalhando ativamente a incorporação da perspectiva de gênero em todas as políticas e programas dirigidos a tornar efetivos os direitos do idoso e destacando a necessidade de eliminar toda forma de discriminação;

Artigo 2º Definições - “Discriminação”: Qualquer distinção, exclusão ou restrição que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social, cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e privada.

Neste viés, diante das provas dos autos, é seguro que ao apelado não falta o discernimento. Ressalte-se, ainda, que a mera discordância dos filhos com relação à forma que o pai rege seus bens não pode ser causa de restrição – ainda que limitada – da capacidade, porquanto o pródigo é considerado relativamente incapaz.

Portanto, em que pese a irresignação dos apelantes, denota-se que não falta ao recorrido, genitor dos recorrentes, o discernimento necessário para gerir seu patrimônio, razão pela qual deve ser mantida a sentença prolatada pelo juízo *a quo*.

3. Dos honorários advocatícios da fase recursal

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu – v.g.: AgInt no EREsp 1.539.725/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, J. 19.10.2017, e EDcl no REsp 1.573.573, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Bellizze, J. 04.04.2017 – os requisitos legais para o arbitramento dos honorários advocatícios na fase recursal, pacificando serem cabíveis apenas quando o recurso não for conhecido (integralmente) ou não for provido, seja monocraticamente, seja pelo órgão colegiado competente.

Negado, na espécie, provimento ao recurso, é de rigor **majorar-se** a verba honorária de R\$1.000,00^[8] para R\$1.500,00 – conforme artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

4. Voto

Ante o exposto, **VOTO** pelo conhecimento e não provimento do recurso^[9].

III - DECISÃO:

Ante o exposto, acordam os Desembargadores da 12ª Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E NÃO-PROVIDO o recurso de , por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E NÃO-PROVIDO o recurso de ██████████, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E NÃO-PROVIDO o recurso de ██████████, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E NÃO-PROVIDO o recurso de ██████████, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO O RECURSO DE PARTE E NÃO-PROVIDO o recurso de ██████████.

O julgamento foi presidido pelo (a) Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins, com voto, e dele participaram Desembargador Eduardo Augusto Salomão Cambi (relator) e Desembargadora Substituta Sandra Regina Bittencourt Simões.

05 de julho de 2023

Desembargador Eduardo Cambi
Relator

[1] “Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.”

[2] “Art. 1.012. (...). § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição”.

[3] CC, Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Lei n. 13.146/2015 (EPD), Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[4] *Curso de Direito Civil. Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 915.

[5] *Direito das Famílias* [livro digital]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forens, 2021.

[6] *Código Civil Comentado*. 1ª ed. em e-book. Thomson Reuters, 2014.

[7] *Curso de Direito Civil. Famílias*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 334-335.

[8] “Em virtude da sucumbência, condeno a pessoa do autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios ao patrono da ré, que fixo no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) (art. 85, § 8º, CPC)” (mov. 136.1/orig.).

[9] Alerta-se para o fato de que oposições meramente protelatórias podem, hipoteticamente, autorizar condenação ao pagamento de multa (artigo 1.021, §4º, e artigo 1.026, §2º e 3º, do CPC).

No tocante aos embargos de declaração é válido destacar que: (i) obscuridade implica na dificuldade de compreender os termos da decisão, e não na concordância com o resultado do julgamento; (ii) a contradição que rende ensejo a embargos de declaração é aquela havida entre trechos da própria decisão embargada (contradição interna); (iii) segundo o STJ, o órgão julgador não é obrigado a rebater todos os argumentos das partes, mas apenas os que forem relevantes e imprescindíveis à resolução da causa (REsp 1697908/SE, Rel. Min. Herman Benjamin); (iv) para fins de prequestionamento, a doutrina e a Constituição Federal dispensam menção expressa ao número do ato normativo utilizado para embasar o acórdão (Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 283); (v) entende o STF que “embargos de declaração não se prestam a corrigir possíveis erros de julgamento” (MI 1311 AgR- ED, Rel. Min. Celso de Mello) nem a rediscussão do julgado (AgReg. nos EmbDecl. no RE com agravo nº 1.033.936/RJ, Rel. Min. Edson Fachin).



CATEGORIA 9

DIREITOS DOS MIGRANTES E REFUGIADOS

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 5000485-95.2022.4.04.7209

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – TRF4

DESEMBARGADORA CLAUDIA SCHLICHTA GIUSTI

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
2ª Vara Federal de Jaraguá do Sul

Travessa Ministro Luiz Gallotti, 60, Prédio - Bairro: Centro - CEP: 89253035
Fone: (47)3274-1065 - www.jfsc.jus.br - Email: scjar02@jfsc.jus.br

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº 5000485-95.2022.4.04.7209/SC

AUTOR: MOSE LOUIS

ADVOGADO: GIORDANI MICHEL KOERNER SCHIOCHET (OAB SC034802)

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

1. Relatório

Relatório dispensado nos termos do artigo 38 da Lei 9.099/95 c/c artigo 1º da Lei 10.259/01.

2. Fundamentação

1.1.1. Preliminarmente.

Ausência de interesse de agir.

Alega o INSS ausência de interesse de agir ao argumento de que a parte autora não apresentou documentos de identificação na via administrativa e deixou de cumprir a carta de exigências para regularização da documentação necessária à análise do mérito. Alega, ainda, a discrepância de documentação apresentada na via administrativa e na via judicial.

A preliminar se confunde com o mérito da demanda, e será analisada naquela seara.

1.2. Mérito.

A autora Mose Louis, representada pelo irmão Ednort Louis, pretende a concessão do benefício de pensão por morte em razão do falecimento de seu marido, Saiphete Jeune, ocorrido em 07/12/2018, desde o requerimento administrativo, realizado em 07/06/2019 (NB 21/196.030.281-4).

A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do *de cujus* e da condição de dependente de quem pede o benefício.

O óbito está comprovado pela certidão de óbito apresentada no processo administrativo (evento 1, PROCADM6, f. 12).

A qualidade de segurado do *de cujus* é incontroversa nos autos, uma vez que ele trabalhou na empresa Marfim Industria e Comércio Ferramentas Eireli no período de 12/03/2018 até 07/12/2018, data do óbito (evento 1, OUT15).

O benefício por pensão por morte foi negado pelo INSS, conforme a seguinte fundamentação:

“O requerente, é cônjuge do segurado conforme comprovou através de certidão de casamento traduzida, porém reside no estrangeiro e não tem documentos de identificação com foto. Emitimos carta (s) de exigência ao requerente para que apresentasse documentos, tais como passaporte ou identidade estrangeira, conforme fls.35, e com fundamento no artigo 19 § 5º do Decreto 3.048/99 e artigo 671 da IN 77/2015, a fim de efetuarmos uma análise precisa do direito, mas que não puderam ser trazidas pelo requerente, conforme justificativa apresentada, fls. 37”.

Para sanar os vícios apontados pela Autarquia Previdenciária e comprovar a qualidade de dependente do falecido, a autora apresentou a seguinte documentação:

Evento 1, PROC3:

- a) procuração pública de Mose Louis para Ednort Louis, datada de 19/08/2021;

Evento 1, DOC_IDENTIF4:

- b) cédula de identidade de estrangeiro em nome de Ednort Louis;

Evento 1, OUT9:

- c) cédula de identidade de estrangeiro em nome de Saiphete Jeune;

Evento 1, CTPS10:

- d) Carteira de Trabalho e Previdência Social de Saiphete Jeune;

Evento 1, CERTCAS11:

e) certidão de casamento religioso celebrado entre Saïphète Jeune e Mose Louis em 07 de julho de 1996, no Haiti, e tradução oficial realizada pela tradutora Mary Arguello Gonçalves;

Evento 1, CERTNASC12:

f) certidão de nascimento de Saïbendjy Jeune (DN: 12/08/2012), nascido em Saint-Michel de l'Attalaye, Haiti, e tradução oficial realizada pela Mary Arguello Gonçalves;

g) certidão de nascimento de Rosemica Jeune (DN: 03/02/2000), nascida em Marmont, Haiti, e tradução oficial realizada pela Mary Arguello Gonçalves;

Evento 1, OUT13:

h) carta de identificação nacional haitiana em nome de Mose Louis, nascida em 15/10/1974, em Artibonite - Saint Michel, Haiti;

Evento 1, CPF14:

i) CPF sob o número de 715.299.971-60 em nome de Mose Louis;

j) CPF sob o número de 715.300.081-07 em nome de Rosemica Jeune;

k) CPF sob o número de 715.300.041-01 em nome de Saibendjy Jeune.

No presente caso, tenho que a autora Mose Louis era casada com o falecido no período imediatamente anterior ao óbito, ou seja, comprovou a qualidade de dependente de Saïphète Jeune.

Verifica-se que a própria Autarquia Previdenciária concluiu que a autora era cônjuge do segurado *conforme comprovou através de certidão de casamento traduzida* (evento 1, PROCADM6, f. 47), no entanto, indeferiu o benefício porque aquela residia no estrangeiro e não teria juntado os documentos solicitados na carta de exigência, assim redigida: *“Apresentar Certidão de Casamento e de Nascimento dos dependentes registradas no Cartório de Registro de Títulos e Documentos; Apresentar passaporte ou documento de identidade dos dependentes que solicitam a pensão, uma vez que se faz necessária a inscrição dos mesmos no sistema CNIS”*.

Pois bem. O art. 675, § 2º, da IN 77-2015, assim dispõe:

As certidões de nascimento, casamento e óbito são dotadas de fé pública e o seu conteúdo não poderá ser questionado, nos termos dos arts. 217 e 1.604, ambos do Código Civil.

§ 1º Existindo indício de erro ou falsidade do documento, caberá ao INSS adotar as medidas necessárias para apurar o fato.

§ 2º Para produzir efeito perante o INSS, as certidões de nascimento, casamento e óbito de procedência estrangeira deverão ser legalizadas pela autoridade consular brasileira, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada em Cartório de Registro e Títulos e Documentos, sem prejuízo das disposições dos Acordos Internacionais de Previdência Social.

(...)

§ 4º A apresentação de certidão de casamento realizada no exterior sem os requisitos de validade previstos no § 2º não impede que a análise da condição de dependente prossiga com vistas ao reconhecimento de união estável, na forma do art. 135. (grifei)

Assim, para que a certidão de casamento realizado no exterior tenha validade no Brasil, ter-se-ia por correto, conforme requerido pelo INSS na via administrativa, o registro/transcrição do documento no Cartório de Registro Civil.

Embora não tenha sido suprida a exigência legal em relação à formalidade do documento, quanto à comprovação do casamento, nada impede que reste demonstrada a união estável, nos termos do § 4º do art. 675 da IN 77-2015 supra citada.

A declaração de testemunhas apresentadas no evento 64, aliados aos vídeos do evento 62, confirmam a existência da união entre a parte autora e o “de cujos”.

A testemunha Wilbert Exuma disse que conhece a parte autora do Haiti, pois a requerente morava na cidade de Saint Michel de l’Attalaye, perto do local de residência da testemunha; que seu marido faleceu no Brasil, na empresa Marfim, em que trabalhava; que ambos eram casados e que o de cujos veio ao Brasil para sustentar a família que ficou no Haiti (evento 62/VIDEO1).

A testemunha Dinot Exima disse que conheceu a parte autora e o de cujus do Haiti, da cidade de Saint Michel de l’Attalaye, que residia próximo ao casal; que conhece os três filhos da parte autora; que o marido da parte autora veio ao Brasil, ficando a família no Haiti; que eram casados e o falecido veio para trabalhar e sustentar a família; que depois que o de cujos veio ao Brasil permaneceu o casamento.

Ressalto, novamente, que o próprio INSS reconheceu na via administrativa que a autora era casada com o falecido, conforme comprovou através de certidão de casamento traduzida (evento 1, PROCADM6, f. 47), o que restou confirmado pela declaração das testemunhas. O casal possui 03 filhos em comum. A coabitação não é requisito para união estável, conforme conceito previsto no art. 1º, da Lei 9.278/96.

E ainda no que tange à regularidade da certidão de casamento realizado no exterior, tem-se que a própria legislação tem atenuado as formalidades legais, a exemplo da Portaria Interministerial n. 2, de 20 de dezembro de 2019, do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e do Ministro de Estado das Relações Exteriores, que dispõe sobre *“a concessão de visto temporário e de autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes na República do Haiti”*, que, em seu art. 7^a, autoriza que *“As certidões de nascimento e de casamento mencionadas no inciso III do art. 6º poderão ser aceitas independentemente de legalização e de tradução, desde que acompanhadas por declaração do requerente, sob as penas da lei, a respeito da autenticidade do documento”*.

Assim, nada obstante a exigência do INSS, os documentos de identificação apresentados não deixaram dúvidas acerca do relacionamento da autora com o *“de cujus”*, uma vez que foi apresentada certidão de casamento religioso celebrado no Haiti, em 07 de julho de 1996, com sua respectiva tradução oficial, encontrando-se a autora devidamente inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas.

Com relação à exigência de apresentação de outros documentos de identificação, ressalto que aqueles apresentados na via administrativa são suficientes para a inscrição dos dependentes no CNIS, conforme já concretizado pela Autarquia em relação à parte autora. Note-se que a requerente já foi inscrita no CNIS (evento 01/PROCADM6, fl. 40). Nesse cenário, afasta-se a alegação de ausência de interesse de agir da parte autora.

Dessa forma, na data do óbito de Saiphete Jeune, ocorrido em 07/12/2018, ele possuía a qualidade segurado e a demandante já mantinha com o falecido casamento há mais de dois anos, e já havia completado 44 (quarenta e quatro) anos de idade, fazendo jus ao benefício de pensão por morte vitalício, nos termos do art. 77, §2º, V, “c”, 6, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015.

Por tais razões, o INSS deverá conceder à autora o benefício de pensão por morte nº 21/196.030.281-4, desde o requerimento administrativo, em 07/06/2019, já que o requerimento administrativo se deu fora do prazo legal (art. 74, I, da Lei 8.213/91), devendo o benefício ser vitalício.

Para o dependente Saïbendjy Jeune o benefício será devido até completar 21 anos de idade (art. 77, §2º, II da Lei 8.213/91 - DCB em 12/08/2033).

A legislação previdenciária é clara e não aceita exceções acerca do rateio entre os dependentes referidos no inciso I do art. 16 da Lei 8.213/91.

A filha do falecido, Rosemica Jeune, como na data do óbito já havia completado 18 anos de idade, não está abrangida pela decisão aqui proferida, já que deverá efetuar pedido administrativo e, se for o caso, judicial, em nome próprio.

Por fim, no que diz respeito à impugnação do INSS quanto à impossibilidade de utilização de declaração de testemunhas, por escrito ou por vídeos, registro que, para além das declarações das testemunhas, foi juntado no processo certidão de casamento da autora com o falecido, devidamente traduzido, possuindo o casal 03 filhos em comum (21 anos de idade, 18 anos e 06 anos de idade, na data do óbito). O declarante do óbito, François Louis, informou naquela oportunidade que o “*de cujus*” era casado com a parte autora, constituindo provas materiais que convergem no sentido da existência da união estável. A prova testemunhal, escrita ou por vídeo, apenas confirmam a consistência da prova material produzida.

E não se pode desprezar a hipossuficiência da parte autora, processualmente, traduzida na dificuldade de produzir outras provas materiais para além das apresentadas, diante do falecimento do seu marido aqui no Brasil em 2018. É de conhecimento público e notório que desde janeiro de 2010 milhares de Haitianos têm recebido, aqui, acolhida humanitária, sendo comum que homens haitianos aportem no Brasil em busca de emprego. Não raro, as famílias, esposas e filhos, permanecem no Haiti aguardando a ajuda financeira, como na hipótese. Dada a ausência de coabitação, a distância entre os países e a situação financeira da família, a produção da prova material fica limitada.

Ainda no que tange à produção da prova, a dificuldade foi enfrentada também por este Juízo, que não obteve êxito em realizar a audiência para colheita da prova oral, por ausência de tradutor juramentado na língua nativa (crioulo).

Não obstante, como dito, as provas materiais apresentadas são favoráveis para a concessão do benefício.

Deverá o INSS informar como será procedido ao pagamento do benefício à parte autora, em razão de residir no Haiti. Ainda, deverá a Autarquia informar no processo como a demandante deverá realizar a comprovação de vida perante o INSS, já que residente no exterior. As informações deverão ser apresentadas em sede de cumprimento de sentença.

Como houve pedido administrativo e judicial para a concessão do benefício de pensão por morte ao dependente Saïbendjy Jeune, determino à Secretaria a sua inclusão no polo ativo da ação.

3. Dispositivo

Ante o exposto, ficam analisados os prequestionamentos feitos pelas partes quanto às normas constitucionais e legais aplicados à espécie, homologa-se eventual desistência expressa do valor excedente à competência do JEF (conforme IRDR 2 do TRF4) , acolhe-se eventual pedido de prescrição quinquenal e, no mérito, julgam-se **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos para, nos termos da fundamentação, condenar o INSS a:

- a) conceder conforme “dados para cumprimento”, o benefício de pensão por morte à Mose Louis, de forma vitalícia, desde o requerimento administrativo em 07/06/2019;
- b) conceder conforme “dados para cumprimento”, o benefício de pensão por morte ao dependente Saïbendjy Jeune, desde o requerimento administrativo em 07/06/2019, limitada aos 21 anos de idade (DCB em 12/08/2033);
- c) informar em sede de cumprimento de sentença: d.1) como será procedido ao pagamento do benefício à parte autora, em razão de residir no Haiti; d.2) como a demandante deverá realizar a comprovação de vida perante o INSS, já que residente no exterior.
- d) pagar os valores atrasados até a implantação do benefício pelo sistema de requisição do Juizado Especial Federal. O valor deve ser acrescido de todas as parcelas vencidas e não pagas administrativamente até a expedição da RPV, sendo devida a compensação do que tenha sido pago a título de outro benefício inacumulável no período. Os valores atrasados devidos serão apurados por meros cálculos aritméticos a partir do que trazido pelo INSS, segundo os seguintes critérios que determinam a liquidez da sentença: aplicação do decidido pelo C. STF em 20/09/2017, no RE 870947, tema 810, c/c o decidido pelo STJ no tema 905, resultando em atualização monetária pelo INPC e, a partir da citação, juros moratórios idênticos aos juros aplicados à caderneta de poupança, com incidência uma única vez (juros não capitalizados), conforme artigo 1º-F, da Lei n. 9.494/97, na redação da Lei n. 11.960/09, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 113/21 (em 09/12/2021), a partir de quando incidirá a Selic (art. 3º, EC 113/2021). A partir da expedição da RPV/ Precatório incidirão exclusivamente os índices de correção do Setor de Precatórios e Requisições do E. TRF da 4a Região, observada a decisão do STF no tema 96.

Devem os atrasados serem limitados a 60 salários-mínimos na data de ajuizamento da ação, calculado o limite de competência conforme decisão do TRF4 no IRDR 2.

Sem honorários e custas, nos termos do artigo 55, primeira parte, da Lei 9.099/1995 c.c. o artigo 1º da Lei 10.259/2001.

Defere-se eventual pedido de Justiça Gratuita, tendo em vista que o artigo 99,

§3º, do CPC confere o direito mediante simples afirmação de ausência de condições para custear o processo sem qualquer prova em contrário, o que é o caso dos autos, ressalvado o direito do réu previsto no artigo 100, do mesmo diploma legal.

Não é o caso de tutela provisória, questão que se analisa independente do pedido da parte, tendo em vista a possibilidade da concessão da tutela provisória de ofício nos Juizados Especiais Federais. Não estão presentes, no caso, os requisitos da tutela de evidência do artigo 311, do CPC ou da tutela de urgência, do artigo 300, do CPC. Isso porque, mesmo podendo ser invocada urgência pelo caráter alimentar do benefício, não se pode dizer que há probabilidade do direito pelo que consta da fundamentação. Trata-se apenas de análise jurídica e de prova que está sujeita ao crivo recursal e pode ser alterada ainda nas vias ordinária. Ausentes elementos que indiquem urgência maior a justificar razoabilidade em justificar o risco de não se aguardar o encerramento das vias ordinárias na análise da prova para iniciar o pagamento do benefício.

Determino à Secretaria a inclusão do dependente Saibendjy Jeune no polo ativo da ação.

Após o trânsito em julgado deverá o INSS tornar definitiva a implantação do benefício independentemente de nova comunicação judicial.

Intimem-se. Sentença publicada e registrada eletronicamente.

Após o trânsito em julgado, com o retorno dos autos, providencie a Secretaria a intimação do INSS para fins de implantação do benefício e obtenção dos elementos de cálculo, com planilha dos valores atrasados e, após, faça as devidas intimações à parte autora para que promova a execução dos atrasados que entender devidos.

DADOS PARA CUMPRIMENTO:

(X) IMPLANTAÇÃO (X) CONCESSÃO () REVISÃO () RESTABELECIMENTO	
NB	196.030.281-4
ESPÉCIE	21
DIB	07/06/2019 (DER)
DIP	01/09/2023
DCB	Mose Louis: morte do beneficiário. Saibendjy Jeune: 12/08/2033
RMI	a ser apurada pelo INSS.

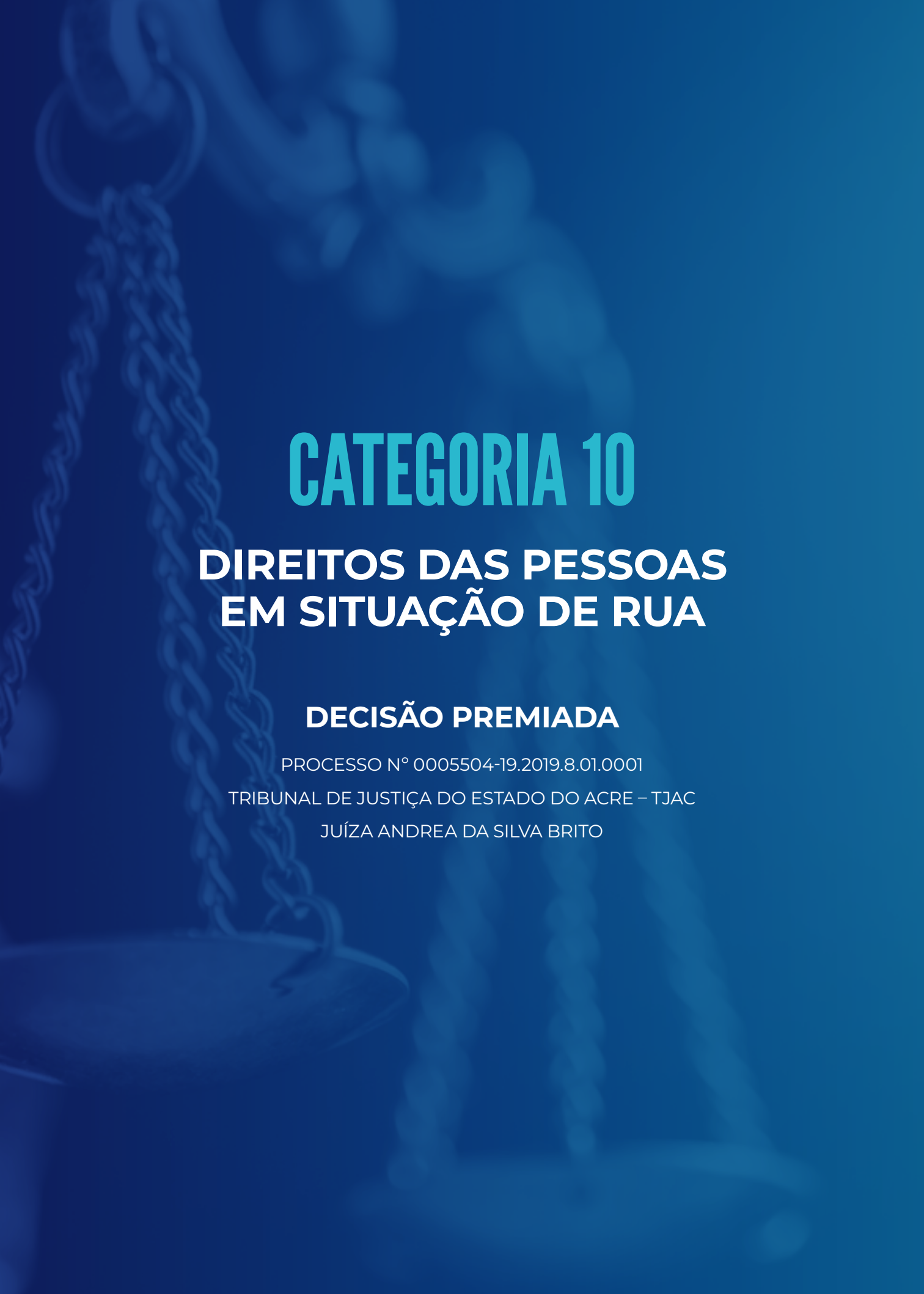
Demais dados da Recomendação Conjunta n. 04-CNJ/CJF, quando necessários, encontram-se tabulados na capa do processo eletrônico, bastando clicar sobre o nome da parte para visualizá-los.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CLAUDIA SCHLICHTA GIUSTI

Data e Hora: 6/9/2023, às 14:26:34

5000485-95.2022.4.04.7209



CATEGORIA 10

DIREITOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0005504-19.2019.8.01.0001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE – TJAC

JUÍZA ANDREA DA SILVA BRITO

PODER JUDICIÁRIO
TJAC - RIO BRANCO
TJAC - VARA DE EXECUÇÃO PENAL DE RIO BRANCO - MEIO SEMIABERTO - SEEU

Rua Paulo Lemos de Moura Leite, 878 - Fórum Criminal (Cidade de Justiça) -
Portal da Amazônia - Rio Branco/AC - CEP: 69.915-777

Autos nº. 0005504-19.2019.8.01.0001

Processo: 0005504-19.2019.8.01.0001
Classe Processual: Execução da Pena
Assunto Principal: Pena Privativa de Liberdade
Data da Infração: Data da infração não informada
Polo Ativo(s): Estado do Acre
Polo Passivo(s): Michelly da Silva Sales (registrado(a) civilmente como Antonio Jailson da Silva Sales)

DECISÃO

Trata-se de execução penal da Reeducanda **Michelly da Silva Sales** - mulher trans - que cumpre pena de reclusão em regime semiaberto nesta Especializada.

Analizando os autos, verifico foram anexados os relatórios técnicos de seq. 165.1 e 185.1, dando conta da situação de extrema vulnerabilidade e sofrimento de Michelly, que possui alto grau de dependência de álcool e outras drogas, bem como o reconhecimento de gênero, e problemas graves de saúde.

Realizada audiência de justificação no dia 21.10.2022, o Ministério Público manifestou-se pela manutenção do regime semiaberto sem o uso de monitoramento eletrônico. A Defesa manifestou-se no mesmo sentido que o *Parquet*.

Breve relato. Decido.

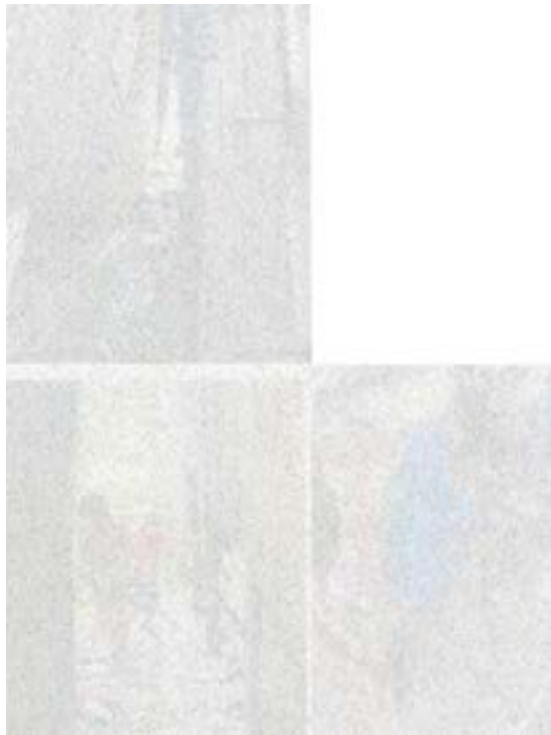
Trata-se de execução penal da Cumpridora Michelly da Silva Sales, que atualmente, cumpre pena de reclusão em regime semiaberto nesta Especializada. Possui 02 (duas) condenações, por crimes cometidos nos anos de 2012 e 2019, cuja soma totaliza 11 anos e 02 meses de reclusão, restando 07 anos, 01 mês e 20 dia de pena a cumprir.

O relatório merece ser transcrito em sua íntegra nesta decisão porque reflete o cenário de realidade pelo qual a fundamentação da decisão judicial deve estar pautada. Vejamos:

“...

“Michelly da Silva Sales, mulher travesti, cumprindo pena no semiaberto com monitoração eletrônica. Ocorre que a mesma assim como relatado em relatórios anteriormente, vem sendo acompanhada por esta equipe, em virtude a sua situação de vulnerabilidade e sofrimento vivenciado em relação a dependência de álcool e outras drogas, bem como, o reconhecimento de gênero. O seu primeiro contato com a equipe multidisciplinar da UMEP se deu em virtude da instalação do equipamento monitoração eletrônica, onde foi feito o primeiro ato de acolhimento por esta equipe, posteriormente a mesma compareceu a esta unidade afim de buscar atendimento técnico, pois de acordo com o seu relato foi expulsa do local onde residia, em virtude das guerras entre as facções que se encontra o Estado do Acre.

Decorrente esta situação, está residindo nas ruas, localidade próximo ao Mercado Central de Rio Branco. Sendo assim, realizou-se no dia 22 de setembro de 2022, visita in-loco pelas proximidades de onde a monitorada está residindo, fazendo-se necessário a confecção deste documento para informar o respectivo juízo acerca dos fatos. Nesta foi possível constatar a situação de intensa vulnerabilidade social que a mesma se encontra. No dia 18 de Outubro fomos informados pelo Grupo de Whatsapp, que foi criado para comunicação da Rede de Atendimento ao Caso da Michelly, que a mesma estava na comunidade terapêutica Caminho de Luz. Fato que motivou a nossa visita ao local para averiguar a situação. Após a referida visita constatou-se que não era possível a permanência dela naquele local. Então a levamos de volta ao quartinho onde reside em baixo de um bar nas proximidades do Mercado Central. No dia 21 de outubro, esta equipe foi buscar Michelly para participar de audiência de justificativa. Na ocasião nos deparamos com a sua fadiga situação de saúde em precariedade extrema, então a conduzimos ao Pronto atendimento da Unidade de Urgência e Emergência de Rio Branco. Dia 25 de outubro teve alta hospitalar e atualmente encontra-se no Mercado Elias Mansuor. Motivos estes, que motivou a confecção deste novo relatório.





Embora tenha se esforçado e manifestado interesse em seguir todos os encaminhamentos necessários realizados por esta equipe, é visível que a efetividade desses serviços tornou-se impossibilitado por fatores de ordem ética, social, política e antropológica. É um caso extremamente delicado, por envolver questões de gênero, de raça e cor, situação de pobreza extrema, vulnerabilidade de saúde física e mental. Para tanto, faz-se necessário uma ação conjunta de toda a rede de proteção social, a fim de viabilizar os melhores encaminhamentos a serem seguidos.

Faço referência aqui ao artigo de Isaura Caroline Abrentes Silva: Gestalt-Terapia e a população em situação de Rua: Corpos, Violências e Re-Existências:

“Meritocracia-culpabilização-individualismo formam a tríade da nova razão-mundo, exigindo ao sujeito neoliberal a superação contínua de seus esforços em prol da riqueza sócio-econômica. Sucesso e fracasso são de responsabilidade unicamente individual, em um jogo de premiação baseado no mérito, incidindo sobre uma culpa dirigida aquelas que não logram êxitos em metas financeiras.” (DARTO-T; LAVAL, 2016)”

O que quero me referir aqui é ao cuidado que precisamos ter ao não tornar essa pessoa, em extrema vulnerabilidade, o único culpado pela não efetivação das políticas sociais em sua vida. Não podemos nunca nos esquecermos das condições ininterruptas que levaram esta pessoa a esta condição. Precisamos reaver o nosso cuidado enquanto cuidadores a todo o instante a todo momento. Michelly tem resistido, ao mesmo tempo que tem pedido ajuda e socorro, no entanto as nuances da qual está inserida tem sido uma problemática bem evidente. Precisamos repensar as nossas formas de cuidado, pois este não se deriva a partir das nossas percepções e vivências, mas sim, a partir das vivências do outro em questão.

No caso em questão precisamos nos atentar ao fato que Michelly está diagnosticada com uma doença sexualmente transmissível bem complexa que é a Sífilis. Michelly precisa receber o tratamento adequado a esta no Hospital de Urgência e Emergência de Rio Branco, pelos médicos do referido hospital. Desta forma os médicos clínicos e especialistas prescreveram medicações condizentes ao seu caso. No entanto, no momento em que Michelly recusa-se as ofertas direcionadas pela rede naquele momento, que seria o acompanhamento do centro de apoio psicossocial e posterior permanência na casa de Passagem Rhuama, e retorna para as ruas, todo o tratamento retorna para estaca zero.

A principal preocupação hoje em relação ao cuidado com Michelly é a sua condição de saúde física, a qual não está estável e que requer muitos cuidados. Sabemos das dificuldades enfrentadas por toda a rede de atenção psicossocial, pois são inúmeras. Porém, no momento, proponho uma reflexão um pouco mais humanizadas dos fatos. Sugiro que possamos olhar para todo esse acompanhamento com um olhar ético diferente do qual estamos acostumados, mas, com um olhar ético de cuidado verdadeiramente. Que possamos repensar os nossos conceitos de encaminhamento e de acolhimento. Acompanhar é muito mais do que se fazer presente em qualquer situação, diz respeito a estar junto, em viver momentos de qualidade que oportunizem um pensamento reflexivo a quem o recebem.

Nos últimos dias Michelly recebeu o atendimento que necessitava no Hospital de Urgência e Emergência de Rio Branco, com muita luta e determinação, porém, em diversos momentos foram identificadas falhas, nossa, enquanto Estado, que precisam ser repensadas. Precisamos repensar a forma como as políticas tem sido efetuadas.

....

De acordo com as informações mencionadas acima, sugerimos que seja intensificado o cuidado no tocante a saúde de Michelly se fazendo valer o que a política nos diz em relação a atuação do Centro de Apoio Psicossocial bem como ao consultório de Rua, de acordo com a portaria PORTARIA N° 122, DE 25 DE JANEIRO DE 2011 QUE Define as diretrizes de organização e funcionamento das Equipes de Consultório na Rua.

Por fim, sugerimos a desinstalação da tornozeleira eletrônica, baseadas nas resoluções 412 e 425 do Conselho Nacional de Justiça, bem como, a responsabilização técnica do fazer profissional de cada órgão relacionado a Política de Atenção e Proteção Social, em conformidade com a portaria 3088 e 122 mencionada anteriormente.

Assistente Social do Núcleo Social da UMEP

CRESSIAC 0515

Assistente Social e Coordenadora

do Multiprofissional da UMEP"

Segundo pesquisado Banco Mundial, o Brasil figura em 2º lugar no ranking da desigualdade. No país, o 1% dos mais ricos concentra 28,3% da renda total do país, perdendo apenas para o Catar (29%), sendo campeão latino-americano, segundo relatório de Desenvolvimento Humano de 2019, intitulado "Além da renda, além das médias, além de hoje: desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI", do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud).¹

No ranking mundial que mede o índice de desenvolvimento humano, o Brasil ocupa a 849 posição. Esses dados são de especial relevo para políticas judiciárias, os quais interferem diretamente no acesso à justiça (ZANONI, 2021).

Conforme estudo da FGV, “desde o fim de 2014 até o 2º trimestre de 2019, a renda dos 50% mais pobres da população caiu 17% e a dos 1% mais ricos cresceu 10%”. Dito de outro modo, em 2019, “a parcela dos 10% com os menores rendimentos da população detinha 0,8% dessa massa, enquanto os 10% com os maiores rendimentos detinham 42,9%”, o que leva a conclusão de que a desigualdade social no país vem aumentando.

A jurisdição criminal, nunca distante das desigualdades sociais, requer um olhar atento da magistratura para a identificação de vulnerabilidades, com direcionamento às políticas sociais e decisões justas e proporcionais. Diante de uma incompletude institucional, esses esforços somente se tornam possíveis por meio de uma atuação do Poder Judiciário em cooperação com órgãos e instituições do Poder Executivo e da sociedade civil.

Da análise dos autos, chama atenção o fato que de Michelly cumpre pena desde o ano de 2012, quando se deu sua primeira prisão, e desde então, passados mais de dez anos, tem vivido uma verdadeira peregrinação, morando entre os ruas e o presídio, hoje, em uso de tornozeleira eletrônica, conforme se vê do Relatório da Situação Processual Executória.

Considerando também que em muitas circunstâncias, **as pessoas monitoradas eletronicamente** apresentam-se em precárias condições de saúde física e mental; desnutridas e sem acesso a alimentação adequada; **vivendo em situação de rua** e desprovidas de seus documentos; e sem acesso a meios lícitos de geração de renda, isto é, à margem da vivência dos direitos mais elementares de que são portadores todos os seres humanos, a **Resolução nº 412 de 23/08/2021 do Conselho Nacional de Justiça** estabelece diretrizes e procedimentos para a aplicação e o acompanhamento da medida de **monitoramento eletrônico de pessoas** e, em seu artigo 8º, destaca que:

“Art. 8º A medida de monitoramento eletrônico buscará assegurar a realização de atividades que contribuam para a inserção social da pessoa monitorada, especialmente:

I – estudo e trabalho, incluindo a busca ativa, o trabalho informal e o que exige deslocamentos

;

II – atenção à saúde e aquisição regular de itens necessários à subsistência;

III – atividades relacionadas ao cuidado com filhos e familiares;

IV – comparecimento a atividades religiosas.

Parágrafo único. Será priorizada a adoção de medidas distintas do monitoramento eletrônico, em conjunto com o encaminhamento voluntário à rede de proteção social, nos casos em que:

I – as circunstâncias socioeconômicas da pessoa investigada, ré ou condenada inviabilizem o adequado funcionamento do equipamento, tais como:

a) quando se tratar de pessoa em situação de rua; e

b) quando se tratar de pessoa que reside em moradia sem fornecimento regular de energia elétrica ou com cobertura limitada ou instável quanto à tecnologia utilizada pelo equipamento;

II – as condições da pessoa investigada, ré ou condenada tornarem excepcionalmente gravosa a medida, devido a dificuldades de locomoção, condições físicas ou necessidade de prestação de cuidados a terceiros, tais como:

a) quando se tratar de pessoas idosas;

b) quando se tratar de pessoas com deficiência;

c) quando se tratar de pessoas com doença grave; e

d) quando se tratar de gestante, lactante, mãe ou pessoa responsável por criança de até 12 (doze) anos ou por pessoa com deficiência.

III – as circunstâncias da pessoa investigada, ré ou condenada prejudiquem o cumprimento da medida, em razão de questões culturais, dificuldade de compreensão sobre o funcionamento do equipamento ou sobre as condições eventualmente impostas, tais como:

a) condição de saúde mental;

b) uso abusivo de álcool ou outras drogas; e

c) quando se tratar de pessoas indígenas ou integrantes de comunidades tradicionais.”(grifei)

Ainda, tendo em conta que **a execução penal no Brasil é marcada pela seletividade penal**, isto é, na história do nosso país a lei penal puniu, com mais vigor e preferencialmente, o indígena, o negro cativo e o “natural” do Brasil, depois o escravo liberto, posteriormente o pobre “vadio e ocioso” dos meios urbanos e atualmente os desempregados, os moradores das favelas, as populações em situação de rua, os dependentes químicos e outros segmentos que não encontram lugar no mercado de trabalho, **o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição responsável por liderar o processo de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro e também de buscar a constante adequação do serviço judiciário às necessidades surgidas com a evolução da sociedade – na perspectiva de torná-lo mais célere, humano, justo e igualitário, instituiu a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades por meio da Resolução de nº 425 de 08/10/ 2021, que assim determina:**

“Art. 10. Caso sejam identificadas, em processo judicial, pessoas em situação de rua, inclusive no caso de crianças e adolescentes, que façam uso problemático de álcool e outras drogas ou que apresentem outras questões de saúde mental como sofrimento ou transtorno mental, o magistrado deverá determinar seu encaminhamento à Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos das Leis no 10.216/01 e 8.069/90.

Art. 13. Nos processos e atendimentos às pessoas em situação de rua em que forem identificadas demandas sensíveis ou repetitivas, o juízo poderá intimar o Ministério Público e/ ou a Defensoria Pública com vistas ao exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos desse grupo social em situação de vulnerabilidade, na forma da intervenção institucional mais adequada ao caso apresentado.

Art. 18. Recomenda-se especial atenção às demandas das pessoas em situação de rua, com vistas a assegurar a inclusão social delas, observando-se a principiologia e a medidas de proteção de direitos previstas nesta Resolução.

Art. 19. Observar-se-á, quando da determinação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, aquela que melhor se adequa à realidade da pessoa em situação de rua, em especial quanto à sua hipossuficiência, proporcionalidade da medida diante do contexto e trajetória de vida, além da possibilidade de cumprimento, evitando-se a aplicação de múltiplas medidas cautelares concomitantemente, para garantir que alcancem a sua finalidade.

§ 2º No caso de prisão domiciliar e/ou saídas temporárias, o Juízo oficiará o órgão de assistência social municipal e estadual local, com antecedência, para que assegure abrigo digno para que a pessoa possa em situação de rua possa usufruir desses direitos.

Art. 20. Na aplicação de medidas penais alternativas às pessoas em situação de rua, os magistrados deverão, preferencialmente, optar por aquelas capazes de serem efetivamente cumpridas pelo apenado, priorizando a prestação de serviços nas entidades que promovam a proteção social.

Art. 21. O juízo zelar para que seja observado o direito à privacidade e respeito ao espaço de vivência das pessoas em situação de rua em serviço de acolhimento ou em assentamentos precários, quando da valoração da legalidade da prisão efetuada.

Art. 22. Para os fins de atendimento ao caráter de proteção social das penas e medidas penais, os tribunais poderão estabelecer estratégias, ações e políticas com a rede de articulação local de referência para acolhimento e atendimento às pessoas em situação de rua.

§ 1º A adesão aos serviços da rede de proteção social terá caráter voluntário.

§ 2º Os tribunais, por intermédio das unidades jurisdicionais ou pelos Serviços de Acompanhamento das Alternativas Penais, deverão criar e manter atualizados cadastros com organizações sociais e governamentais para cumprimento de penas alternativas e encaminhamentos no âmbito da proteção social que atendam às peculiaridades das pessoas em situação de rua.

Art. 23. Recomenda-se que com a extinção da pena sejam comunicados, com urgência, os Tribunais Regionais Eleitorais e Institutos de Identificação acerca da extinção da medida ou pena imposta.

Art. 25. Será priorizada a adoção de medidas distintas da monitoração eletrônica para pessoas em situação de rua.

Parágrafo único. No caso de fixação de monitoração eletrônica, o juízo deverá, em conjunto com a rede de proteção social, indicar local de fácil acesso à energia elétrica, para carregamento da bateria do dispositivo eletrônico, inclusive no período noturno, assegurando que o ônus da não garantia do direito à moradia não recaia sobre o sujeito ou família em situação de rua.

Art. 26. Nos casos em que for concedida prisão domiciliar e a pessoa declare não possuir residência, deve-se indagar sobre o interesse em acolhimento institucional e, caso exista, deve-se realizar o encaminhamento para a rede local de acolhimento às

peças em situação de rua, a fim de se evitar a privação de liberdade em decorrência da ausência de moradia.

Art. 27. O juízo zelará para que seja ofertado encaminhamento a serviço de atenção à pessoa egressa ou, na ausência deste, a outros serviços da rede de Proteção Social, observando-se o caráter voluntário do encaminhamento, em conformidade com os termos da Resolução CNJ no 307/2019."

Não considero que o fato da Cumpridora está em situação de rua seja decisivo na regressão do regime de cumprimento da pena, pelo contrário, visto se tratar de medida desproporcional e que, de certa forma, viola o princípio da igualdade, o qual busca uma seletividade indireta com o to de garantir um tratamento igual ou desigual, a depender do caso, garantindo a uniformidade no atendimento e na análise de cada caso.

A Cumpridora tem interesse em realizar o tratamento de dependência química, conforme afirmado na audiência de justificação e retratado nos relatórios sociais, ainda que, por vezes, não aceite o fluxo das políticas apresentados pela equipe multidisciplinar.

A viabilidade do cumprimento da pena pela reeducanda em acompanhamento junto à Rede de Atenção Psicossocial é uma necessidade que desponta do cenário de realidade revelado pela equipe multidisciplinar da Unidade de Monitoração Eletrônica - UMEP e está pautada no direito a saúde, preconizado nos arts. 196 da CF e art. 11, inc. II da Lei nº. 7.210/84.

Nesta ocasião, tem-se que as peculiaridades autorizam a excepcionalidade da medida, pois, como visto, restou cabalmente comprovada a necessidade de a apenada em receber assistência devida, pois portador de severa dependência química, e de doenças graves sendo este o motivo dos descumprimentos, como se vê dos registros fotográficos e relato da Assistente Social e Psicóloga.

Veja-se que, no caso em apreço, **o tratamento para dependência química e encaminhamentos sociais serão os fundamentos/formas de proporcionar à Cumpridora sua ressocialização e a consequente reinserção ao convívio social** visto a situação de intensa vulnerabilidade em que vive.

A lei deixa bem claro que é pressuposto da ressocialização do condenado a sua individualização, a fim de que possa ser dado a ele o tratamento penal adequado. E mantendo a apenada frise-se, nesta situação em específico, exposta a superlotação das unidades prisionais por certo, comprometeria o processo ressocializador e, consequentemente, tornaria praticamente impossível ministrar um tratamento individual adequado. Daí a imprescindibilidade da medida, que se amolda perfeitamente ao que determina a Resolução 425 do CNJ, acima citada.

Vale ainda destacar que, neste contexto, não há como vedar, outrossim, o aproveitamento do período de internação como efetivo cumprimento de pena (quando viabilizada), já que se busca dar efetividade da lei, cujo objetivo é a ressocialização do preso.

Nesse sentido é, aliás, o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO CONTRA DEPENDÊNCIA QUÍMICA EM CLÍNICA PARTICULAR. POSSIBILIDADE, DIANTE DA EXCEPCIONALIDADE DO CASO. OS AUTOS VIERAM CONCLUSOS A ESTA RELATORA QUANDO O AGRAVADO JÁ SE ENCONTRAVA INTERNADO, HÁ MAIS DE TRÊS MESES, SEM NOTÍCIA DO ACONTECIMENTO DE QUALQUER INTERCORRÊNCIA DURANTE ESTE PERÍODO, NÃO SE MOSTRANDO JUSTO INTERROMPER O TRATAMENTO, NESTE MOMENTO, QUANDO JÁ COMPLETOU QUASE METADE DO PERÍODO NECESSÁRIO PARA SUA DESINTOXICAÇÃO. TEMPO DE INTERNAÇÃO COMPUTADO COMO PERÍODO DE PENA CUMPRIDA. POSSIBILIDADE. O PERÍODO DA INTERNAÇÃO É DE SER COMPUTADO COMO TEMPO DE PENA CUMPRIDA, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO PENAL, O QUAL PREVÊ A POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO DE AGRAVADO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO OU, A SUA FALTA, A OUTRO ESTABELECIMENTO ADEQUADO. NO PRESENTE CASO, O AGRAVADO ESTÁ INTERNADO EM CLÍNICA DE REABILITAÇÃO PARA DEPENDENTES QUÍMICOS PARA TRATAR SUA DEPENDÊNCIA. AGRAVO EM EXECUÇÃO DESPROVIDO (AGRA VO N 70039474622, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ISABEL DE BORBA LUCAS, JULGADO EM 01/12/2010).

*AGRAVO EM EXECUÇÃO. APENADO DEPENDENTE QUÍMICO. TRATAMENTO EM CLÍNICA PARTICULAR. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. DESNECESSIDADE. A CIRCUNSTÂNCIA DE ESTAR SE SUBMETENDO A TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E FAZENDO USO DE MEDICAMENTOS ESPECÍFICOS NA LUTA CONTRA A DROGADIÇÃO, NÃO IMPLICA NO RECONHECIMENTO DE QUE O APENADO APRESENTA DOENÇA MENTAL CAPAZ DE AFASTAR A IMPUTABILIDADE PENAL. INEXISTÊNCIA DE DUVIDA ACERCA DA HIGIEZ MENTAL DO AGRAVADO QUE TORNA A DESNECESSÁRIA A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. SUSPENSÃO DA PENA. **TEMPO DE INTERNAÇÃO. COMPUTO COMO PENA CUMPRIDA. O COMPUTO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO COMO PENA CUMPRIDA ENCONTRA RESPALDO NO ART. 41 DO CP, MOSTRANDO-SE INCABÍVEL, PORTANTO, A SUSPENSÃO DA PENA, BEM COMO DO CURSO DA PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA.** AGRAVO DESPROVIDO (AGRAVO N 70048291488, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DANUBIO EDON FRANCO, JULGADO EM 09/05/2012).*

A ser assim, **defiro o pedido** para autorizar que a cumpridora se submeta a tratamento para drogadição junto à Rede de Atenção Psicossocial a ser indicada pela Equipe Técnica da UMEP.

Ante o exposto, com fulcro nas Resoluções 412 e 425 do CNJ, **ACOLHO a justificativa apresentada pela cumpridora** e, por via de consequência **mantenho o Regime Semiaberto SEM o uso de monitoração eletrônica** para o resgate da reprimenda, até integral cumprimento do tratamento

Estabeleço as seguintes condições: 1- Submeter-se ao tratamento contra a dependência química e/ou redução de danos;

Por fim, no âmbito da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas do Poder Judiciário do Estado do Acre, visando assegurar atendimento especializado à pessoa em situação de rua, considerando-a como sujeito integral, a partir do reconhecimento como um sujeito de direitos com dimensões integrais, tais como aspectos psíquicos, físicos e sociais, como componentes indissociáveis e interdependentes, diferenças culturais e visando a superação das barreiras, **DETERMINO**:

- a) a todos os servidores da VEPMA, que promovam a identificação dos processos judiciais e procedimentos extrajudiciais em que sejam parte ou tenham interesse jurídico as pessoas em situação de rua, nos termos do art. 8º, III da resolução 425 do CNJ e da Portaria n. 2/2022 da VEPMA.
- b) A confecção de relatórios que possam fortalecer a construção da trajetória e ofertar caminhos em Rede (CENTRO POP, DONA ELZA, CAPS AD, apenas para citar alguns), para o acompanhamento do cumprimento de pena e proteção social;
- c) Oficie-se a Equipe da UMEP para promover as orientações e esclarecimentos necessários ao cumprimento das obrigações, bem como que promova, em até 72 horas do recebimento, sua apresentação junto ao CAPS AD ou congênere para avaliação médica e psicossocial quanto a sua saúde, possibilidade de acolhimento 24hs e construção de PTS;
- d) Desde já, fica determinado a equipe multidisciplinar da UMEP relatório de acompanhamento para o prazo de 30 dias, devendo, elaborar e implementar Plano de Acompanhamento Individual, objetivando que o cumpridor tenha acesso às políticas públicas de saúde, educação, moradia, dentre outras, ante às vulnerabilidades colhidas, com envio de relatório bimestral ao juízo.
- e) Oficie-se à Defensoria Pública do Estado por seu Núcleo de Direitos Humanos para conhecimento e providências quanto aos acessos as políticas de proteção e cidadania por meio da atenção a egressos e inserção positiva à cumpridora pessoa em situação de rua noticiados nos **relatórios**.
- f) Oficie-se a Secretaria de Estado de Saúde e a Secretaria de Estado de Segurança Pública, Secretaria de Saúde do Município de Rio Branco - SEMSA, Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Município de Rio Branco - SASDH, na pessoa de seus representantes legais para conhecimento dessa decisão, bem como para promoção do fortalecimento da rede de proteção às pessoas em situação de rua e e à política de acolhimento para a cumpridora Michelly.

g) Oficie-se ao NATERA - MPAC para conhecimento desta decisão e providências que entender para acesso às políticas de proteção.

Expeça-se Alvará de Soltura do Regime Semiaberto Harmonizado SEM o uso de torno-zeleira, colocando a Cumpridora em liberdade para este processo.

Cientifique-se o Ministério Público e a Defesa. Cumpra-se com urgência.

Rio Branco, 26 de outubro de 2022.

Andréa da Silva Brito
Juíza de Direito

CATEGORIA 11

DIREITOS DOS TRABALHADORES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE E COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0000544-43.2021.5.08.0118

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO

JUIZ OTÁVIO BRUNO DA SILVA FERREIRA

PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE REDENÇÃO

ACPCiv 0000544-43.2021.5.08.0118

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E OUTROS (1)

RÉU: MARCELO TIAGO BARROS

SENTENÇA DE CONHECIMENTO

1. RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e DEFENSORIA PÚBLICA DA

UNIÃO ajuizaram a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA em face de MARCELO TIAGO BARROS, na qual postularam as parcelas elencadas na inicial. Juntaram documentos.

Pleitearam a concessão de tutela de urgência, a qual foi deferida nos termos da decisão de id. d00de49.

Em audiência, em face da ausência da parte reclamada, ficou prejudicada a primeira proposta conciliatória.

Em face da ausência de contestação e da presença da parte reclamada, o juízo aplicou-lhe a revelia e a confissão quanto à matéria de fato, nos termos do art. 844 da CLT.

Não havendo mais provas a serem produzidas, o Juízo declarou encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas pela parte autora. Prejudicada a segunda proposta conciliatória. Feito o relatório, passo a decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

A presente ação apresenta pretensão relacionada a direitos difusos, individuais homogêneos, coletivos e também meramente individuais. Por essa razão, como bem delineado na peça de ingresso, entendo pertinente esclarecer a legitimidade dos autores da ação.

A legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, por intermédio de Ação Civil Pública, é matéria amplamente pacificada em nossos Tribunais, inclusive na seara do Tribunal Superior do Trabalho.

A Constituição Federal define, em seu art. 127, as atribuições do Ministério Público Federal como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ainda, em relação às suas funções institucionais, quanto às ações coletivas, o art. 129 da Carta Magna dispõe que cabe ao Ministério Público “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”.

No mesmo sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93), nos arts. 83, inc. III e 84, inc. II, dispõe que incumbe ao Ministério Público do Trabalho, junto aos órgãos da Justiça do Trabalho, defender os interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, podendo, para tanto, instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, para assegurar a observância desses direitos.

A expressão “direitos coletivos”, nesse caso, deve ser entendida no sentido lato, pois a Lei nº 7.347/85, em seu artigo 21, fez menção expressa à aplicação da Lei nº 8.078/90, a qual, por sua vez, define os referidos interesses coletivos no parágrafo único, do art. 81. Assim, os direitos coletivos mencionados pelo legislador traduzem um gênero, que inclui os direitos coletivos stricto sensu, os direitos difusos, e os direitos individuais homogêneos, conceituados precisamente pelo art. 81, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

No caso dos autos, não há dúvidas de que se tratam de direitos metarindividuais, homogêneos e difusos, enquadrando-se na acepção ampla do termo, uma vez que os requerentes apontam a violação de direitos relacionados à segurança no ambiente de trabalho, bem como direitos coletivos stricto sensu consistentes naqueles interesses titularizados pelos empregados flagrados em condições análogas a de escravo (CP. Art. 149). Apontam ainda a existência de direitos difusos, vez que pessoas indeterminadas – eventuais empregados a serem contratados, bem como a própria sociedade – tiveram seus interesses violados, eis que se espera que toda e qualquer atividade econômica opere em condições de igualdade no mercado, atendendo as regras protetivas, coibindo-se a concorrência desleal e o *dumping* social.

Em face da existência de violação de direitos sociais/coletivos, há legitimidade do MPT para defender referidos direitos.

Da mesma forma, a Defensoria Pública da União tem legitimidade para compor a lide em seu polo ativo, com fundamento na proteção dos interesses da parcela da população que se encontra em alguma situação de fragilidade na obtenção, permanência e uso dos direitos contundidos nas relações sociais, mormente verificada a hipossuficiência para suportar a defesa de interesses jurídicos, representada individual ou coletivamente.

Assim, o órgão pretende tutelar os direitos coletivos *stricto sensu*, os direitos difusos, e os direitos individuais homogêneos, conceituados precisamente pelo art. 81, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Nesse sentido, destaca-se a referência feita à Defensoria Pública, no rol exemplificativo do art. 5º, *caput* e incisos, da Lei 7.347/85.

A legitimidade consta ainda no art. 4º, VII, da LC 80/94, *in verbis*: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;”

Por fim, como apontado na peça de ingresso, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 733.433, ao apreciar o Tema 607 /STF, de repercussão geral, fixou a tese nos termos: A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.

Assim, reconheço também como parte legítima a Defensoria Pública da União para a defesa dos direitos trabalhistas, sobretudo porque os agentes envolvidos são, todos, hipossuficientes.

2.2 DA INFRAÇÕES PERPETRADAS. DO PEDIDO DE RESCISÃO INDIRETA DOS CONTRATOS DE TRABALHO. DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL.

Constam na petição inicial os seguintes fatos:

“No período de 22.08 a 03.09.2021 foi organizada uma Mega Força-Tarefa com participação da Polícia Federal, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública da União, IBAMA, Força Nacional, Exército, Marinha, Aeronáutica, FUNAI e Ministério Público Federal,

com o fito de combater trabalho análogo a escravo e eliminar as atividades de garimpo irregulares dentro da Aldeia Kayapó em Cumaru do Norte/PA, num total de 230 membros participantes.

As condições de trabalho encontradas no garimpo eram por demais degradantes, seja devida a condições de alojamento, sejam por outras irregularidades como: ausência de anotação de CTPS, não pagamento de salário regularmente, mas só por produtividade, ausência de exames médicos, falta de materiais de primeiros socorros, transferência do risco de atividade para os trabalhadores, falta de equipamentos de proteção individual, falta de assistência à saúde e abandono de trabalhadores doentes no garimpo, não uso de máscara em período de pandemia, atividade ilegal desenvolvida em área indígena, dentre várias outras irregularidades.

Não é demais informar, conforme amplamente divulgado pela mídia local e regional, e, ainda, matéria do Fantástico da Rede Globo do dia 29.08.21, os garimpeiros destruíram estradas, pontes e meios de acesso da equipe de fiscalização para dificultar a chegada da equipe e dar tempo de fuga para os invasores das terras indígenas e exploradores das atividades ilegais de garimpo, tendo, inclusive sido preso o próprio Presidente da Câmara de Vereadores de Cumaru do Norte, dentre outros envolvidos.

Cabe relatar que referido resgate se deu em face da operação conjunta das várias instituições acima referidas, cujo fim fora desbaratar as operações de garimpo ilegal bem como oferecer proteção a todos os empregados garimpeiros que pudessem estar expostos à rotina de trabalho nos moldes como se desenvolvem a atividade clandestina.

Exploração de mão de obra humana em condições sub-humanas, degradação ambiental, criminalidade e informalidade são fatores que invariavelmente se observam – e de fato foram observados – nesses empreendimentos. No caso em espécie, não foi diferente, uma vez que o resultado da operação coligada encontrou pessoas sendo acintosamente exploradas, com exposição a condições de vida e trabalho bem aquém das que se esperam para a promoção e elevação da pessoa humana, como ser distinto, na sua biosfera e meio social, com insofismável definhamento da dignidade, como ser humano, e tudo fartamente documentado.

É fato notório que prevalece no garimpo o silêncio e não informação sobre o empregador, porém um desses empregadores, contratou 4 (quatro) trabalhadores no mês de julho, construiu barracos, comprou alimentos para 60 (sessenta) dias e os abandonou no garimpo no Morro do Tarzan, na região do Garimpo Maria Bonita, sendo que 2 (dois) deles ficaram bastante doentes e não tiveram socorro do empregador, ora réu, para saírem do local o que os levou a pedir socorro ao exército e Polícia Federal por intermédio da namo-

rada de um desses trabalhadores, os quais acabaram por serem resgatados no helicóptero da Polícia Federal [...]

Dessa forma, a despeito de os trabalhadores, assim como em todos os garimpeiros, buscarem proteger o garimpeiro explorador, ou seja, o dono das máquinas, o qual fica com a grande parte do ouro produzido, constatamos que há trabalho degradante, nesse garimpo explorado pelo réu, notadamente no que se refere ao abandono dos trabalhadores, a forma de alojamento, a ausência de anotação de CTPS, não recolhimento do FGTS e contribuições do INSS, falta de armários individuais no alojamento, a água consumida, ausência de local adequado do banho, ausência de EPIs, falta de banheiros, assim como de materiais adequados para limpeza, enxugo e ou secagem, tanto no alojamento quanto na frente de trabalho, ausência de local adequado para refeição, falta de abrigos contra intempéries, falta de exames médicos admissionais e demissionais, dentre outras irregularidades, que levam à conclusão de trabalho análogo ao de escravo, daí a necessidade de retirada desses trabalhadores, com o reconhecimento do vínculo, o pagamento de verbas rescisórias, a indenização pelos danos morais (individuais e coletivos), conforme Relatório de Inspeção.

Diante de tais fatos, foram feitos pelo Membro do MPT os cálculos das verbas rescisórias levando-se em conta o tempo de serviço e, à falta de produção dos garimpeiros, mas considerando que os trabalhadores permaneceram à disposição do réu por todo o período considerado o salário mínimo e em relação à cozinheira consideramos o salário informado pelos demais trabalhadores, ou seja, R\$ 1.500,00, a despeito de essa esperar receber R\$ 3.000,00:

Maria Natividade Rodrigues – Admissão: 01.08.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.500,00

Alfredo Maia da Silva Junior – Admissão: 26.07.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

Francisco Conrado Filho – Admissão: 26.07.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

José da Conceição Gomes Bezerra – Admissão: 01.08.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

Assim, os cálculos das verbas, ficou da seguinte forma:

- Maria Natividade Rodrigues - R\$ 5.180,08
 - Alfredo Maia da Silva Júnior - R\$ 4.107,91
 - Francisco Conrado Filho - R\$ 3.996,92
 - José da Conceição Gomes Bezerra - R\$ 3.321,11
- TOTAL DE VERBAS RESCISÓRIAS R\$ 16.606,02

Apurados tais valores, o Membro do MPT entrou em contato com o réu, buscando negociar o pagamento das verbas rescisórias, a regularização do vínculo e discussão da questão referente ao dono moral coletivo e individual, porém o réu informou que nada tinha a negociar e que não compareceria perante o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, pois, “no garimpo, a questão é diferente e ninguém assina carteira de trabalho nem paga salário, mas somente produção”.

Em face da negativa do reclamando, promoveu a presente ação.

O reclamando, devidamente notificado, não apresentou defesa.

Em face disso, foi considerado revel e confesso quanto à matéria de fato.

Análise.

A despeito da Constituição Federal Brasileira de 1988 ter como fundamento a dignidade da pessoa humana e haver a tipificação legal de determinadas condutas como crimes no Código Penal Brasileiro, permanecem atuais práticas de redução do ser humano à condição análoga à de escravo.

A exploração do ser humano é identificada em diversas cadeias produtivas e/ou empreendimentos, especialmente pelo fato de sua ocorrência estar relacionada à precariedade e a pobreza em que vivem milhares de brasileiros e a exploração desenfreada por mais-valia, com supressão de direitos trabalhistas mínimos.

Nesse cenário, a atividade de garimpo, no Estado do Pará, vem despontando como cenário fértil para a prática de escravidão contemporânea, aliado ao antecedente histórico que caracteriza os garimpeiros como um grupo social heterogêneo e historicamente vulnerável, que trabalham sem carteira assinada e sem o recebimento de outros direitos trabalhistas.

Segundo levantamento feito pelo Observatório da Mineração (2020), desde 2008, 333 trabalhadores foram resgatados em garimpos no Brasil em condições análogas à escravidão, em 31 operações, tendo o Pará ocupado destaque em 12 delas.

Nas operações de resgate, os trabalhadores são encontrados em condições precárias, em locais sem instalações adequadas para alojamento, sem banheiros, consumindo água contaminada, com alimentação improvisada, sem equipamento de proteção, cumprindo jornadas exaustivas, sem vínculo formal e, não raro, submetidos a dívidas acumuladas com o dono do garimpo, o que caracteriza o trabalho em condição análoga à de escravo.

Sobre a escravidão contemporânea, é difícil a tarefa de produzir um conceito uníssono sobre o tema em estudo em decorrência da pluralidade de entendimentos quanto à definição, à caracterização e à delimitação do trabalho análogo ao de escravo, bem como dada a existência de diversas condutas que permitem denotar aquela condição, não se limitando à mera privação de liberdade de locomoção.

Por certo, a inexistência de entendimento sobre o alcance da prática apresenta entrave para a sua erradicação, considerando a necessidade de ações coordenadas que envolvam áreas distintas da ciência jurídica, as quais, não raro, apresentam divergências quanto ao enquadramento dos fatos relacionados ao trabalho análogo ao de escravo. A discussão sobre a dificuldade de caracterizar o trabalho em condição análoga à de escravo não se limita ao âmbito acadêmico, ao contrário, transita para a seara decisória do Poder Judiciário e para a área fiscalizatória do Poder Executivo.

Conforti (2022, p. 123), ao analisar o entendimento da posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, identifica que a Corte asseverou que a constatação de uma situação de escravidão representa uma restrição substantiva da personalidade jurídica do ser humano, que pode representar violação à integridade pessoal, à liberdade pessoal e/ou à dignidade, entre outros direitos.

Continuou afirmando que a Corte sustentou que o conceito de escravidão evoluiu apontando dois elementos caracterizadores: a) o estado ou condição de um indivíduo; b) o exercício de alguns dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada a ponto de anular a personalidade da vítima, com a perda da sua autonomia individual. Além disso, para determinar uma situação como escravidão na atualidade, deve-se avaliar a manifestação dos chamados “atributos do direito de propriedade”: a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência do consentimento ou de livre arbítrio da vítima, impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção ou medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro; e h) exploração (CONFORTI, 2020, p. 123-124).

Nesse sentido, entende-se que a escravidão é exatamente a coisificação do homem, que atinge a sua dignidade enquanto pessoa humana, não se limitando aos direitos relativos à sua liberdade e à igualdade. Por certo, não se trata de toda e qualquer espécie de subordinação, mas aquela exploração extrema de seres humanos juridicamente livres, mas faticamente subjugados, que atenta contra a sua condição de pessoa. Para isso, a análise do grau de domínio e de sujeição que o tomador do serviço impõe ao trabalhador é fundamental.

Oportuno registrar que o crime de redução da pessoa à condição análoga à de escravo consiste na subjugação do ser humano, naturalmente livre, a uma condição que lhe impõe uma relação de domínio extremado por outrem, que atenta contra a sua condição de pessoa. Não é toda e qualquer espécie de subordinação, mas a exploração extrema de seres humanos juridicamente livres, mas faticamente subjugados. Assim, analisa-se o grau de domínio e de sujeição que o tomador do serviço impõe ao trabalhador.

A despeito da dificuldade, entende-se necessário discutir a extensão e o alcance das hipóteses de atividades que podem ser enquadradas no tipo penal previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), com a redação dada pela Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, a saber:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º Nas mesmas penas incorre quem:

- I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

- I – contra criança ou adolescente;
- II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Antes da alteração legislativa, o tipo penal tinha a seguinte redação: “Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (*sic*). A despeito de ser uma norma aberta e, aparentemente, permitir a inclusão de diversas condutas, pela sua própria natureza de norma penal proibitiva, acabava revelando-se insatisfatória para a tipificação e a delimitação dos fatos analisados. Assim, a alteração legislativa, ao dispor especificamente sobre as hipóteses de ocorrência do crime, permitiu a melhoria de sua compreensão e facilitou o enquadramento pelas autoridades competentes.

A respeito do dispositivo, é oportuno tecer algumas considerações. A primeira é que, a despeito de estar situado no capítulo VI – Dos crimes contra a liberdade individual, na seção I, que trata dos crimes contra a liberdade pessoal, o bem jurídico tutelado não é apenas a liberdade de locomoção, ao contrário do entendimento anteriormente dominante, embora a violação à liberdade ampla esteja sempre presente na hipótese de cometimento de alguma das espécies previstas no tipo penal. Trata-se, de fato, de violação a vários direitos, dentre eles, à saúde, à vida e à segurança do trabalhador, todos direcionados à garantia de sua dignidade.

A segunda consideração é a mudança significativa de alteração dos bens jurídicos tuteláveis, que passou da liberdade para a dignidade do ser humano, assinalando que não importa considerar apenas a dignidade como tutelável, mas a reputar o bem maior a ser protegido.

Considerando a redação atual do tipo penal, entende-se que a condição análoga à de escravo caracterizar-se-á na ocorrência das seguintes hipóteses: a) trabalho forçado; b) trabalho com jornada exaustiva; c) trabalho em condição degradante; d) trabalho com restrição de locomoção em razão de dívida; e) retenção do trabalhador no local de trabalho em virtude de cerceamento do uso de qualquer meio de transporte; f) retenção do trabalhador no local de trabalho em virtude do apoderamento de seus documentos ou objetos pessoais e; g) vigilância ostensiva.

A existência de um rol analítico de condutas auxilia na identificação e no enquadramento das práticas que são investigadas, orientando o trabalho dos responsáveis pelas investigações, autuações e ações cabíveis.

Ao contrário dos demais casos de ocorrência do tipo penal que são quase autoexplicativos, o trabalho degradante envolve, para a sua caracterização, uma série de variáveis e fatores, o que exige, para a sua compreensão e aplicação, um esforço maior em decorrência dos debates que envolvem a temática.

No plano normativo, embora as Convenções nº 29 (OIT, 1930) e 105 (OIT, 1957), ambas da OIT, sobre o trabalho forçado, não tenham disposto especificamente sobre o trabalho em condições degradantes, o Brasil aprovou várias normas que o proíbem expressamente. Neste contexto, aponta-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (ONU, 1966), o qual prevê, em seu art. 7º, que ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (OEA, 1969), dispõe, em seu art. 5º, itens 1 e 2, que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral e que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes.

Além disso, no plano interno, a Constituição Federal, no art. 1º, inc. III (BRASIL, 1988), elenca, dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que, no art. 5º, inc. III, consta a previsão de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Para Melo (2004), o trabalho degradante é caracterizado por péssimas condições de trabalho e de remuneração, como a utilização de trabalhadores intermediados por gatos ou cooperativas de mão de obra fraudulentas; a utilização de trabalhadores arregimentados por gatos em outras regiões; a submissão de trabalhadores a precárias condições de trabalho, pela ausência de boa alimentação e água potável ou pelo seu fornecimento inadequado; o fornecimento de alojamentos sem as mínimas condições de habitação e sem instalações sanitárias; a cobrança pelos instrumentos necessários à prestação dos serviços e pelos equipamentos de proteção individuais, como chapéus, botas, luvas, caneleiras, etc.; o não fornecimento de materiais de primeiros socorros; o fornecimento de transporte inseguro e inadequado aos trabalhadores; e o descumprimento generalizado da legislação de proteção ao trabalho, como a ausência de registro do contrato na CTPS, a não realização de exames médicos admissionais e demissionais e o não pagamento de salário ao empregado.

Brito Filho (2018) considera que o trabalho em condições degradantes é aquele no qual inexistem condições mínimas de saúde e de segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, fornecidas em conjunto, vez que a ausência de fornecimento de um deles impõe o reconhecimento da situação de trabalho degradante.

Com base nos entendimentos acima, identifica-se que o trabalho em condições degradantes é caracterizado pela ausência de direitos mínimos relacionados à saúde e à segurança do trabalhador, com exposição de sua integridade física e psíquica, bem como pela inexistência de um rol mínimo de direitos, como alojamento, água e alimentação adequada, não pagamento de salários, submissão a tratamentos desumanos, todos praticados com clara violação de sua dignidade.

A reincidência da prática de escravização de trabalhadores não ocorre por acaso. É possível identificar, especificamente no cenário da escravidão no garimpo, a utilização de diversos instrumentos previstos na legislação com o intuito de afastar a caracterização de ilicitude da atividade.

Segundo o Ministério Público Federal (2020), a simplicidade e a desnecessidade de prévia pesquisa mineral orientam, como regra, os requerimentos de Permissão de Lavra Garimpeira - PLG, e que essas características contribuíram para que proliferassem milhares de requeri-

mentos de PLGs na Amazônia, numa prática sistemática e escancarada que visa à reserva de mercado e que configura manifesto abuso de direito, em específico do direito de prioridade.

Assinala ainda que a proliferação indiscriminada de requerimentos de PLGs na Amazônia, à míngua de uma atividade efetivamente regulatória por parte da ANM, tem relegado ao exclusivo alvedrio da iniciativa privada a afetação de novas áreas para a exploração mineral, tem estimulado a pressão pela recategorização de unidades de conservação e a conversão predatória de terras indígenas e de áreas de floresta para atividades minerárias (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020).

É importante destacar que garimpeiro é toda pessoa física de nacionalidade brasileira que, individualmente ou em forma associativa, atue diretamente no processo da extração de substâncias minerais garimpáveis, a teor do artigo 2º, I, da Lei 11.685/08 (Estatuto do Garimpeiro) e que a concentração de várias PLGs nas mãos de um mesmo requerente termina por desqualificá-lo como garimpeiro, pois não é possível a uma pessoa física atuar diretamente em mais de uma PLG, tendo a própria lei estabelecido o limite de 50 hectares para cada área permitida. Os garimpeiros, que dependem de seu trabalho para sobreviver, perdem o espaço para aqueles que legalmente não podem ser definidos como garimpeiros.

O registro de requerimentos na ANM é parte da sofisticação do crime, pois tem o objetivo de dar uma aparência de legalidade aos garimpos instalados na região.

Outro instrumento utilizado é a criação de cooperativa de garimpeiros fraudulentas. A instituição de cooperativa tem o condão de mascarar as condições reais dos trabalhadores e dos próprios garimpos, negar a existência de vínculo de emprego e aparentar que os trabalhadores estão organizados em prol do coletivo por conta própria, sem exploração por outrem.

É certo que a lei apoia e estimula o cooperativismo e outras formas de associativismo, e que o Estado favorece a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros e que tais cooperativas terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis. Todavia, a concentração de mais de uma PLG em mãos de uma mesma pessoa física frustra o favorecimento da atividade de garimpagem em cooperativas, prejudicando, além da proteção do meio ambiente, a promoção econômica e social dos garimpeiros.

Além das cooperativas, outra forma utilizada para mascarar os vínculos empregatícios é a celebração de contratos de parceria, a despeito de presentes todos os requisitos da relação de emprego, a saber: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade (BRASIL, 2018).

Além disso, outro instrumento apontado na investigação conduzida pela Mongabay (2020) é a solicitação de registro no Cadastro Ambiental Rural (CAR), que vem sendo utilizado, na prática, como instrumento da grilagem de terras, servindo aos propósitos do garimpo ilegal.

O registro da suposta propriedade da terra, autodeclaratória e não equivalente a um título legal, é mais um passo na direção de forjar um cenário de “busca pela regularização”.

Além da utilização desses instrumentos, outro ponto relativo à sofisticação é a técnica utilizada para tirar o ouro dos funcionários. Em geral, o proprietário do empreendimento é o banco e o comércio do local, responsável pela guarda do pagamento dos funcionários, utilizando-o para os descontos dos gastos deles no garimpo. Ou seja, o garimpeiro nunca recebe o salário em espécie, pois as transações realizadas entre comércio e banco, em uma só pessoa, retiram-lhe o poder de usufruir dos recursos que obterei com seu trabalho.

A pesquisa e a exploração mineral, representando uma das atividades mais rentáveis do Estado do Pará, vem se apresentando também como uma das atividades promissoras para a escravização do ser humano. Ao lado da ilicitude da própria exploração mineral, há diversos outros crimes, dentre os quais, a redução do trabalhador à condição análoga a de escravo, a extração ilegal de madeira, a exploração de recursos em territórios indígenas, dentre outras situações.

Destaca-se a existência de uma clara remodelação da atuação a fim de mascarar a escravidão, pois, com sabido, para a caracterização daquele crime é indispensável a existência de um contrato de trabalho entre as partes. Inexistindo tal contrato, seja por meio das cooperativas ou por meio dos contratos de parceria, seria inócua a ação fiscalizatória em decorrência da ausência do vínculo citado.

Nesse cenário, é relevante destacar que a preservação da dignidade da pessoa deve nortear a conduta de todos, tanto do Estado quanto dos administrados. Assim, não há como prevalecer a livre iniciativa em face da violação dos direitos básicos dos trabalhadores. O núcleo essencial de proteção de todo ser humano deve ser respeitado, a fim de que sejam garantidas condições existenciais mínimas de vivência, de sobrevivência e de reprodução social.

No caso, a fim de identificar as condições de vida e de trabalho suportadas pelos trabalhadores que atuam na extração do minério no Estado do Pará, entende-se importante apresentar os depoimentos prestados perante a Polícia Federal e o Ministério Público do Trabalho, após o resgate:

“DECLARANTE: ALFREDO MAIA DA SILVA JUNIOR

PAI: ALFREDO MAIA DA SILVA

MAE: MARIA VILANIR ROCHA DA SILVA

DATA DE NASCIMENTO: 01/11/1993

CPF: 123.238.796-77

RG: 186602217 PC/MG

ENDEREÇO: RUA~TRAVESSA NITER6I, 1831 - BAIRRO SUDAM II - ALTAMIRA/PA

TELEFONE: 93 988041423

AO(S) 26 dia(s) do mês de agosto de 2021, em Cumaru do Norte, onde se encontravam LEANDRO FERNANDES DA SILVA OLIVEIRA, Delegado de Polícia Federal, ALPINIANO DO PRADO LOPES, Procurador do Trabalho, compareceu o DECLARANTE. Inquirido(a) a respeito dos fatos, RESPONDEU: QUE há cerca de dois anos está sem trabalhar, QUE conhecia o MARCELO através da sua irmã, QUE MARCELO o convidou para trabalhar no garimpo dele que iria “tocar” em Cumaru do Norte/PA, QUE iria receber em média de 3% a 5% do ouro extraído, QUE as despesas de transporte, moradia e alimentação seriam por conta do MARCELO, QUE o declarante nunca havia trabalhado em garimpo antes, QUE aceitou a proposta e foi juntamente com o Francisco para o garimpo, localizado no morro do Tarzan, QUE MARCELO foi quem o levou até o local de trabalho juntamente com as compras que foram feitas em Marabá/PA e Redenção/PA, QUE foram em uma Pajero cor prata; QUE ao chegarem no garimpo, MARCELO disse que ia chegar uma cozinheira dentro de três dias, porém tendo em vista questões pessoais da cozinheira esta só chegou após uma semana; QUE a cozinheira de nome MARIA chegou um com filho chamado JOSÉ FILHO, para trabalhar no garimpo também, apesar de MARCELO não ter falado inicialmente desse trabalhador; QUE os demais outros dois trabalhadores que estavam hoje no barracão não trabalham para o MARCELO e foram lá apenas para fazer a refeição, uma vez que perderam o barraco (foi queimado); QUE com a chegada da fiscalização vários trabalhadores procuraram abrigo no local, pois é mais afastado; QUE o MARCELO chegou a ficar uma semana no garimpo hospedado no mesmo barracão com os trabalhadores, mas ficava num quarto separado dos demais; QUE o MARCELO aguardou a cozinheira chegar e no mesmo dia que esta chegou somente deu as instruções sobre a alimentação que estava a disposição e os trabalhadores que já estavam ali e foi embora dizendo que em uma semana estaria de volta; QUE MARCELO disse que iria até Cumaru e de lá seguiria para Redenção para buscar peça da caminhonete, que estava dando problema na turbina; QUE depois de consertar a caminhonete iria levar os maquinários (uma PC e 01 motor- bomba) ao garimpo para começar os trabalhos, mas não falou o dia que iria retornar; QUE hoje complete 31 dias que estava no garimpo; QUE há dois dias atrás fez contato com MARCELO, informando o estado de saúde de FRANCISCO CONRADO, pois ele estava sentido fraqueza, febre e frio no sol quente; QUE MARCELO disse que não poderia ir até local, mas orientou o DECLARANTE a ficar com FRANCISCO no barracão pois iria mandar o remédio dele ou se eles conseguissem sair por conta própria, pagaria as despesas; QUE cerca de 15 dias atrás, havia feito contato com MARCELO, para saber o dia em que ele iria retornar com o maquinário, e MARCELO respondeu que estaria chegando; QUE dormia num barraco em rede; QUE a água de beber era pega numa nascente próxima; QUE tomava banho no poço improvisado na nascente; QUE não havia filtro; QUE fazia as necessidades fisiológicas no mato, próximo do local do banho; QUE nesses 31 dias em que esteve no barraco de MARCELO, não chegou para trabalhar para ele, mas para não ficar parado, foi trabalhar para o garimpeiro conhecido por “CABELO”; QUE

a produção do trabalho realizado no garimpo do “CABELO” foi de 33 gramas de ouro, recebendo 1,4 gramas pelo trabalho; QUE o ouro foi utilizado na Vila Maria Bonita, em bebidas e alimentos; QUE “CABELO” foi quem pagou esse valor; QUE “CABELO” é moreno escuro, magro, com 1,75 metros de altura aproximada, sem barba, olhos castanhos claros; QUE FRANCISCO CONRADO não trabalhou para ninguém nesses 31 dias, por causa das feridas no pé; QUE o DECLARANTE também adquiriu feridas nos dois pés, em decorrência do trabalho no garimpo; QUE a ferida no pé direito começou a surgir no primeiro dia de trabalho com o “CABELO”; QUE foi se agravando pois ficava muito com o pé dentro da água; QUE seu trabalho consistia em retirar da água pedaços de madeiras e pedras que caíam a lavagem do barro para extração do ouro; QUE a ferida no pé esquerdo surgiu poucos dias, pelo mesmo motivo, ou seja, exposição dos pés na água contaminada, com óleo diesel, fezes de animais silvestres; QUE não comunicou a MARCELO sobre suas feridas, pois ficou com medo dele descobrir que estava trabalhando para outra pessoa; QUE não recebeu nenhum valor de MARCELO, pois não trabalhou para ele, somente receberia mediante produção; QUE sem receber nada e com os ferimentos, entrou em contato com sua namorada, via telefone, e explicou para ela a situação que se encontrava, inclusive, o seu colega CONRADO; QUE diante disso, ela ficou preocupada e disse que buscaria contato com o exército e que não sáísse de perto do seu amigo, pois iria dar um jeito de obter o socorro; QUE posteriormente conseguiu novo sinal, quando pode mandar a localização para a sua namorada e, assim, foi possível o resgate; QUE os demais trabalhadores queriam fugir da fiscalização, mas o depoente falou para esperassem, pois não tinham mais o que fazer; QUE para chegar ao garimpo e pago um pedágio para os índios; QUE o MARCELO comentou que os índios cobrava uma percentagem do ouro extraído, mas não sabe falar qual e o percentual cobrado; QUE tem o contato do MARCELO, a saber: 94 98405-2275. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado.”

“DECLARANTE: FRANCISCO CONRADO FILHO

PAI: FRANCISCO CONRADO DA SILVA

MAE: MARIA ALVES MEDEIROS

DATA DE NASCIMENTO: 24/08/1952

Documentos: CPF: 043.677.403-82 RG: 214.468 SSP/PI,

TELEFONE: 86 994151666 ENDEREÇO: RUA JUREMA II, 345 - BAIRRO AREIAS - AMARANTE/PI

Ao(s) 26 dia(s) do mês de agosto de 201, em Cumaru do Norte, onde se encontravam LEANDRO FERNANDES DA SILVA OLIVEIRA, Delegado de Polícia Federal, ALPINIANO DO PRADO LOPES, Procurador do Trabalho, compareceu o DECLARANTE. Inquirido(a) a respeito dos fatos, RESPONDEU: QUE trabalho desde 1983 como garimpeiro; QUE estava na cidade Altamira desde maio do presente ano, a procura de garimpos para trabalhar; QUE no final de julho, uma pessoa chamada MARCELO lhe procurou, oferecendo trabalho em um garimpo na cidade de Cumaru do Norte/PA; QUE propôs ao DECLARANTE pagar um percentual de 5% (cinco por cento) do ouro extraído, além de alimentação, moradia e transporte ao local de trabalho; QUE aceitou a proposta e viajou até Cumaru do Norte juntamente com Alfredo, de carona com MARCELO em uma caminhonete Pajero, cor prata; QUE chegando na cidade de Cumaru, MARCELO arrumou mais dois trabalhadores para irem juntos; a cozinheira de nome MARIA, e seu filho JOSÉ FILHO; QUE deslocaram-se de Cumaru até o local de trabalho, conhecido como GARIMPO DO TARZAN, na região de MARIA BONITA; QUE chegaram no garimpo no dia 25 de julho; QUE MARCELO fez compras no supermercado, deixando

com eles no barraco; QUE MARCELO disse que iria voltar para buscar o maquinário e retornaria em quatro dias para começarem os trabalhos; QUE MARCELO não retornou e nem entrou em contato; QUE seu colega ALFREDO, há aproximadamente 15 dias, entrou em contato com MARCELO e este disse para aguardarem pois estava procurando outro “ponto virgem” uma vez que este estava com produção baixa, não compensando começar os trabalhos; QUE depois disso, o MARCELO não entrou mais em contato; QUE o DECLARANTE esclarece que na produção ruim, tira um valor de R\$ 500,00 a R\$ 600,00 por mês trabalhando 10 horas por dia de segunda a sábado; QUE na produção boa, retira em torno de R\$ 2.000,00; QUE ficaram 31 dias no local, aguardando o MARCELO chegar; QUE o barraco era de lona preta de plástico; QUE dormia em uma rede própria, pois no garimpo cada garimpeiro tem uma rede e seu cobertor; QUE MARCELO chegou a dormir os três primeiros dias em uma barraca laranja, que ficava num quarto trancado nesse barraco; QUE MARCELO deixou esse quarto fechado, ao ir embora; QUE o DECLARANTE fazia as necessidades fisiológicas no meio do mato e tomava banho em uma barraca improvisada, feita por ele junto a uma nascente; QUE seu pé direito começou a inchar, criando algumas feridas; QUE começou a sentir febre e dor no corpo há 4 dias atrás, além de falta de apetite; QUE seu colega ALFREDO conseguiu contato com a namorada dele, pedindo socorro para a Polícia Federal; QUE uma equipe de resgate chegou no helicóptero da Polícia Federal para levar o DECLARANTE e seu colega ALFREDO, que também estava com ferimentos na perna; QUE foram levados até o hospital municipal de Cumaru do Norte/PA; QUE o ferimento do pé foi adquirido por volta de dezembro de 2020, no garimpo da mesma localidade, quando trabalhava com o garimpeiro chamado REGINALDO, com quem trabalhou de 24 de setembro até 13 de dezembro; QUE pelo que sabe não há ligação entre MARCELO e REGINALDO; QUE nesses 31 dias em que estava com MARCELO, não recebeu nada, pois só recebe se produzir, QUE sabe que as terras pertencem a comunidade indígena Kayapó e que a aldeia específica chama-se Gorotire; QUE o dono das máquinas paga uma percentagem da produção para os índios, no valor de quatro gramas para cada máquina, por mês, o que dá em torno de R\$ 1.000,00, pois o grama está custando R\$ 250,00; Nada mais disse e nem lhe foi perguntado.”

Das narrativas acima, constata-se a ilegal forma de exploração do trabalho humano, notadamente quanto ao não fornecimento de alojamentos, não fornecimento de equipamentos de proteção individual, não fornecimento de água potável (situação de exposição a insegurança hídrica) e não fornecimento de instalações sanitárias, submetendo os trabalhadores a condições degradantes, reduzindo-os à condição análoga a de escravos.

A operação do GRUPO ESPECIAL INTERINSTITUCIONAL DE FISCALIZAÇÃO MÓVEL (GEI-FM), resultou no RELATÓRIO DE ATIVIDADES OPERAÇÃO – Redenção/Cumaru do Norte/PA - 22.08 a 03.09.2021, com apontamento das seguintes violações relacionadas aos trabalhadores: i) os empregados não possuíam nenhum dos direitos mínimos garantidos, além de laboraram sem os equipamentos de proteção e demais medidas de saúde e segurança pertinentes; ii) atividade em garimpo ilegal, que acarreta a degradação do trabalhador que, alheio à proteção necessária, desenvolve a atividade na busca do ouro, submetendo a sua saúde a perigos inimagináveis, mormente exposição a mercúrio; iii) ausência de anotação de CTPS (art. 29, CLT), de pagamento de salários (art. 459, §1º, CLT), prática de truck system (arts. 458 e seus §§ e 462 e seus §§), ausência de recolhimentos

ao FGTS e ao INSS (Lei n.º 8.036/1990 e Lei n.º 8.213/1990), ausência de elaboração dos programas de prevenção dos riscos ambientais e controle médico e de saúde ocupacional (art. 157 e art. 200, CLT c/c NR-7 e NR-9), ausência de Equipamentos de Proteção Coletiva a Individual (art. 157 e art. 200 c/c NR-6), ausência de alojamentos e instalações sanitárias (art. 157 e art. 200 c/c NR- 24), entre outros.

Das lições sobre a caracterização do trabalho escravo contemporâneo, especialmente do seu modo de execução decorrente do trabalho em condições degradantes, entende-se que o cenário permite caracterizar a ocorrência daquele crime pelas seguintes razões:

- a) Alojamento de trabalhadores em barracos de lona e palha, em desacordo com o Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 24.7 (subitens 24.7.1 e 24.7.2), da NR-24 e Manter os ambientes previstos na NR 24 construídos em desacordo com o código de obras local e/ou com os requisitos estabelecidos nos itens 24.9.7 e 24.9.7.1 da NR 24. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c o item 24.9.7 e 24.9.7.1 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.)
- b) Deixar de disponibilizar, para cada grupo de trabalhadores ou fração, chuveiro na proporção estabelecida no item 24.3.5 da NR 24, e/ou disponibilizar chuveiros, nas atividades em que há exigência de chuveiros, que não façam parte ou que não estejam anexos aos vestiários. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c itens 24.3.5, alíneas “a” e “b”, e 24.3.5.1 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.)
- c) Deixar de oferecer aos trabalhadores local em condições de conforto e higiene para tomada das refeições por ocasião dos intervalos concedidos durante a jornada de trabalho. ((Art. 157, inciso I, da CLT, c/c o item 24.5.1 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.
- d) Deixar de instalar sistema de escadas fixadas de modo seguro, quando os meios de acesso aos locais de trabalho possuírem uma inclinação superior a 20º e inferior a 50º com a horizontal, ou instalar sistema de escadas fixas em desacordo com o disposto na NR-22. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.10.2 da NR- 22, com redação da Portaria nº 1.894/2013.)

Além dessas violações, identificam-se as seguintes:

- 1 Admitir ou manter empregado sem o respectivo registro em livro, ficha ou sistema eletrônico competente, o empregador não enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte. (Art. 41, caput, c/c art. 47, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação conferida pela Lei 13.467/17.)

2 Deixar de manter instalações sanitárias tratadas e higienizadas ou manter instalações sanitárias distantes dos locais e frentes de trabalho. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.37.2 da NR-22, com redação da Portaria nº 2.037/1999.)

3 Deixar de ministrar treinamento introdutório geral para os trabalhadores ou ministrar treinamento introdutório geral com carga horária e/ou conteúdo em desacordo com o previsto na NR-22 ou fora do horário de trabalho. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.35.1.2 da NR-22, com redação da Portaria nº 2.037/1999.)

4 Manter mina sem a supervisão técnica de profissional legalmente habilitado ou manter atividade prevista na NR-22 sem a supervisão técnica de profissional legalmente habilitado. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.3.3 da NR-22, com redação da Portaria nº 2.037/1999.)

5 Deixar de fornecer gratuitamente ao trabalhador vestimentas de trabalho. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c o item 24.8.2 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.)

6 Deixar de fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento. (Art. 166 da CLT, c/c item 6.3 da NR-6, com redação da Portaria nº 25/2001.)

7 Deixar de submeter o trabalhador a exame médico admissional. (Art. 168, inciso I, da CLT, c/c item 7.4.1, alínea "a", da NR-7, com redação da Portaria nº 24/1994.)

8 Deixar de disponibilizar, para cada grupo de trabalhadores ou fração, chuveiro na proporção estabelecida no item 24.3.5 da NR 24, e/ou disponibilizar chuveiros, nas atividades em que há exigência de chuveiros, que não façam parte ou que não estejam anexos aos vestiários. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c itens 24.3.5, alíneas "a" e "b", e 24.3.5.1 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.)

9 Deixar de fornecer armários de compartimentos duplos ou dois armários simples nas atividades laborais em que haja exposição e manuseio de material infectante, substâncias tóxicas, irritantes ou aerodispersóides, ou naquelas em que haja contato com substâncias que provoquem deposição de poeiras que impregnem a pele e as roupas do trabalhador. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c o item 24.4.5 da NR-24, com redação da Portaria nº 1066/2019.)

10 Deixar de elaborar e/ou de implementar o Programa de Gerenciamento de Riscos. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.3.7 da NR-22, com redação da Portaria nº 2.037/1999.)

11 Deixar de manter as vias de circulação de pessoas sinalizadas e/ou desimpedidas e/ou protegidas contra queda de material e/ou em boas condições de segurança

e trânsito. (Art. 157, inciso I, da CLT, c/c item 22.7.18 da NR-22, com redação da Portaria nº 2.037/1999.)

12 Manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposições de proteção do trabalho, quer seja submetido a regime de trabalho forçado, quer seja reduzido à condição análoga à de escravo. (Art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c art. 2º da Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990 e art. 149, do CP.)

13 Ausência de recolhimentos dos depósitos fundiários e previdenciário (Lei n.º 8.036/1990 e Lei n.º 8.213/1990).

14. Não cumprimento da obrigação de pagar os salários até o 5º dia útil ao mês subsequente, em violação ao art. 459, da CLT.

Em resumo, reputo graves as violações perpetradas contra os trabalhadores mencionados nesta ação, em especial a submissão a condições análogas à de escravo.

2.2.1 RESCISÃO INDIRETA (ART. 483, ALÍNEAS “C” E “D” DA CLT)

Em face das graves ilegalidades acima apontadas, entendo provada a existência de justa causa patronal suficiente para atrair a aplicação do art. 483, da CLT e permitir a extinção do contrato de emprego.

Neste ponto, entendo caracterizada a hipótese abaixo transcrita:

Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

(...)

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato.

Assim, julgo procedente o pedido de declaração de rescisão indireta do contrato de trabalho dos trabalhadores abaixo mencionados:

Maria Natividade Rodrigues – Admissão: 01.08.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.500,00

Alfredo Maia da Silva Junior – Admissão: 26.07.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

Francisco Conrado Filho – Admissão: 26.07.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

José da Conceição Gomes Bezerra – Admissão: 01.08.21; Dispensa: 26.08.21; salário: R\$ 1.100,00

Em face da justa causa do empregador, julgo procedente o pedido de condenação do reclamado ao pagamento das verbas rescisórias devidas aos empregados mencionadas, devidamente descritas nos cálculos que acompanham a petição inicial, nas quantias indicadas:

- Maria Natividade Rodrigues - R\$ 5.180,08
- Alfredo Maia da Silva Júnior - R\$ 4.107,91
- Francisco Conrado Filho - R\$ 3.996,92
- José da Conceição Gomes Bezerra - R\$ 3.321,11

2.2.2 DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL

Considerando a lesão extrapatrimonial experimentada pelos trabalhadores submetidos às condições degradantes de trabalho, considerando o tempo de serviço de cada trabalhador vilipendiado em sua seara extrapatrimonial, julgo procedente o pedido de condenação do reclamado ao pagamento de reparação dos danos morais individuais, na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos trabalhadores mencionados acima.

Defiro o pedido formulado pelas instituições autoras para que as verbas rescisórias e as indenizações de ordem individual sejam depositadas judicialmente pelo reclamado, no momento da execução, com a assunção pela Defensoria Pública da União (ou na impossibilidade desta, pelo MPT) do encargo de convocar os trabalhadores para que possam receber os valores devidos, mediante alvará judicial.

2.2.3 DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Determino a expedição de ofício ao Ministério do Trabalho e Previdência para que, reconhecendo a condição de pessoas resgatadas aos reclamantes, proceda a liberação de 3 (três) parcelas do seguro-desemprego para cada um deles, independentemente do trânsito em julgado.

Por fim, declaro que o reclamado submeteu os trabalhadores a condições análogas à de escravo, conforme previsto no art. 149 do Código Penal e, em face disso, determino, após

o trânsito em julgado, a expedição de ofício à DETRAE/SIT do Ministério do Trabalho e Previdência, para fins de abertura de processo para fins de inscrição do reclamado no “Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo”, chamada “lista suja”.

2.3. REPARAÇÕES DOS DANOS MORAIS COLETIVOS

Os autores entendem que as violações citadas têm repercussão no seio social, tratando-se, portanto, de uma evidente violação a interesse difuso. Enfatizam que as condutas perpetradas atingem em vários aspectos não só a dignidade da pessoa humana do empregado diretamente aviltado, mas também do trabalhador *in potentia* considerado e da comunidade nacional como um todo.

Assim, requerem a aplicação da devida sanção ao reclamado, a título de indenização por danos morais coletivos.

Análise.

Segundo Margareth Costa (Processo PROCESSO Nº TST-RR- 20461-29.2016.5.04.0702), o dano moral coletivo é o instituto do “dano imaterial” que se revela quando ofendidos direitos de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, por meio de condutas atentatórias aos princípios fundantes da Carta de 1988.

Destaca que a configuração de tal espécie de dano e a necessidade de sua reparação se perfazem diante das lesões de dimensão macro, que atingem a sociedade como um todo, em seus princípios axiológicos constitucionalmente assentados, como nos casos que envolvem trabalho escravo, trabalho infantil, exploração inadequada do trabalho em condições agressivas à saúde dos trabalhadores. Portanto, a condenação ao pagamento de indenização por danos imateriais coletivos, que consiste em medida punitiva e pedagógica, funciona como forma de desestímulo à reiteração do ilícito e sanciona a empresa, que, de fato, teve favorecido ilicitamente seu processo produtivo e competiu em condições desproporcionais com os demais componentes da iniciativa privada. Cuida-se aqui de reprimir o empregador que enriquece ilicitamente a partir da inobservância do ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, destaco que, plano coletivo, o sujeito é o grupo de trabalhadores (ou de empregadores), de modo que a injusta lesão é perpetrada em uma determinada comunidade, ou seja, ocorre o ferimento de determinado espectro de valores coletivos, de forma que a violação do direito de um grupo pode ensejar dano moral coletivo, também passível de reparação, a qual se reverte em favor da coletividade cujos interesses foram lesados.

A possibilidade de reparação encontra respaldo legal no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII, da Lei nº 8.078/90), na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81) e na Lei da Ação Civil Pública (art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85), quando estatui a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Sobre o assunto, cumpre destacar que o dano moral coletivo não deve ser compreendido como sofrimento ou dor pessoal, mas sim como toda e qualquer violação aos valores fundamentais compartilhados por uma coletividade. É preciso analisar o dano moral coletivo sob ótica diversa do dano moral individual.

Neste sentido, enquanto a indenização por dano moral possui caráter eminentemente compensatório do abalo sofrido, e a sobrevalorização da indenização tem como consequência o enriquecimento ilícito da parte, na indenização com base em dano extrapatrimonial não há tal risco, uma vez que o valor da condenação não se destina ao requerente, mas ao Fundo previsto na Lei de Ação Civil Pública, ou a outro fundo, desde que o valor seja revertido em benefício da coletividade.

O respaldo da responsabilidade reside no princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar. A responsabilidade, para o Direito, é uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar de acordo com os interesses lesados (reparação dos danos ou punição pessoal do agente lesionante).

Tratando especificamente da hipótese dos autos, verifica-se que o reclamado atentou contra direitos difusos e coletivos. Neste ponto, remete-se ao rol de violações perpetradas pelo reclamado, acima enumeradas.

No que tange à gravidade e extensão do dano, o empregador submeteu 4 (quatro) indivíduos a condições degradantes, com descumprimento de preceitos previstos em Normas Regulamentadoras, na CLT, no Código Penal, na legislação ambiental e na Constituição.

Diante disso, considerando todas as lesões cometidas pelo reclamado junto à sociedade e ao ordenamento jurídico, o porte econômico do ofensor, fixo a indenização em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Quanto à destinação do referido valor da indenização difusa, defiro a sua reversão ao Fundo Estadual de Promoção do Trabalho Digno e de Erradicação do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo no Pará (FUNTRAD/PA), instituído pela Lei nº 9.952, de 26 de junho de 2023.

Esclareço que a referida lei informa que as fontes de recursos para o funcionamento do Fundo serão:

Art. 3º Constituem recursos do Fundo Estadual de Promoção do Trabalho Digno e de Erradicação do Trabalho em Condições Análogas às de Escravo no Pará (FUNTRAD/PA) o produto da arrecadação:

I - das condenações e dos acordos judiciais em ações envolvendo exploração de trabalho em condições análogas às de escravo;

[...]

IV - das condenações transitadas em julgado e/ou dos acordos celebrados perante o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região no âmbito do Estado do Pará e das condenações transitadas em julgado e/ou dos acordos celebrados perante a Justiça Federal, no que lhe for competente;

Destaco ainda que a Lei em comento atendeu ao disposto no art. 13 da Lei 7.347/1985, pois estabeleceu que o fundo será gerido por um Conselho Estadual, com participação do Ministério Público do Trabalho e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

2.4. DA RATIFICAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA

Pelos fundamentos já expostos na decisão de concessão da tutela inibitória, agregados pela decisão ora proferida, decido ratificar aquela decisão em todos os seus termos e julgar, em definitivo, procedente o pedido de obrigação de fazer/não fazer para que o reclamado observe as seguintes:

- a) Proceder aos registros competentes e à anotação das CTPS – Carteiras de Trabalho e Previdência Social dos empregados contratados, em qualquer caso, sem retê-las em seus domínios – por prazo superior a 48 (quarenta e oito) dias, garantindo-lhes: o recebimento mensal e integral da remuneração pactuada previamente, em moeda nacional, observados o salário mínimo vigente e o piso salarial da categoria empregada; bem como, que se efetue, até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido, o pagamento integral do salário mensal devido aos trabalhadores;
- b) Proceder aos recolhimentos do FGTS mensal e rescisório dos atuais e futuros empregados;

- c) Disponibilizar a todos os seus empregados, presentes e futuros, alojamentos em material de que resultem acomodações decentes, arejadas, com janelas e protegidas de chuvas e outras intempéries e distantes do manuseio e aplicação de produtos químicos e nocivos à saúde, e nos quais os trabalhadores não se exponham a perigo de incêndio, contaminação e outros acidentes;
- d) Dotar as dependências de todos os alojamentos de bebedouros ou outros meios higiênicos de fornecimento de água potável, material de primeiros socorros médicos e instalações sanitárias adequadas;
- e) Manter todos os alojamentos em perfeito estado de asseio e higiene, permitindo-se ainda, no alojamento, a colocação e o uso de camas e colchões para o repouso dos trabalhadores, mesmo considerado o costume local do uso de redes;
- f) Fornecer armários, nos alojamentos, capazes de atender todos os trabalhadores, assim como armários para a devida guarda dos alimentos;
- g) Disponibilizar a todos os seus empregados, presentes e futuros, tanto na sede como nas frentes de trabalho, instalações sanitárias em material resistente de que resultem acomodações decentes, arejadas, com janelas e protegidas de chuvas e outras intempéries e que assegure a privacidade aos usuários trabalhadores;
- h) Manter, de forma permanente, as instalações sanitárias em bom estado de conservação, asseio e higiene;
- i) Fornecer e dotar, de forma permanente, as instalações sanitárias de sanitários e lavatórios, assim como de materiais adequados para limpeza, enxugo e ou secagem;
- j) Disponibilizar local para consumo de refeições (refeitório) aos trabalhadores, presentes e futuros, em condições dignas e adequadas, com piso lavável, mesas e cadeiras suficientes para atender todos os trabalhadores, com lavatórios e pias instalados, com a finalidade precípua de assegurar aos trabalhadores condições suficientes de conforto para as refeições, em local que atenda ao requisitos de limpeza, arejamento, iluminação e fornecimento de água potável, assim como disponibilizar local adequado para o preparo dos alimentos aos presentes e futuros trabalhadores;
- k) Disponibilizar a todos os trabalhadores abrigo para proteger os trabalhadores contra intempéries nas frentes de trabalho, nos trabalhos a céu aberto;
- l) Fornecer a todos os trabalhadores água potável, tanto na sede como nas frentes de trabalho, em condições higiênicas, sendo vedado o uso de copos coletivos;
- m) Fornecer a todos os trabalhadores, de forma gratuita, em perfeito estado de conservação, higiene e em quantidade satisfatória ao número de trabalhadores, copos,

pratos, recipientes de armazenamento de água (garrafas térmicas - “geladeiras”) e talheres (garfo, colher e faca para cada trabalhador);

n) Fornecer aos trabalhadores, gratuitamente, as ferramentas necessárias para o desempenho de suas funções a que foram contratados, em perfeito estado de conservação e funcionamento;

o) Submeter todos os trabalhadores a exame médico admissional, antes que assumam suas atividades;

p) Fornecer aos trabalhadores, gratuitamente, equipamentos de proteção individual adequado ao risco da atividade, assim como manter os equipamentos de proteção individual em perfeito estado de conservação e funcionamento;

q) Orientar e fiscalizar o efetivo uso, pelos trabalhadores, dos equipamentos de proteção individual;

r) Fornecer aos trabalhadores, expostos a produtos químicos e nocivos à saúde, equipamento de proteção individual e/ou vestimenta de trabalho que esteja(m) em perfeitas condições de uso e/ou devidamente higienizados, assim como responsabilizar-se pela descontaminação dos equipamentos de proteção individual e das vestimentas de trabalho dos trabalhadores expostos a produtos químicos e nocivos à saúde ao final de cada jornada de trabalho e substituir os equipamentos de proteção individual e as vestimentas de trabalho dos trabalhadores expostos a produtos químicos e nocivos à saúde, quando necessário;

s) Disponibilizar um local adequado para a guarda da roupa de uso pessoal, quando da utilização de produtos químicos e nocivos à saúde, assim como fornecer todos os produtos e utensílios destinados e necessários para a adequada higienização dos trabalhadores, tais como água, sabão e toalhas, assim como não permitir o uso de roupas pessoais para uso de produtos químicos e nocivos à saúde;

t) Armazenar produtos químicos e nocivos à saúde, adjuvantes ou produtos afins em edificação que se situe, no mínimo, a 30 metros de habitações ou locais onde são conservados ou consumidos alimentos, medicamentos ou outros materiais;

u) Não praticar truck system;

Em caso de descumprimento, fica sujeito ao pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, para cada item descumprido, e mais R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia em relação a cada trabalhador encontrado em situação irregular. O valor será revestido ao FUNTRAD, nos termos da fundamentação acima.

3. DOS JUROS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Considerando a procedência parcial da Ação Declaratória de Constitucionalidade 58, pelo Supremo Tribunal Federal, por disciplina judiciária, aplicam-se ao presente caso os seguintes parâmetros para incidência de juros e correção monetária:

Deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009).

Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991).

Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC. A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*.

4. DOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

Deverá o setor de cálculos apurar os valores relativos às contribuições previdenciárias e de imposto de renda incidentes sobre a condenação, observando-se a legislação previdenciária quanto às parcelas de natureza remuneratórias e indenizatórias, assim como a responsabilidade de cada uma das partes por tais recolhimentos.

Aplica-se a Súmula nº 368 do TST, in verbis:

SUM-368 DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. FORMA DE CÁLCULO. FATO

GERADOR (aglutinada a parte final da Orientação Jurisprudencial nº 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2017) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998).

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ nº 363 da SBDI-1, parte final)

III - Os descontos previdenciários relativos à contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, devem ser calculados mês a mês, de conformidade com o art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001).

IV - Considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo, para os serviços prestados até 4.3.2009, inclusive, o efetivo pagamento das verbas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação (art. 276, "caput", do Decreto nº 3.048/1999). Eficácia não retroativa da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que deu nova redação ao art. 43 da Lei nº 8.212/91.

V - Para o labor realizado a partir de 5.3.2009, considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo a data da efetiva prestação dos serviços. Sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas a partir da prestação dos serviços incidem juros de mora e, uma vez apurados os créditos previdenciários, aplica-se multa a partir do esgotamento do prazo de citação para pagamento, se descumprida a obrigação, observado o limite legal de 20% (art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96).

VI - O imposto de renda decorrente de crédito do empregado recebido acumuladamente deve ser calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, com a redação conferida pela Lei nº 13.149/2015, observado o procedimento previsto nas Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil.

5. DAS CONDIÇÕES E PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Com base no que dispõem os artigos 5º, inciso LXXVIII, da CF/88 e art. 832, § 1º, e 652, “D”, ambos da CLT, estabeleço que, não havendo interposição de qualquer recurso, a obrigação de pagar deverá ser cumprida após a notificação do devedor.

Caso ocorra interposição de recurso, após transitada em julgado a decisão, a dívida deverá ser atualizada, com posterior intimação da reclamada, por meio de publicação oficial, para cumprimento da obrigação, no mesmo prazo.

Em caso de descumprimento do título executivo judicial, na forma determinada nos parágrafos anteriores e com prévio encaminhamento dos autos ao setor de cálculos para os fins de direito (arts. 765 e 832, §1º, da CLT), promover-se-á imediatamente a penhora online do valor atualizado e acrescido das sanções ora estipuladas, além da adoção dos demais atos executórios.

Inclusão e exclusão no BNDT: aplica-se a presente decisão a Resolução Administrativa nº. 1470/2011 do C. Tribunal Superior do Trabalho, a qual deve ser observada pela Secretaria da Vara.

6. DA OBSERVÂNCIA DO ART. 489, §1º, IV DO CPC

Registro que em observância à previsão contida no art. 489, §1º, IV do CPC, ficam rejeitados os demais argumentos aduzidos pelas partes, pois não são minimamente capazes de infirmar ou alterar as conclusões adotadas por este juízo, que teve seu livre convencimento motivado firmado por todos os fundamentos expostos (art. 93, IX da CF/88), em estrita observância ao determinado no art. 371 do CPC.

Diante disso, ficam as partes cientes que a interposição de Embargos de Declaração sob a alegação de ofensa ao art. 489, §1º, IV do CPC será considerada interposição de recurso meramente protelatório, com as consequências processuais que lhe são próprias, a teor do art. 1.026, §2º e 3º do CPC, sem prejuízo da cumulação com a multa prevista no art. 81 do mesmo diploma legal, por incidência nas previsões dos incisos IV e VII do art. 80 do CPC/2015, vez que a penalidade prevista no art. 1.026, §2º é aplicada por ter havido interposição de recurso manifestamente infundado, resultando em ofensa à dignidade do Tribunal e à função pública do processo, enquanto que a penalidade prevista no art. 81 tem natureza reparatória, com a finalidade de reparar os danos causados à parte recorrida, que fica privada da efetiva prestação jurisdicional em virtude da atuação desleal do recorrente.

7. DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO E TUDO MAIS QUE DOS AUTOS CONSTA, DECIDO, NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA POR MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM FACE DE MARCELO TIAGO BARROS, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS PARA:

I – RATIFICAR E AMPLIAR O OBJETO DA TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA, PARA QUE O RECLAMADO CUMPRAS AS OBRIGAÇÕES MENCIONADAS NAS LETRAS DE “A” A “U”, DESTA DECISÃO, DO ITEM 2.4, SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) POR DIA, PARA CADA ITEM DESCUMPRIDO, E MAIS R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) POR DIA EM RELAÇÃO A CADA TRABALHADOR ENCONTRADO EM SITUAÇÃO IRREGULAR, REVERTIDO AO FUNDO ESTADUAL DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DIGNO E DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO NO PARÁ (FUNTRAD/PA).

II - DECLARAR RESCINDIDOS, POR FALTA GRAVE PATRONAL, OS CONTRATOS DE EMPREGO DE MARIA NATIVIDADE RODRIGUES, ALFREDO MAIA DA SILVA JUNIOR, FRANCISCO CONRADO FILHO E JOSÉ DA CONCEIÇÃO GOMES BEZERRA.

III - CONDENAR O RECLAMADO NA OBRIGAÇÃO DE PAGAR OS VALORES APURADOS NO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO EM ANEXO, QUE É PARTE INTEGRANTE DESTA SENTENÇA, A TÍTULO DE:

A) VERBAS RESCISÓRIAS, NA QUANTIA APONTADA, AOS EMPREGADOS: MARIA NATIVIDADE RODRIGUES - R\$ 5.180,08; ALFREDO MAIA DA SILVA JÚNIOR - R\$ 4.107,91; FRANCISCO CONRADO FILHO - R\$ 3.996,92 E JOSÉ DA CONCEIÇÃO GOMES BEZERRA - R\$ 3.321,11;

B) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL NO VALOR DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) A CADA UM DOS EMPREGADOS MENCIONADOS ACIMA.

C) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO, NO VALOR DE R\$ 500.000,00 (QUINHENTOS MIL REAIS), REVERTIDO AO FUNDO ESTADUAL DE PROMOÇÃO DO TRABALHO DIGNO E DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO NO PARÁ (FUNTRAD/PA).

DETERMINO A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA PARA QUE, RECONHECENDO A CONDIÇÃO DE PESSOAS RESGATADAS AOS RECLAMANTES, PROCEDA A LIBERAÇÃO DE 3 (TRÊS) PARCELAS DO SEGURO-DESEMPREGO PARA CADA UM DELES, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO.

DECLARO QUE O RECLAMADO SUBMETEU OS TRABALHADORES A CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO, CONFORME PREVISTO NO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL E, EM FACE DISSO, DETERMINO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À DETRAE/SIT DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA, PARA FINS DE ABERTURA DE PROCESSO PARA FINS DE INSCRIÇÃO DO RECLAMADO NO “CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM SUBMETIDO TRABALHADORES A CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO”, CHAMADA “LISTA SUJA”.

IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS POR FALTA DE AMPARO LEGAL, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.

PARCELAS LIMITADAS AOS VALORES PLEITEADOS NA PETIÇÃO INICIAL E AOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELAS AUTORAS.

TUDO COM JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.

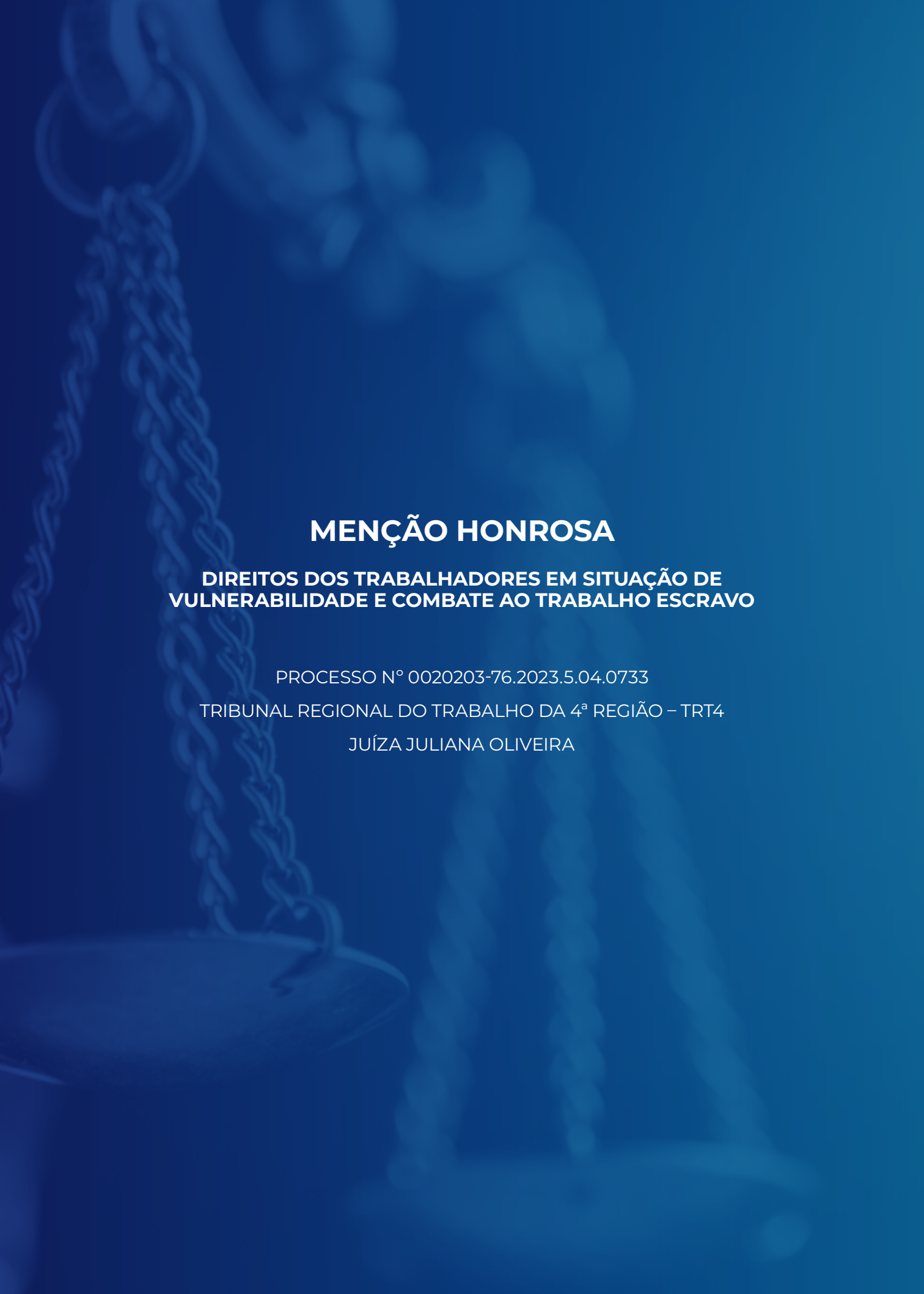
DEVERÁ O RECLAMADO OBSERVAR AS CONDIÇÕES E PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA SENTENÇA.

CUSTAS PELO RECLAMADO NO IMPORTE DE R\$ 11.215,42, CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, CONFORME CÁLCULO EM ANEXO.

FICAM AS PARTES CIENTES, POR MEIO DE SEUS PATRONOS, DO TEOR DESTA SENTENÇA A PARTIR DE SUA PUBLICAÇÃO NO DJET. NOTIFICAR O RECLAMADO REVEL. NADA MAIS.////

REDENCAO/PA, 23 de novembro de 2023.

OTAVIO BRUNO DA SILVA FERREIRA
Juiz do Trabalho Titular



MENÇÃO HONROSA

**DIREITOS DOS TRABALHADORES EM SITUAÇÃO DE
VULNERABILIDADE E COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO**

PROCESSO Nº 0020203-76.2023.5.04.0733

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO – TRT4

JUÍZA JULIANA OLIVEIRA

Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Ação Trabalhista - Rito Ordinário
0020203-76.2023.5.04.0733

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 06/04/2023

Valor da causa: R\$ 138.118,34

Partes:

RECLAMANTE: CTA CONTINENTAL TOBACCOS ALLIANCE S/A

ADVOGADO: RENAN SCHWENGBER

RECLAMADO: UNIÃO FEDERAL (AGU)

TERCEIRO INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
3ª VARA DO TRABALHO DE SANTA CRUZ DO SUL
ATOrd 0020203-76.2023.5.04.0733
RECLAMANTE: CTA CONTINENTAL TOBACCOS ALLIANCE S/A
RECLAMADO: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Vistos.

CTA CONTINENTAL TOBACCOS ALLIANCE S/A ajuíza processo trabalhista contra UNIÃO FEDERAL, na data de 6/4/2023. Formula as pretensões deduzidas no rol de pedidos da petição inicial. Dá à causa o valor de R\$ 138.118,34. Junta documentos.

Foi indeferida por este juízo a liminar requerida pela parte autora, em decisão que foi cassada em Mandado de Segurança.

A reclamada, em defesa, contesta fundamentadamente as pretensões da parte autora. Requer a improcedência da ação. Junta documentos.

A parte autora requer a produção de prova oral, a qual é indeferida por ser desnecessária.

É encerrada a instrução. São rejeitadas as tentativas de conciliação. São oportunizadas razões finais.

O Ministério Público do Trabalho emite parecer pela improcedência do feito.

É o relatório. Fundamentos da decisão

1. Os argumentos da petição inicial

A parte autora requer sejam anulados os 24 autos de infração listados na petição inicial e seja a parte ré condenada a devolver os valores quitados pelas multas aplicadas. Argumenta que os autos foram lavrados pela Auditoria Fiscal do Trabalho a partir de fiscalização realizada na propriedade rural de Eloar Martins e Rejane Isabel da Silva, no interior do Município de Venâncio Aires-RS, fundamentando sua responsabilidade (solidária) na circunstância de ter firmado contratos comerciais de compra e venda de tabaco em folha com os produtores rurais citados. Destaca o Auto de Infração (AI) n. 22.064.382-2, o qual ensejou seu registro no Cadastro de empregadores que submeteram trabalhadores a con-

dições análogas à de escravo (Lista Suja). Sustenta ter apresentado defesas e recursos administrativos, cujas decisões foram pela manutenção das supostas infrações e multas, as quais já foram quitadas para demonstrar ânimo de não judicializar a questão, intento que não foi possível manter dada a sua inscrição na Lista Suja.

Discorda da conclusão da Auditoria Fiscal do Trabalho de que tem responsabilidade solidária com os produtores rurais pela observância das normas trabalhistas, de segurança e medicina do trabalho (NR-31), pois não mantém nenhum vínculo de emprego, trabalho ou prestação de serviços com os produtores rurais integrados. Assevera que sua relação com os produtores, que é voluntária e não-exclusiva, é regida pela Lei de Integração Rural n. 13.288/2016, a qual prevê expressamente que a relação do integrador com o integrado, seus prepostos e empregados não é de emprego ou de prestação de serviços e, portanto, não há possibilidade de intervir na forma com que os agricultores conduzem seus próprios negócios ou de fiscalizar o cumprimento de suas obrigações. Invoca o art. 265 do Código Civil segundo o qual a solidariedade não se presume, resulta de lei ou da vontade das partes.

Entende que os Autos de Infração não observaram o que preconiza a Lei do Sistema Integrado de Produção, segundo a qual produtor rural é o dono da propriedade, decide se irá ou não plantar/produzir tabaco, coordena a produção do tabaco e decide se irá ou não contratar mão-de-obra; que o Auditor Fiscal do Trabalho não tem competência para declarar a formação de grupo econômico ou a existência de relação de emprego, tendo atuado ilegal e arbitrariamente no caso dos autos; que a obrigação imputada a si pela Auditoria Fiscal do Trabalho, com fundamento no art. 444 da CLT, era impossível de ser cumprida; quem deveria ter sido autuado e notificado para apresentar a sua defesa administrativa eram os produtores rurais integrados, os quais não sofreram autuações por parte do Ministério do Trabalho; não forma grupo econômico com os produtores integrados; a solidariedade sustentada pela Auditoria Fiscal do Trabalho não tem sustentação legal ou contratual; não tem poder de polícia sobre os produtores rurais; o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública contra todas as empresas do setor de tabaco, extinto por acordo firmado pelas empresas do setor, configurando coisa julgada.

Afirma que, em decorrência da fiscalização trabalhista na propriedade rural dos parceiros outorgados Eloar Martins e Rejane Isabel da Silva, adotou medidas que entendia cabíveis para sanear as questões postas pelos auditores fiscais; em Termo de Compromisso, datado de 11/8/2021, se comprometeu a seguir executando suas boas práticas de governança quanto às ações de combate ao trabalho infantil e em condições degradantes, bem como às normas de saúde e segurança concernentes às atividades desenvolvidas pelos produtores rurais integrados e seus

trabalhadores; em 10/3/2022 firmou acordo judicial com o Ministério Público do Trabalho obrigando-se ao pagamento de indenização aos trabalhadores contratados pelos parceiros outorgados acima identificados; o Ministério do Trabalho agiu abusivamente e não observou a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4, de 11/05 /2016, ao incluí-la na Lista Suja.

2. Os argumentos da contestação

A União sustenta a legalidade, obrigatoriedade e constitucionalidade dos autos de infração lavrados, sendo ônus da parte autora provar em sentido contrário; a atividade da Auditoria-Fiscal do Trabalho é caracterizada pelo exercício do poder de polícia administrativa, pelo que o acordo firmado com o Ministério Público do Trabalho não obsta o exercício pleno das atribuições da Inspeção do Trabalho, sendo distintas e independentes as atividades dos dois órgãos; o TAC firmado com o Ministério Público do Trabalho não obsta a atuação da Auditoria Fiscal do Trabalho; a descrição da situação fática feita por Auditor-Fiscal do Trabalho, bem como as demais informações prestadas no auto de infração, goza de presunção de veracidade, atributo inerente aos atos administrativos.

Prossegue afirmando que no caso do trabalho em condições análogas à de escravo, é possível a responsabilização do tomador de serviços, mesmo que a culpa *stricto sensu* recaia pessoalmente em terceiro, desde que este tenha trabalhado em favor daquele, cumprindo as tarefas que foram contratadas, tal como ocorreu no caso dos autos, sendo o demandante o destinatário final da força de trabalho despendida no local. Entende que o cumprimento da norma de proteção ao trabalho deve ser exigido de quem se utiliza diretamente a mão-de-obra para a consecução da atividade econômica, ou seja, de quem tem condições de observá-las efetivamente, citando a Lei n. 6.019/1974, o item 31.3.3 da NR-31 e o art. 17 da Convenção n. 155 da OIT. Também fundamenta a responsabilidade da parte autora na culpa *in eligendo* (art. 932, III do CC c/c art. 8.º, §1.º, da CLT). Considera que caberia à parte autora, seja por ser a tomadora de serviços prestados, seja por ser a destinatária final dos serviços prestados (o que atrai sua responsabilidade trabalhista), seja para preservar a função social da propriedade (art. 5.º, XXIII e art. 186, III, da CF/88), desvirtuada pela prática de trabalho em condição análoga à de escravo, tomar providências no sentido de coibir as práticas verificadas.

Sobre o cadastro da parte autora no Cadastro de empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas à de escravo, diz que não tem natureza sancionatória, mas apenas informativa, e a Portaria Interministerial MT /MMIRDH nº 4/2016 teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 509/DF. A repressão a práticas de redução de trabalhadores a condição de escravo ou análoga à de escravo tem amparo em diversas normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil; a proteção à

dignidade humana, no que tange à liberdade de trabalho, foi elevada à categoria de direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos; tanto a OIT quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possuem disposições que buscam reprimir a prática de trabalho escravo; na Constituição Federal, o combate ao trabalho escravo ou análogo à escravidão tem amparo no fundamento republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), no reconhecimento do trabalho como um valor social (art. 1.º, IV) e direito fundamental social (art. 6.º) e na garantia do direito fundamental à liberdade de trabalho (art. 5º, XIII). Discorre sobre as características do trabalho escravo contemporâneo.

3. A competência dos auditores-fiscais do trabalho Dispõe a Lei n. 10.593/2002:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

[...].

Os auditores-fiscais não declararam a formação de grupo econômico ou a existência de relação de emprego, apenas identificaram elementos que entendem permitir a sua caracterização. Atuaram dentro dos limites das suas atribuições funcionais, pois apenas identificaram supostos descumprimentos da legislação e impuseram as penalidades que entenderam pertinentes. Sem fazer a correspondência entre o fato fiscalizado e a legislação aplicável o auditor-fiscal não tem meios de cumprir com seu dever.

A declaração ou não da formação de grupo econômico será objeto de julgamento nestes autos. A existência de relação de emprego sequer é objeto deste debate, pois a Auditoria Fiscal do Trabalho não reconhece a parte autora como empregadora dos trabalhadores resgatados.

4. A suposta coisa julgada

O acordo firmado no processo n. 0020523-03.2021.5.04.0732 com o Ministério Público do Trabalho e Defensoria Pública da União (ID b6eec80) não faz coisa julgada da controvérsia debatida nos autos. O acordo resolve tão somente as pretensões de direitos individuais homogêneos dos substituídos naqueles processos, no qual é postulada a existência de contrato de emprego dos trabalhadores informais com a CTA.

O acordo naqueles autos não extingue a pretensão punitiva do Estado perante a verificação de ilícitos trabalhistas. Em que pese os fatos que fundamentam ambas as pretensões (naquele e neste processo) sejam idênticos, as partes, os pedidos e as causas de pedir são distintas.

O mesmo ocorre com o acordo firmado em Ação Civil Pública, ID 9a983ec. Em que pese a reclamada não trazer aos autos a petição inicial da ação na qual ocorreu a conciliação, percebe-se que o acordo estabelece obrigações gerais e preventivas. Não dizem respeito a um caso concreto como o discutido nos autos.

Por conseguinte, não há coisa julgada a pronunciar.

5. A prova testemunhal requerida

A parte autora postulou a produção de prova testemunhal “a fim de demonstrar os elementos que envolvem a relação mantida entre a empresa e os produtores rurais e demais fatos que lastreiam os pedidos da parte autora”.

A parte autora não cita nenhum fato específico sobre o qual pretende que recaia a sua prova. A relação mantida entre a empresa e os produtores rurais tem seus contornos estabelecidos em lei específica. Ademais, do cotejo entre a petição inicial e a defesa se verifica que nenhum fato é controvertido nos autos, nem mesmo aqueles que ensejaram a autuação pela Auditoria Fiscal do Trabalho.

A ausência de indicação de um objeto claro para a instrução probatória demonstra mero intuito da parte autora em protelar o feito, pois enquanto não for proferida a sentença, subsistirá a liminar que suspendeu sua inscrição na Lista Suja.

6. Os autos de infração e a delimitação da lide

A parte autora relaciona em sua petição inicial os autos de infração impugnados e o conteúdo sumário de cada um deles. Os documentos encontram-se nos autos de forma bastante organizada (ID dc6485c e seguintes). Por tais motivos, deixo de descrevê-los pormenorizadamente nesta sentença.

Os 24 autos de infração lavrados pela Auditoria Fiscal do Trabalho, em 15/03/2021, dizem respeito ao descumprimento de diversos direitos trabalhistas. Estão baseados em um contexto fático-jurídico comum (situação dos trabalhadores na propriedade e a relação contratual do proprietário com a autuada), além de fatos específicos que conduzem às

infrações enunciadas nas respectivas ementas. Temos como contexto comum o seguinte histórico:

Trata-se de ação fiscal desenvolvida na modalidade Auditoria Fiscal Mista, conforme art. 30, § 3º, do Decreto Federal n. 4.552, de 27/12/2002, realizada em conjunto com o Ministério Público do Trabalho e com a Polícia Federal, da qual participaram 07 (sete) Auditores-Fiscais do Trabalho; 01 (um) Procurador do Trabalho, acompanhado por 01 (um) Agente de Segurança Institucional; e 03 (três) Agentes da Polícia Federal.

A ação fiscal, que encontra-se em curso até a presente data, iniciou-se em 22/02/2021, com a realização de inspeção em propriedade rural de ELOAR MARTINS, localizada na Linha Mangueirão, zona rural do município de Venâncio Aires/RS, [...].

Na oportunidade, foram entrevistados o produtor rural ELOAR MARTINS, CPF: 567.108.360-53, e sua esposa REJANE ISABEL DA SILVA, CPF: 603.721.500-63, bem como trabalhadores encontrados laborando nessa e em duas outras “moradas” que também foram inspecionadas. Explique-se que além da sua, o proprietário rural possuía 02 (duas) outras “moradas”, isto é, áreas cultiváveis servidas de edificações rurais destinadas à moradia familiar, bem como à secagem e armazenamento do fumo, e à guarda de implementos, insumos, ferramentas e máquinas.

Na primeira morada inspecionada, laboravam além dos proprietários, o filho Dijulian Nestor da Silva Martins, de 14 (quatorze) anos, e o vizinho Tiago Emanuel de Paula, de 17 (dezesete) anos. Na segunda morada residiam e laboravam o casal Leandro Daniel Rodrigues Brandão e Marli da Silva, além do filho mais velho de Marli, Allisson Erni da Silva, de 16 (dezesesseis) anos, não sendo apurado o labor dos outros dois filhos menores de Marli, Nicolas Rosiel da Silva, de 14 (quatorze) anos, e Vitor Gabriel Machado, de 11 (onze) anos, que também residiam no local. Na terceira morada residia e laborava Cristiano Berlim Galvão. Também laboravam nessa morada Sabrina Vieira da Silva e seus 04 (quatro) filhos: Murilo Silveira da Silva, de 15 (quinze) anos, Otávio Silveira da Silva, de 12 (doze) anos, Gisely Mariane Vieira da Silva, de 10 (dez) anos, e Diogo Waldemar Vieira da Silva, de 9 (nove) anos. Embora Sabrina e seus filhos não residissem no local, por muitas vezes mantiveram-se alojados em razão da demanda de trabalho, notadamente na época da colheita e secagem do fumo.

No atual estágio da produção, os trabalhadores laboravam na classificação ou “sortimento” das folhas (por cor e tamanho) e formação das chamadas “manocas” (folhas de fumo de mesma classificação amarradas pelo talo) e na produção dos fardos, visando à entrega à Autuada. Essa atividade era desenvolvida na edificação rural destinada ao armazenamento do fumo, que no caso da segunda e da terceira morada eram contíguas às moradias. Ex-

plique-se, sucintamente, que a safra de fumo se inicia com o preparo da terra e a produção das mudas, ao que se segue a transplantação dessas mudas, uma a uma, para a área de cultivo (plantio), a colheita, a secagem em estufa, a classificação, o preparo das chamadas “manocas” e o enfardamento do fumo para transporte e comercialização.

Após o término da auditoria na propriedade rural, a equipe fiscal diligenciou até a sede da Autuada, sendo recebida por Gilmar da Silva, Gerente de Produção Agrícola, que apresentou os documentos solicitados e prestou esclarecimentos sobre a relação da empresa com o produtor rural, funcionamento do contrato de integração, formas de supervisão e controle da empresa sobre a produção, e iniciativas para combate ao trabalho infantil e trabalho degradante em sua cadeia produtiva. Na ocasião, também prestaram esclarecimentos os empregados Marcos Voese, Gerente de Assuntos Regulatórios, Paulo Cesar Glesse, Supervisor de Produção, e Adriano Roberto da Silva, orientador agrícola que efetuava visitas à propriedade rural e conhecia o produtor rural e os demais trabalhadores que lá cultivavam fumo em favor da Autuada. Foram apresentados os seguintes documentos: contratos de integração, extratos das contas dos produtores rurais, relatórios de informação da produção integrada, notas fiscais de comercialização de produtos – insumos, EPIs e do fumo em folhas – registros em livro e em tablet das visitas realizadas pelo orientador agrícola à propriedade rural, cadastro dos menores de 18 anos, atestados de matrícula escolar dos menores de 18 anos, cartilha e folder entregues aos produtores rurais).

Através das inspeções, entrevistas com os envolvidos e análise documental, verificou-se que para cada morada havia um contrato de integração mantido com a Autuada para a safra 2020/2021. Foram apresentados 03 (três) contratos de integração, celebrados entre a Autuada, e os produtores integrados Eloar Martins e/ou Rejane Isabel da Silva, Rejane Isabel da Silva e/ou Eloar Martins, e Luciana Maria Imming e/ou Diene Jerris dos Santos, sendo os dois primeiros para o cultivo de 50 mil pés de fumo, e o último, em nome da nora e do filho de Eloar e Rejane, para o cultivo de 40 mil pés de fumo. Na prática, verificou-se que o último contrato aplicava-se à morada dos produtores rurais, aqui denominada de primeira morada; o contrato em que Eloar figurava como primeiro titular aplicava-se à segunda morada (do casal Marli e Leandro); e o contrato em que Rejane figurava como primeira titular, aplicava-se à terceira morada (do casal Sabrina e Cristiano).

[...]

Em decorrência dos contratos de integração, é comum que produtores rurais admitam terceiros para trabalharem em suas propriedades, seja na condição de parceiros agrícolas ou mesmo informalmente, como é o caso em tela. Os trabalhadores Leandro Daniel Rodrigues Brandão, Marli da Silva, Cristiano Berlim Galvão e Sabrina Vieira da Silva não possuíam contrato de integração com a indústria processadora de fumo Autuada; não possuíam contrato

de parceria agrícola formalizado com o proprietário da área; não possuíam bloco de notas de produção rural que permitisse a comercialização de sua parte do fumo cultivado, e também não possuíam registro como empregados. Esses trabalhadores não possuíam terra, meios de produção ou outra fonte de renda para a própria subsistência durante o período de cultivo do fumo, necessitando de adiantamentos do produtor rural para a aquisição de mantimentos até a entrega do produto. Haviam se comprometido a cultivar 50 mil pés de fumo em nome dos produtores rurais.

Apurou-se, junto à Autuada, que para o cultivo de 50 mil pés de fumo são necessários, no mínimo três trabalhadores. Na época da colheita, ainda pode ser necessária a força de trabalho de outros trabalhadores.

A Autuada tinha conhecimento – através das visitas de seu orientador agrícola - dessa relação informal entre o produtor rural e aqueles por eles denominados de “sócios”, ou seja, sabia que dois contratos mantidos pelo produtor rural seriam cumpridos pelas famílias dos “sócios”; sabia que em cada família só havia dois trabalhadores maiores de 18 (dezoito) anos; e que esses “sócios” possuíam filhos menores, tanto que solicitava a comprovação de suas matrículas e frequências escolares.

A equipe fiscal constatou que cinco, dos sete menores que residiam na segunda e na terceira morada, e inclusive o filho do produtor e um vizinho, contribuía com sua força de trabalho em benefício da Autuada. Ou seja, eram vítimas do trabalho infantil. O trabalho no processo produtivo do fumo é proibido para menores de 18 (dezoito) anos, sendo considerado, em conformidade com o Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008, em razão dos riscos e das prováveis repercussões à saúde, uma das piores formas de trabalho infantil. Tal situação ensejou o afastamento dos menores do trabalho.

Não menos grave era a precariedade das moradias e das condições do meio ambiente laboral a que essas duas famílias, que não possuíam meios outros de subsistência que não fosse o proveniente do cultivo de fumo, estavam expostas. Suas habitações – instaladas junto aos locais de armazenamento de fumo – eram estruturas em precárias condições sanitárias e de conservação. A água era proveniente de poços insuficientemente protegidos, sendo manifestamente imprópria para consumo humano. Inexistiam medidas de proteção contra os riscos presentes na atividade. Adultos e adolescentes laboravam sem o uso de equipamentos de proteção individual para controle dos riscos oferecidos por agrotóxicos, e mesmo para controle do contato dérmico com a folha verde do fumo durante a colheita. Quanto a isso, importante mencionar que crianças, adolescentes e adultos relataram queixas compatíveis com intoxicação aguda (náuseas, vômitos, dores de cabeça) em razão da exposição da pele à nicotina durante a colheita realizada na propriedade.

Em análise aos recibos dos adiantamentos efetuados aos trabalhadores pelo produtor rural integrado, verificou-se que ao longo de dez meses de trabalho, as famílias, cuja força de trabalho provinha de adultos, adolescentes e crianças, haviam contado com renda média mensal próxima de um terço do salário mínimo nacional vigente. E não havia expectativa de que a venda do fumo que estava sendo classificado, após a quitação da dívida com a indústria processadora proveniente dos insumos, seguros e encargos financeiros, e da divisão com o parceiro, pudesse alcançar, ao menos, um salário mínimo para cada trabalhador por mês de trabalho. Em verdade, o acerto final não alcançaria sequer um salário mínimo por trabalhador.

Nesse contexto, verificou-se que os trabalhadores Leandro Daniel Rodrigues Brandão, Marli da Silva, Allisson Erni da Silva, Cristiano Berlim Galvão Sabrina Vieira da Silva, Murilo Silveira da Silva, Otávio Silveira da Silva, Gisely Mariane Vieira da Silva e Diogo Waldemar Vieira da Silva, desempenhavam pessoalmente, de forma não eventual, onerosa e subordinada, todos os serviços necessários ao cultivo de fumo em benefício de um grupo econômico, no qual a Autuada figura como empresa dominante/controladora, absorvendo toda a produção e com clara relação de dependência econômica (não fosse o seu financiamento, essa produção não existiria). Imputou-se, assim, em razão da proteção constitucional à relação de emprego, a responsabilidade pelos vínculos empregatícios dos trabalhadores informais à Autuada, com a lavratura de auto de infração por infringência ao disposto no art. 41, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em razão das graves violações aos direitos humanos da sua força de trabalho, da horizontalidade dos direitos fundamentais que devem pautar também as relações entre os particulares, e pela não atuação diligente para que essas graves violações mencionadas não ocorressem em sua cadeia produtiva, também responsabilizou-se a Autuada pela submissão dos trabalhadores à condição análoga à de escravo, conforme restou demonstrado em auto de infração específico lavrado na presente ação fiscal, capitulado no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho. Diante disso, a equipe fiscal procedeu ao resgate desses trabalhadores, adultos, adolescentes e crianças, em cumprimento estrito ao art. 2º-C da Lei 7998/90, que determina que sejam resgatados os trabalhadores encontrados nessa situação durante ação de fiscalização do trabalho.

[...].

A efetiva ocorrência dos fatos que ensejaram os autos de infração, quer na sua narrativa comum, quer nos fatos específicos que ensejaram cada uma das penalidades, não é contestada pela parte autora. O enquadramento legal realizado pela fiscalização para tipificar os comportamentos infringentes à legislação também não foi impugnado. Ou seja, todo o escorço fático citado nos autos de infração

ocorreu da forma descrita pela Auditoria Fiscal do Trabalho e correspondem aos dispositivos legais citados na autuação.

O foco da defesa da reclamada e na ausência de solidariedade com o produtor rural com o qual contratou e na sua impossibilidade de fiscalizá-lo.

Logo, o que se discute nos presentes autos não são as condutas constatadas na propriedade rural fiscalizada, nem o seu enquadramento jurídico como ilícito trabalhista, mas sim, a possibilidade de a parte autora ser autuada, multada e incluída no Cadastro de empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas à de escravo pelo desrespeito, fora do seu estabelecimento, das normas de direito do trabalho.

7. O contrato de integração e a formação ou não de grupo econômico

A relação jurídica de integração vertical, regida entre as partes

pelo contrato de integração e pela Lei n. 13.288/16, tem por objetivo regular, planejar e realizar a cadeia produtiva de diversos bens de consumo cuja produção inicia no campo (agricultura, pecuária, silvicultura, aquicultura, pesca ou extrativismo vegetal), passa ou não pela indústria e termina no consumidor final.

O caso dos autos versa sobre a cadeia produtiva do fumo, na qual os produtores integrados (agricultores) cultivaram fumo para ser vendido à empresa integrada (no presente caso, a parte autora, que tem por objeto econômico a comercialização do tabaco em folha). O reconhecimento desta forma de contratação está expresso nos autos de infração:

Importante mencionar que o processo produtivo do fumo no sul do país é organizado através do sistema integrado de produção, que se estabelece a partir de um contrato firmado entre uma indústria processadora das folhas de fumo e um produtor rural, que geralmente faz uso da mão de obra familiar. A coordenação de todo o processo produtivo se dá pelas indústrias fumageiras, que são responsáveis pelo financiamento da produção, através do fornecimento dos insumos necessários, pela assistência técnica ao produtor, e pela compra de toda a produção ao término da safra (a partir da classificação do fumo e do valor por ela estabelecido).

De acordo com o contrato de integração apresentado, a Autuada, denominada "Integradora" compromete-se a prestar assistência técnica, a recomendar e disponibilizar para aquisição as sementes e demais insumos agrícolas básicos necessários, e a adquirir a totalidade da produção do tabaco em folha decorrente do plantio estabelecido em contrato. O produtor rural, denominado "produtor integrado", responsabiliza-se por todas as fases da cultura até

a entrega para a comercialização, seguindo a orientação técnica da integradora, bem como por todos os encargos sociais, fiscais e/ou trabalhistas advindos de eventual contratação de mão de obra.

Em resumo, pelo contrato de integração, a Autuada compromete-se com o financiamento da produção, assistência técnica e compra de toda a produção, e o produtor rural compromete-se com a disponibilização da área de terras e com a mão de obra necessária em todas as etapas do cultivo. A despeito da colheita ser a atividade que mais demanda a mão de obra de trabalhadores, os tratos culturais exigem a mão de obra de trabalhadores ao longo de todo o ano. Trata-se de cultura, em regra, pouco mecanizada e enormemente dependente de mão de obra.

Nos termos da Lei n. 13.288/16, a Integração Vertical, relação jurídica por ela definida, não configura prestação de serviço ou relação de emprego entre integrador e integrado, seus prepostos ou empregados (art. 2º, §3º). Entretanto, a Lei não trata especificamente da responsabilidade do integrador pelo descumprimento das obrigações trabalhistas do integrado, havendo uma lacuna legislativa a ser suprida pelo julgador.

Trata-se de matéria nova. A responsabilidade da empresa integradora pelo descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do produtor integrado constitui questão ainda não julgada pelo TRT da 4ª Região ou TST, em que pese tratar-se de relação jurídica corriqueira na produção do fumo, merecendo atenção e destaque.

Ao contrário do que consta na tese defensiva da União, a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, garantida pela Lei n. 6.019/74 (art. 5º, §5º), com as alterações das leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, não se aplica ao caso concreto dos autos. Esta lei regula o contrato de prestação de serviços, e a configuração da prestação de serviços entre integradora e integrado é expressamente excluída pelo art. 2º, §3º, da Lei n. 13.288/16, acima citado.

A Auditoria Fiscal do Trabalho, para fins de autuação da parte autora, entendeu pela formação de grupo econômico entre empresa integradora e produtores integrados, *no qual a Autuada figura como empresa dominante /controladora, absorvendo toda a produção e com clara relação de dependência econômica (não fosse o seu financiamento, essa produção não existiria).*

A situação fática verificada, portanto, é de trabalhadores informais, prestando serviços a um casal de produtores rurais, os quais contrataram, mediante contrato de integração, com a empresa autora, a entrega da sua produção.

O contrato firmado entre a parte autora e os produtores integrados prevê uma série de parâmetros a serem observados obrigatoriamente pelo produtor: *orientações técnicas estabelecidas pela integradora e utilização de EPI (cláusula 2.1); exigência de unidade de cura e paiol na propriedade (4.1); utilização somente de sementes, fertilizantes e agrotóxicos recomendados pela integradora (5.1); boas práticas agrícolas (9.1), diversificação de culturas (9.2), fornecimento de tabaco em folha manocada, enfardado e isento de matéria estranha, com teores de umidade específicos (10.1), observância de exigências de seus clientes internacionais (11.3), etc.* (ID f319a38).

Percebe-se que a compra e venda não é ajustada sobre o produto final cultivado livremente pelo produtor rural (como ocorre na cultura do soja, arroz e trigo na região), mas sim, sobre um produto com padrões previamente estabelecidos para atender à demanda específica da parte autora. Tais obrigações deixam claro o controle que ela exerce sobre a atividade do produtor, também empresário (art. 966 do Código Civil).

Além do controle sobre a atividade, há o controle econômico da integradora, a qual custeia boa parte dos insumos necessários à produção rural, pois, os pequenos produtores com os quais contrata utilizam o pequeno lucro da lavoura de fumo para sua própria subsistência. Com bem salientou a Auditoria Fiscal do Trabalho, sem esse financiamento a produção não existiria. Observe-se o conteúdo da cláusula 8 do contrato de integração, na qual a integradora se compromete a “garantir eventual financiamento do produtor integrado”.

Na cláusula 6 a integradora se compromete a fornecer orientação técnica, disponibilizar EPIs e vestimenta para compra, fornecer logística reversa para lavagem de embalagens vazias de agrotóxicos, pagar o transporte do tabaco se houver a efetivação da venda.

Existe, ainda, a exigência de exclusividade, ajustada contratualmente (cláusula 10 do contrato de integração). E, pela cláusula 4.10, o produtor compromete-se a “vender integralmente a sua produção de tabaco em folha decorrente do volume acima contratado à integradora”. E também, “será considerado descumprimento do contrato de o produtor integrado deixar de fornecer o tabaco de acordo com a proporcionalidade de volume por produção de planta”.

Ainda que o produtor possa escolher com qual empresa contratar, após esta escolha, a relação de controle se estabelece, jurídica e economicamente.

Portanto, é aplicável a Lei n. 5.889/73, que regula as relações de trabalho rural, segundo a qual, *Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural,*

serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego (art. 3º, §2º).

Sem prejuízo do que já foi argumentado, a lei citada não ignora a formação de grupo econômico ou financeiro entre empresas com autonomia própria. De acordo com o respeitado doutrinador Délio Maranhão (Instituições de Direito do Trabalho, 21ª ed., p. 297-9):

A concentração do poder econômico, que o economista Paul A. Samuelson qualifica de “tremenda”, constitui uma das principais características do capitalismo moderno. Uma das principais teorias, em que se baseia o sistema capitalista de produção, é a da “livre concorrência”. Como escreve Samuelson, “a competição tal como existe na realidade econômica não é perfeita. Talvez até esteja se tornando menos perfeita, devido ao caráter fundamental da produção em larga escala”. [...] “Canalizar as aptidões tremendamente criadoras da corporação moderna de larga escala para o bem público, tal é o problema do futuro”.

Um dos aspectos sob os quais se apresenta o fenômeno que vimos de referir é o da chamada integração econômica, que consiste em realizar uma só empresa operações conexas, que a especialidade teria dividido entre várias empresas independentes. [...] A integração, muitas vezes, é obtida através da associação de estabelecimentos (grifos meus).

[...]

Vimos que a concentração econômica pode assumir os mais variados aspectos. E, desde que ao juiz se depare com esse fenômeno, o dever lhe impõe a aplicação daquele dispositivo legal (o autor indica o art. 2º, §2º, da CLT, mas o mesmo se aplica ao art. 3º, §2º, da Lei n. 5.889/73).

No caso dos autos, percebemos esta concentração econômica nas mãos da parte autora, a empresa integradora, que se associa aos produtores rurais através do contrato de integração para atingir seus objetivos empresariais, adquirindo matéria-prima nos padrões necessários ao seu empreendimento.

Portanto, a relação de integração não é mero contrato de compra e venda como alega a parte autora, tanto que exige legislação própria. Trata-se de um vantajoso modo de aquisição de matéria-prima, para o qual pouco interferem as leis de mercado, na medida em que há uma comercialização necessária do produtor para a integradora de uma parte substancial da sua produção, ajustada previamente segundo os critérios da integradora.

Nessas circunstâncias, isentar a integradora de responsabilidade pelo descumprimento de obrigações legais por parte do produtor integrado não coaduna com o sistema jurídico vigente.

A própria Lei n. 13.288/2016 estabelece que tanto o produtor integrado como a empresa integradora são responsáveis por danos ao meio ambiente (art. 10). Não poderia ser diferente, pois ambos fazem uso da terra, o produtor para cultivar sua lavoura, e a integradora, para obter seu bem de produção. O legislador reconhece, ainda que indiretamente, que empresa integradora e produtor integrado formam um grupo que extrai proveito do cultivo da terra e, portanto, solidariamente responsável pelos danos causados ao meio ambiente.

A lógica no âmbito do direito social do trabalho deve ser necessariamente a mesma. Se a mão de obra do trabalhador contratado para auxiliar na lavoura é essencial à produção do tabaco (assim como a terra e o meio ambiente), ela beneficia tanto o produtor rural como a empresa integrada.

De acordo com o conteúdo do auto de infração, o qual não é negado: *Apurou-se, junto à Autuada, que para o cultivo de 50 mil pés de fumo são necessários, no mínimo três trabalhadores. Na época da colheita, ainda pode ser necessária a força de trabalho de outros trabalhadores* (grifo meu).

Assim, por força da contratação de mão de obra de terceiros, a parte autora obteve a produção de pés de fumo excedentes aos que a família do produtor integrado tinha capacidade de produzir com sua própria força de trabalho. Os trabalhadores resgatados da informalidade e das condições degradantes participaram do contrato de integração fornecendo a mão de obra necessária para que este fosse executado.

Se no contrato de prestação de serviços (Lei n. 6.019/74), no qual a empresa contratante não financia a atividade econômica da prestadora dos serviços, o legislador previu a responsabilidade subsidiária da primeira pelas dívidas trabalhistas da segunda, com mais razão se faz necessária a responsabilidade da empresa integradora na relação jurídica ora discutida, de total dependência técnica e financeira do produtor rural.

O Sistema Integrado de Produção deve ser interpretado com base nos princípios da função social da propriedade (inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal) e da função social do contrato (art. 421 do Código Civil). À luz destes preceitos, não é possível aceitar que o uso da propriedade e os efeitos dos contratos ofendam interesses coletivos e difusos, a dignidade da pessoa humana e o direito individual de terceiros.

Além disso, a empresa integradora, assim como as demais, tem responsabilidade social, como corolário do disposto no art. 170 da Constituição Federal: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.* Consequentemente, não se pode interpretar a relação jurídica do Sistema Integrado de Produção de forma a isentar um dos seus participantes de toda e qualquer responsabilidade pela existência digna dos trabalhadores que são o sustentáculo deste sistema.

Nessas condições, reconheço a formação de grupo econômico entre a parte autora e os produtores integrados e a consequente responsabilização solidária de ambos pelo descumprimento do ordenamento jurídico trabalhista que desencadeou a fiscalização e consequente autuação pela Auditoria Fiscal do Trabalho.

8. O trabalho em condições degradantes e análogas à escravidão

Ainda que não se concorde com a conclusão acima, existem violações de direitos que merecem uma argumentação adicional, dada a sua relevância social e interesse difuso a ser protegido.

Pelo Auto de Infração n. 22.064.382-2, a parte autora foi responsabilizada pela conduta de: *Manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposições de proteção do trabalho, quer seja submetido a regime de trabalho forçado, quer seja reduzido à condição análoga à de escravo.* (Art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c art. 2º da Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990).

Como já referido acima, a parte autora não nega a ocorrência dos fatos na propriedade do produtor integrado, apenas insurgindo-se contra a sua responsabilização pelos ilícitos, especialmente em relação à redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo.

No âmbito internacional, a prática da conduta autuada pelo MTE é vedada pela Convenção n. 29 da OIT, Convenção n. 105 da OIT, Convenção sobre a Escravidão de Genebra, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, todas ratificadas pelo Brasil.

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos identificam o trabalho escravo e degradante como uma grave ofensa aos direitos humanos. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, artigo IV, estabelece que *ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.* Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 8º, estabelece que ninguém poderá ser submetido à escravidão. Assim, a proibição do trabalho escravo é absoluta no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 6º, reconhece o direito de toda a pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, cabendo aos Estados-partes tomar todas as medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. Frisa, ademais, que os Estados-partes reconhecem o direito de toda a pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis (Flávia Piovesan, em artigo na obra Trabalho Escravo Contemporâneo – O desafio de superar a negação, p. 162).

Ainda, nas palavras da autora e Desembargadora do TRT da 4ª Região, Luciane Cardoso Barzotto (Direitos Humanos e Trabalhadores, p. 37):

Os direitos de terceira geração são uma reinterpretação dos direitos sociais. Estes são reformulados para novas situações e exigências, em busca de uma maior efetividade. Relacionam-se às várias esferas de poder, porque dizem respeito ao funcionamento eficiente das instituições. São tidos também como direitos cotidianos ou difusos. [...]

[...] o trabalho escravo atenta contra a liberdade, a igualdade e a solidariedade, afrontando todas as gerações de direito [...].

Assim, o trabalho em condições degradantes e análogas à escravidão constitui ofensa aos direitos humanos, direito difuso por excelência. Se a empresa integradora é solidariamente responsável pela proteção do meio ambiente na propriedade integrada, que também é direito difuso, cabe uma interpretação analógica do art. 10, *caput*, e §1º, da Lei n. 13.288/2016 ao caso concreto, estendendo à integradora a responsabilidade pela existência de trabalho escravo na execução do contrato de integração.

A Convenção n. 29 da OIT estabelece no seu art. 4º: *A autoridade competente não imporá nem permitirá que se imponha trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, empresas ou associações.* Para tanto, o Estado Brasileiro deve estar dotado de todos os mecanismos necessários a coibir a denegação da condição humana aos trabalhadores. Na lacuna legislativa, o julgador deve usar dos métodos interpretativos legalmente disponíveis para dar cumprimento às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Conclui-se, então, que, tanto a empresa integradora, quanto produtor integrado são responsáveis pela proteção dos direitos humanos no âmbito da lavoura integrada, compreendido neste conceito o trabalho livre e digno, em condições justas e adequadas. A violação destes direitos enseja a responsabilidade solidária do produtor integrado e da empresa integradora.

9. O trabalho infantil

Pelo Auto de Infração n. 22.068.892-3, a parte autora foi responsabilizada pela conduta de: *Manter em serviço trabalhador com idade inferior a 16 (dezesesseis) anos. (Art. 403, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho).*

O contrato de integração firmado entre a parte autora e os produtores integrados veda a utilização de trabalho de menores de 18 anos (cláusula 14.2). Entretanto, o trabalho infantil na propriedade do produtor integrado não é negado.

Além de todos os fundamentos contidos nos itens anteriores, pela responsabilização da parte autora, cumpre citar o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual, *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária* (grifo meu). Assim, a responsabilidade da parte autora pela repressão ao trabalho infantil ultrapassa os limites contratuais que a une ao produtor integrado.

Ciente deste dever legal, o SINDITABACO (Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco), há mais de 15 anos, desenvolve ações para conscientizar o produtor a cumprir a legislação que veda o trabalho infantil. Essa é uma das bandeiras sociais mais importantes das empresas fumageiras no Brasil e a parte autora demonstrou negligência com este compromisso.

Assim, também por tais argumentos, deve ser reconhecida a sua responsabilidade pela ocorrência de trabalho infantil na propriedade do produtor integrado.

10. A possibilidade ou não de fiscalização pela parte autora

Um dos principais argumentos da parte autora é a sua suposta impossibilidade de fiscalizar os produtores rurais por não ter poder de polícia e por estar limitada pelo direito de propriedade deles.

Reporto-me aos argumentos anteriores, no tocante a todo o controle exercido pela parte autora por força do contrato de integração.

Além disso, a parte autora e o Ministério Público do Trabalho, em 11/8/2021, firmaram Termo de Compromisso (ID e9ebd59) para a adoção de diversas condutas, positivas e negativas, pela parte autora, *visando ampliar conscientização na cadeia produtiva que envolve integração do tabaco, desde o cultivo, colheita a beneficiamento, com vistas a adoção*

de política sobre trabalho infantil e condições de trabalho alusivas à saúde e segurança e dignidade na execução do mesmo (sic).

Segundo este compromisso, sobre o trabalho de crianças e adolescentes menores de 18 anos em todas as etapas do cultivo do tabaco, a parte autora tem as obrigações de conscientização dos seus produtores integrados, através de seus técnicos agrícolas, sobre a vedação desta prática; comunicação ao Ministério Público do Trabalho sobre eventual advertência dirigida a produtor integrado, por indícios de trabalho de menores de 18 anos; fazer constar nos contratos de integração a vedação de trabalho infantil, com cláusula rescisória por tal motivo.

Sobre as demais condições de trabalho, a parte autora se compromete a realizar treinamento de seus produtores integrados e dos trabalhadores que ele utilizar na produção sobre o correto uso e armazenagem de agrotóxicos, através de seus técnicos agrícolas, de forma individual ou coletiva; fazer constar nos contratos de integração a observância das condições de saúde e segurança de trabalho, nos termos da legislação vigente, e dos preceitos de dignidade no trabalho com todos que envolver na produção.

Sobre a fiscalização das condições de trabalho no produtor integrado, a parte autora deverá promover a estruturação de mecanismo de controle permanente com periodicidade do monitoramento *in loco*, em várias etapas da relação, mediante uso de pessoal interno ou externo, com monitoramento obrigatório de trabalho infantil, saúde e segurança no trabalho e dignidade no trabalho. Deverão adotar mecanismos que possibilitem identificar, prevenir e erradicar tais condições e prestar contas da efetividade do monitoramento realizado.

Da análise dos termos do compromisso é possível inferir que a parte autora tem recursos materiais e jurídicos para realizar a fiscalização do produtor integrado, dos trabalhadores por ele contratados e das condições de trabalho na sua propriedade rural. Assim, cai por terra parte dos argumentos da petição inicial, de inviabilidade fática e jurídica da fiscalização por parte da integradora.

Ademais, não é verdade que é necessário poder de polícia e violação do direito de propriedade para que a integradora adote uma postura de

prevenção de ilícitos trabalhistas nas propriedades dos produtores integrados. A parte autora, na condição de contratante e detentora de recursos técnicos e econômicos superiores aos do produtor, pode e deve auxiliar o poder público a prevenir (através da informação advertência), identificar (através da fiscalização dos orientadores agrícolas e/ou auditorias especialmente contratadas), e auxiliar a erradicar (através da denúncia)

os ilícitos constatados na cadeia produtiva do tabaco, mediante as condutas acima já assumidas, as quais não violam direito dos produtores ou de terceiros.

Tais condutas decorrem da observância da sua função social como empresa e contratante, já analisada acima, com fundamento nos artigos art. 5º, inciso XXIII, e 170, da Constituição Federal e art. 421 do Código Civil. Portanto, não implica violação ao princípio da legalidade.

11. Os precedentes do TRT da 12ª Região

Inicialmente, não é demais esclarecer que os precedentes citados não são vinculantes. Apenas me manifesto sobre eles para esgotar meu dever de fundamentação.

A sentença do processo n. 0000688-27.2021.5.12.0014 não trata de situação análoga, pois diz respeito a relação de integração mantida com mais de uma empresa integradora, o que não ocorreu no caso dos autos. A sentença do processo n. 0000286-09.2022.5.12.0014 não analisou a formação de grupo econômico nem a função social da empresa e do contrato.

O mesmo se aplica a todos os acórdãos citados na defesa, razão pela qual entendo que não contemplam a totalidade da controvérsia destes autos.

12. A tutela antecipada

Na decisão de Mandado de Segurança que cassou a liminar do juízo de primeiro grau e determinou a exclusão no nome da parte autora Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, consta expressamente que, quando for proferida sentença, cessam os efeitos do que for decidido no mandado de segurança.

Assim, a pretensão punitiva da União pode ser restabelecida, com a reinclusão da parte autora no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.

13. Os honorários de sucumbência

Por aplicação do art. 791-A da CLT, e observados os critérios do §2º do mesmo artigo, condeno a parte autora a pagar honorários de sucumbência equivalentes a 15% do valor da causa.

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados por CTA CONTINENTAL TO-BACCOS ALLIANCE S.A. contra UNIÃO FEDERAL.

Custas de R\$ 2.762,36, calculados sobre o valor de R\$ 138.118,34 atribuído à causa, pela parte autora.

Honorários de sucumbência de 15% sobre o valor da causa. Intimem-se as partes. Transitada em julgado, arquivem-se. Nada mais.

SANTA CRUZ DO SUL/RS, 18 de agosto de 2023.

JULIANA OLIVEIRA
Juíza do Trabalho Titular

CATEGORIA 13

DIREITOS DOS GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 8047152-53.2024.8.05.0000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

DESEMBARGADOR GEDER LUIZ ROCHA GOMES

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA
HABEAS CORPUS Nº 8047152-53.2024.8.05.0000
IMPETRANTES: HELIO ALMEIDA DE SANTANA e Outro
PACIENTE: JEFFERSON DOURADO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CORIBE/BA
RELATOR: DES. GEDER LUIZ ROCHA GOMES

EMENTA: DIREITOS HUMANOS, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE PERSEGUIÇÃO OU STALKING (ART. 147-A, DO CP) E CONTRAVENÇÃO PENAL DE PORTE DE ARMA BRANCA (ART. 19, CAPUT, DA LCP). VENTILADA A INSANIDADE MENTAL DO PACIENTE. JUÍZO PRIMEVO QUE SUSPENDEU O CURSO DA AÇÃO PENAL, DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE, BEM COMO A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO PACIENTE. CASO XIMENES LOPES. PRIMEIRA CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO PELA CIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 10.216/2001 (LEI DA REFORMA PSIQUIÁTRICA), RESOLUÇÃO CNJ Nº 487/2023 (INSTITUI A POLÍTICA ANTIMANICOMIAL DO PODER JUDICIÁRIO) E DO PROVIMENTO CONJUNTO TJBA Nº CGJ/CCI-03/2024. FECHAMENTO DO HCT. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER NOVAS INTERNAÇÕES PROVISÓRIAS DESDE O DIA 30/1/2024.

EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INEFICIÊNCIA DOS MEIOS EXTRA-HOSPITALARES. INEXISTÊNCIA DE LAUDO MÉDICO PSIQUIÁTRICO CIRCUNSTANCIADO. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. PACIENTE CUJA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE SE ESTENDE HÁ 1 (UM) ANO E 4 (QUATRO) MESES. CONFIGURADO O EXCESSO PRAZAL NÃO ATRIBUÍVEL À DEFESA. PRECEDENTES DO STJ E DO TJBA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Caso em exame

1. Infere-se dos autos que, no dia 29/3/2023, o Paciente fora preso em flagrante pela suposta prática de crime de perseguição ou *stalking* (art. 147-A, do Código Penal) e pela contravenção penal de porte de arma branca (art. 19, caput, da Lei das Contravenções Penais). Na ocasião da realização da audiência de custódia, em 31/3/2023, a citada prisão em flagrante foi convertida em preventiva (id 378788455, do processo de nº 8000188-26.2023.8.05.0068), sendo que após o oferecimento da Denúncia (que se deu em 5/4/2023) e apresentada a resposta à acusação, foi

informado, em 30/8/2023, o recambiamento do Acusado para o Conjunto Penal de Barreiras (id 410160459, autos nº 8000204-77.2023.8.05.0068). Posteriormente, em 19/9/2023, foi carreado aos fólios da ação principal ofício lavrado pelo Diretor do citado Conjunto Penal, informando ao Juízo *a quo* a impossibilidade de manter o Custodiado naquela unidade prisional, tendo em vista que, diagnosticado com esquizofrenia (CID-10 F-20.0) e retardo mental moderado (CID-10 F71), se fazia necessária a sua transferência para local adequado para tratamento psiquiátrico/neurológico permanente (id. 66385045 – fls. 106/109).

1.1 Diante do cenário acima descrito, na data de 19/09/2023, o Juízo de Primeiro Grau proferiu a decisão que reporta ao id 66385045 – fls. 110/113, determinando a instauração de Incidente de Insanidade Mental, a fim de submeter o Paciente a exame psiquiátrico, bem como determinou a conversão da prisão preventiva em internação provisória, com ordem de encaminhamento do Paciente ao Hospital de Custódia e Tratamento (HCT) de Salvador/BA, para a realização do exame pretendido. O citado Incidente fora instaurado em 20/09/2023, restando tombado sob o nº 8000594-47.2023.8.05.0068, ainda não concluído.

II. Questão em discussão

2. O presente *writ* tem como questão nuclear o suposto constrangimento ilegal sofrido pelo Paciente, que se encontra privado de sua liberdade, desde 29/03/2023, tendo sido recolhido inicialmente na cadeia pública de Santa Maria da Vitória/BA, pela suposta prática de crime de perseguição ou *stalking* (art. 147-A, do Código Penal) e pela contravenção penal de porte de arma branca (art. 19, *caput*, da Lei das Contravenções Penais), tendo sido instaurado incidente de insanidade mental que, contudo, não foi concluído até o momento, permanecendo o Paciente privado de sua liberdade, de forma que defendem os Impetrantes que resta consubstanciado o constrangimento ilegal por excesso de prazo.

III. Razões de decidir

3. O Instituto do *Habeas Corpus*, consagrado em praticamente todas as nações do mundo, encontra previsão expressa, no direito brasileiro, no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, bem como no Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (art. 256 e ss.), ganhou *status* na doutrina de ação autônoma de impugnação e tem como pilar garantir a liberdade ante a existência de eventual constrangimento ilegal, seja quando já há lesão à liberdade de locomoção, seja quando o paciente está ameaçado de sofrer restrição ilegal a esta liberdade.

4. Em consulta aos fólhos que tramitam no Primeiro Grau de jurisdição, tem-se que no Incidente de Insanidade Mental (8000594-47.2023.8.05.0068), consta certidão informando que, em cumprimento à determinação judicial supracitada, encaminhou-se e-mail para o Diretor do HCT informando-o acerca do comando de que o Paciente seja submetido a perícia (id 411091725). Entretanto, em 21/8/2024 foi juntada aos autos da ação principal (8000204-77.2023.8.05.0068) a certidão de id 459531039 que, dentre outras informações, noticia o fato de que o Peticionante ainda se encontra recolhido nas dependências do Conjunto Penal de Barreiras/BA, ou seja, sequer foi realizada, até o presente momento a sua transferência para o HCT, para fins de submissão a perícia médica.

5. Assim é que exsurge dos autos restarem ausentes informações acerca do cumprimento de diligências mínimas, necessárias para a regular tramitação não só do referido Incidente, como também da ação penal, posto não constar: (i) compromisso prestado pela Curadora para fins de representação do Periciando, ora Paciente; (ii) informações acerca da transferência do Paciente ao HCT; (iii) informações acerca da realização de perícia médica; (iv) informações acerca da expedição de ofício ao Órgão competente para a realização do exame pericial a fim de informar a previsão de entrega do laudo, conforme determinado pelo Juízo primevo em decisão que repousa ao id 439235389 daqueles fólhos, datada de 10/4/2024.

6. A discussão em torno do tema da saúde mental no âmbito do Poder Judiciário ganhou força após o Brasil amargar sua primeira condenação junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objeto relacionou-se ao trato das pessoas com deficiência e ao quadro do atendimento à saúde mental no país. Em apertada síntese, a origem da condenação do Estado Brasileiro, diz respeito ao caso Ximenes Lopes vs. Brasil, tendo sido posta à análise daquela Corte a apuração da responsabilização do Brasil em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, pessoa neurodivergente, internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, centro de atendimento psiquiátrico privado, vinculado ao SUS, localizado no Município de Sobral/ CE, tendo falecido no citado estabelecimento no dia 4 de outubro de 1999, apenas 3 (três) dias após a sua internação, em razão das condições desumanas e degradantes a que foi submetido, destacando-se os ataques a sua integridade física por parte dos funcionários da citada Casa de Repouso.

7. Diante da falta de investigações e garantias judiciais, e da latente impunidade que sobreveio, o caso foi levado a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado Brasileiro, oportunidade em que se chamou atenção, sobremaneira, à situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas acometidas por distúrbios mentais, ressaltando a especial obrigação do Estado de oferecer proteção aos que se encontram sob seus cuidados, em centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde.

8. A Lei nº 10.216/2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, é tida como marco inicial da política Antimanicomial no Brasil, tratando-se de importante passo dado para o direito ao tratamento da condição de saúde das pessoas com transtorno mental e para a desinstitucionalização, com a implementação de medidas que previnam e coibam internações em hospitais psiquiátricos. Na linha sucessiva, encontram-se as normativas do CNJ, em especial a Resolução CNJ nº 487/2023 (que instituiu a Política Antimanicomial no Poder Judiciário).

9. No âmbito estadual, o Poder Judiciário do Estado da Bahia, por meio da Portaria nº 01/2023/GMF/TJBA, publicada no DJE de 12/4/2023, instituiu III Grupo de Trabalho no âmbito do Comitê Estadual de Políticas Penais e Socioeducativas, para acompanhar a política antimanicomial, bem como a situação do HCT bem como publicou, no DJE de 30/1/2024, o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024, fornecendo orientações aos juízes para que a atuação judicial concretize as medidas da Política Antimanicomial.

10. O citado Provimento Conjunto trouxe, em seu art. 2º, a previsão de interdição parcial do HCT a partir daquela data (30/1/2024), com vistas a impedir novas internações no citado estabelecimento, sejam elas provisórias ou decorrentes de medidas de segurança aplicadas em sentença, de forma que, ao se analisar a necessidade de aplicação de interdição provisória ou medida de segurança a determinada pessoa, já se deve partir do pressuposto que desde o dia 30/1/2024 o HCT não está mais apto a receber custodiados, tendo em vista a sua interdição parcial como degrau a ser percorrido para o encerramento total de suas atividades, nos moldes da Política Antimanicomial adotada pelo Poder Judiciário, caminhando-se, assim, para a desinstitucionalização.

11. Nasceu, assim, a premente necessidade de envolvimento dos Municípios na política antimanicomial, porquanto os indivíduos que necessitam de cuidados estão fisicamente atrelados aos Municípios aos quais são residentes, que serão os entes responsáveis por recepcioná-los com

uma estrutura adequada, com equipamento de saúde apto a assisti-los, para evitar que haja uma desassistência, que leva ao fato mais agudo. Partindo dessa análise sistêmica é que esta Corte de Justiça editou anexos ao mencionado Provimento Conjunto, trazendo a teia a ser seguida pelas autoridades judiciais competentes para acompanhamento da pessoa custodiada, construção do Projeto Terapêutico Singular – PTS e indicação do tratamento em saúde mais adequado, de forma que se constrói, a cada dia, uma rede mais interligada e coesa, apta a amparar as pessoas cuja saúde mental esteja afetada, como forma de conferir-lhes um tratamento digno, amparado em um acompanhamento multidisciplinar, com esboço em um plano terapêutico singular (PTS) que abarque as características atinentes à enfermidade que as acomete e o melhor recurso a ser empregado a cada caso concreto, individualmente considerado.

12. Indubitável e improrrogável, pois, a necessidade de se promover alternativas penais com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, com esboço na individualidade de cada ser humano, almejando, assim, um verdadeiro tratamento e a busca de uma vivência digna, e não a coisificação do ser humano, alojado nas masmorras do esquecimento social, submetido, muitas das vezes (quicá a grande maioria) a tratamentos aviltantes, degradantes, que lhe retiram o próprio senso de existência. Não se pode, após tão árdua caminhada, que infelizmente só se iniciou após vergonhosa condenação em âmbito internacional proveniente do descaso estatal com as vidas postas a sua custódia e tratamento, retroceder com relação ao quanto já foi até aqui estudado, analisado e discutido, o que nos coloca diante de verdadeiro efeito *cliquet* (vedação de retrocesso em situação de garantia de direitos humanos).

13. É nesse contexto de Política Antimanicomial, com a desinstitucionalização e com a prioridade de tratamento da saúde das pessoas portadoras de doenças mentais, que se deve analisar o caso em questão. A partir da política antimanicomial superou-se a priorização da medida de internação, seja ela provisória ou em cumprimento de medida de segurança imposta em sentença absolutória imprópria como medida de segurança, porquanto se desprezava a periculosidade do agente e o tratamento realmente eficaz ao mal combatido, tratando-se de preceito que não guardava um olhar clínico para o inimputável ou semi-inimputável, cujo tratamento recomendado, na maioria das vezes, seria outro. Clarividente que essa ótica restou superada, de forma que, atualmente,

a internação somente será utilizada de forma excepcional, quando os demais meios não forem eficientes.

14. O art. 9º, I, da Resolução CNJ nº 487/2023, ao tratar acerca da necessidade de tratamento em saúde mental no curso de prisão preventiva ou outra medida cautelar, destaca que, acaso a pessoa esteja privada de sua liberdade, o Juiz reavaliará a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a Defesa. A citada Resolução deixa clara a excepcionalidade da internação e traz de forma expressa que, acaso esta se mostre realmente necessária, será cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, garantindo-se a sua interação com a família e a comunidade, nos termos do PTS.

15. Entrementes, no caso em exame, há uma nuance a ser observada: malgrado tenha sido ventilada a possibilidade de inimizabilidade do Paciente, tem-se que foi instaurado Incidente de Insanidade Mental há quase 1 (ano) sem que até o momento tenha sido tomada qualquer providência para o regular deslinde do feito. Com efeito, rememore-se que, *in casu*, foi determinada a transferência do Paciente para o HCT, em 19/9/2023, contudo até a presente data, não existem informações nos fólhos acerca da efetivação da sua transferência e da elaboração do laudo para constatação de sua saúde mental. Ao contrário! Noticiou-se nos autos que o Peticionante ainda se encontra recluso nas dependências do Conjunto Penal de Barreiras/BA, não havendo qualquer prognóstico de possível data de realização do exame pericial, o que atrai a necessidade de observação do feito à luz da extensa duração da prisão preventiva (um ano e quatro meses), considerando especialmente tratar-se da imputação de crime de menor potencial ofensivo (delito de perseguição) e contravenção penal (porte de arma branca).

16. Nesse contexto, conquanto os prazos no processo penal não sejam peremptórios, podendo ser estendidos, desde que assim a complexidade do caso concreto exija, de acordo com as suas peculiaridades, número de acusados e/ou testemunhas a serem inquiridas e/ou a especialidade de provas periciais a serem produzidas, é cediço que o excesso não pode ultrapassar os limites do razoavelmente admitido, circunstância que deve ser devidamente analisada caso a caso. Desse modo, levando em consideração a excepcionalidade da medida de internação, a qual só pode ser determinada se houver recomendação após avaliação psi-

quiátrica (o que não ocorre no caso *sub oculi*), bem como a particularidade do excesso prazal não atribuído à Defesa, reputo inadequada a manutenção da medida de internação provisória.

17. Inexorável chegar-se, assim, à conclusão de que não se mostra recomendável a manutenção da internação provisória do Paciente, que sequer foi transferido para o HCT, unidade que, imperioso frisar, está impedida de receber novas internações provisórias desde dia 30 de janeiro de 2024, conforme destacado no art. 2º, do Provimento Conjunto nº CGJ/ CCI-03/2024 do TJBA. Dessa feita, o ideal é que sejam tomadas as necessárias providências com vistas à conclusão do adequado tratamento e melhora de sua saúde mental, previstas tanto na própria Resolução do CNJ quanto no Provimento Conjunto deste Tribunal de Justiça, com a necessária reavaliação da necessidade e adequação da custódia cautelar, tendo em vista que se deve especial atenção à saúde, priorizando, assim, o início ou continuidade de tratamento da saúde mental, o que atrai a necessidade de se acionar a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) com vistas a dar o suporte necessário ao melhor tratamento a ser dispensado ao Paciente, de forma que se impõe a concessão parcial ordem para determinar a desinternação do Paciente, condicionada à elaboração do competente PTS e realizada nos seus termos.

IV. Dispositivo

18. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM

PARCIALMENTE CONCEDIDA para determinar a

DESINTERNAÇÃO do paciente **JEFFERSON DOURADO**,

condicionada à elaboração, no prazo de 30 (trinta) dias, do competente Projeto Terapêutico Singular (PTS) e realizada nos termos ali constantes, devendo o Magistrado de origem empreender as diligências necessárias para tanto e, ainda, adotar as seguintes medidas: a) empreender as diligências necessárias, com a urgência que caso requer, para realização de perícia médica e elaboração do competente Laudo que deverá instruir os autos do Incidente de Insanidade Mental, oficiando o Conjunto Penal de Barreiras para tanto, que deverá cumprir a diligência no prazo de 30 (trinta) dias; b) oficialiar a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Município de Coribe, para que acompanhe e inclua o Paciente nos serviços disponíveis em meio aberto; c) após a juntada do competente Laudo aos autos do Incidente

de Insanidade Mental, que proceda ao seu regular e célere trâmite, com posterior retomada da tramitação dos autos principais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº **8047152-53.2024.8.05.0000**, em que figuram como impetrantes **HELIO ALMEIDA DE SANTANA e Outro** e como paciente **JEFFERSON DOURADO**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM MANDAMENTAL**, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, data de inclusão no sistema.

Presidente

Des. Geder Luiz Rocha Gomes

Relator

Procurador (a) de Justiça

RELATÓRIO

Vistos, etc.

Versam os presentes autos sobre *Habeas Corpus*, impetrado por

HELIO ALMEIDA DE SANTANA e MARION FREDERICO BEZERRA em favor

de **JEFFERSON DOURADO**, contra ato do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Coribe/BA, ora apontado como autoridade coatora, objetivando a revogação da prisão cautelar do Paciente por excesso de prazo.

Narram que “em 29/03/2023, o Paciente foi preso em flagrante delito na pequena cidade de JABORANDI/BA e, posteriormente, sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva”, tendo sido, em seguida denunciado pelo crime de perseguição (no art. 147-A do Código Penal), atualmente conhecido como *stalking*, e pela contravenção penal de porte de arma branca (artigo 19, *caput*, da Lei das Contravenções Penais).

Aduzem que foi requerida a revogação da prisão preventiva, contudo este pedido foi negado pelo Magistrado *a quo*, mantendo-se a prisão cautelar do Paciente.

Informam que *“foi instaurado incidente de insanidade mental, visto que restou constatadas dúvidas quanto ao real estado de saúde mental do Paciente, pelo que passados mais de 90 (noventa) dias após o seu recebimento e a determinação da elaboração do laudo pericial, ainda não foi realizado o respectivo exame, configurando-se, assim, excesso de prazo que não se pode ser atribuído à defesa do Paciente.”*

Os Impetrantes chamam a atenção para a alegação de que se trata de Réu primário e de bons antecedentes, e que se encontra preso preventivamente há 1 (um) ano e 4 (quatro) meses.

Acrescentam que, após ventilada a possibilidade de insanidade mental do Paciente, desde a abertura do Incidente de Insanidade Mental, há mais de 90 (noventa) dias, ele ainda não foi submetido ao exame pericial psiquiátrico, não tendo sido elaborado o respectivo laudo até a presente data.

Diante da situação descrita, sustentam que *“ante a indiscutível demora na realização do exame psiquiátrico, de forma injustificada, desarrozoada e por razões não atribuíveis à Defesa, bem como ao já demasiado tempo em que o Paciente se encontra preso, sem sentença condenatória, em nítida afronta à presunção de inocência, configurada está a ilegalidade do encarceramento que autoriza a concessão da ordem pleiteada ao final desta exordial.”*

Pontuam que acaso condenado, *“o paciente, provavelmente, não cumprirá a pena em regime fechado ou semiaberto, ante suas condições pessoais, como a primariedade e os bons antecedentes, e reduções da pena que lhe beneficiariam, nesse caso, decorrentes, por exemplo, da detração do longo tempo de prisão preventiva de 1 ano e 4 meses.”*

Repisam que *“todos os princípios fundamentais acima, especialmente a presunção de inocência, estão sendo ignorados em relação ao Paciente, o qual, como se disse está preso preventivamente (vale dizer: sem sentença penal condenatória transitada em julgado que o justifique) há 01 (um) ano e 4 (quatro) meses por um crime que tem apenas uma pena máxima cominada de até 02 anos, ou seja, o Paciente praticamente está cumprindo a totalidade da pena de forma ilegalmente antecipada. Ademais, considerando que a pena máxima cominada ao crime de perseguição atribuído ao Paciente é de até 02 (dois) anos, não mais se justifica a sua prisão preventiva, tendo em vista o grande lapso temporal a que ele se encontra preso.”*

Ao final, pleiteiam a concessão, liminarmente, da ordem de *Habeas Corpus* em favor do Paciente, ante o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido, expedindo-se o competente alvará de soltura; e, no mérito, que seja deferido o *writ*, concedendo-se ao Paciente, em definitivo, ordem mandamental, ratificando-se a liminar, para que possa responder ao processo solto.

Distribuído a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me sua relatoria, tendo sido proferida a decisão monocrática de id 66699329, indeferindo a liminar vindicada.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações ao id 66913490.

Remetidos os autos à douta Procuradoria de Justiça, a ilustre Procuradora Cleusa Boyda de Andrade opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*, opinando, porém, que se recomente ao Juízo de origem que “*reavalie a necessidade da medida cautelar imposta ao paciente, nos termos da fundamentação.*”

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório. À Secretaria da Segunda Câmara Criminal para inclusão do feito em pauta de julgamento, salientando, por oportuno, que o presente *mandamus* é passível de **sustentação oral, nos termos do art. 187, inc. II¹, do Regimento Interno deste Tribunal.**

Salvador, data da assinatura eletrônica.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes

Relator

VOTO

1. Do cabimento

O instituto do *Habeas Corpus*, consagrado em praticamente todas as nações do mundo, encontra previsão expressa no direito brasileiro no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal². Em âmbito interno, seu procedimento está previsto nos artigos 256³ e seguintes do Regimento Interno do TJ-BA.

1 Art. 187 – A parte, por seu Advogado, poderá sustentar suas razões oralmente pelo prazo:

(...)

II – de 15 (quinze) minutos, nas apelações criminais interpostas em processos a que a lei comine pena de reclusão, nos *habeas corpus* e nas revisões criminais; cada co-réu, apelante e apelado, terá o prazo por inteiro, salvo se o Advogado for comum, caso em que o prazo será concedido em dobro; o assistente terá, também, o restante do prazo, eventualmente deixado pelo Órgão assistido;

2 Art. 5º. Omissis.

(...)

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

3 Art. 256 – O *habeas corpus* pode ser concedido, de ofício, no curso de qualquer processo, ou impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, e pelo Ministério Público.

A expressão possui origem etimológica no latim: *habeo/habere* significa exhibir ou trazer e *corpus/corporis* significa corpo, ou seja, apresentar/mostrar o corpo de quem estava privado de sua liberdade ao julgador para que este pudesse averiguar a regularidade da prisão.

Possui *status* de ação autônoma de impugnação, tendo como pilar garantir a liberdade ante a existência de eventual constrangimento ilegal, seja quando já há lesão à liberdade de locomoção, seja quando o paciente está ameaçado de sofrer restrição ilegal a esta liberdade.

Ao tratar da origem desse remédio constitucional Ingo Wolfgang Sarlet⁴, assim leciona: *“Apontados também como antecedentes históricos o interdictum de homine libero exhibendo romano, o procedimento de manifestación de personas aragonês e a carta de seguro lusitana, a origem mais direta do habeas corpus decorre da prática judicial inglesa a partir do século XIII. Dentre as garantias outorgadas pelo Rei João Sem-Terra, em 1215, aos barões ingleses, por meio da Magna Charta Libertatum, destacou-se o instrumento do writ of habeas corpus ad subjiciendum, voltado à imediata apresentação do preso em juízo, com a finalidade de apreciação da regularidade do encarceramento. Aperfeiçoada a prática com o passar do tempo, surgiram os Habeas Corpus Acts de 1679 e de 1816. Da Inglaterra, o instrumento foi levado aos Estados Unidos, onde ganhou, em 1787, status constitucional. No Brasil, foi o Código Criminal do Império, de 1832, o primeiro ato normativo a prever o writ, já que a Constituição de 1824, apesar de tutelar o direito à liberdade, deixou de contemplar a figura do habeas corpus. Em 1871, a Lei n. 2.033 estendeu a garantia aos estrangeiros e, posteriormente, a Constituição de 1891 inaugurou a história constitucional do instituto.”*

Acerca da evolução do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio, seguem os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes⁵:

“O habeas corpus configura proteção especial tradicionalmente oferecida no sistema constitucional brasileiro.

Não constava, porém, da Constituição de 1824, tendo sido contemplado, inicialmente, no Código de Processo Criminal, de 1832, e posteriormente ampliado com a Lei n. 2.033, de 1871.

A Constituição de 1891 estabeleceu, no art. 72, § 22: “dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”.

A formulação ampla do texto constitucional deu ensejo a uma interpretação que permitia o uso do habeas corpus para anular até mesmo ato administrativo que determinara o cancelamento de matrícula de aluno em escola pública, para garantir a realização de comícios eleitorais, o exercício de profissão, dentre outras possibilidades.

A propósito, observam Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes:

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. SaraivaJur.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

“Na verdade, três posições firmaram-se com o advento da Constituição republicana: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que a garantia deveria ser aplicada em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o habeas corpus, por sua natureza e origem histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção; e finalmente, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do habeas corpus não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também as situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito. Assim, exemplificava Pedro Lessa: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento o habeas corpus, pois foi embarçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas” [68].

Esse desenvolvimento foi cognominado de “doutrina brasileira do habeas corpus”.

Em 1926, o habeas corpus teve seu âmbito de proteção reduzido, ficando vedada a sua aplicação para proteção de outros direitos que não a liberdade de ir e vir (“Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofre violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”).

Todas as demais Constituições brasileiras, sem qualquer exceção, incorporaram a garantia do habeas corpus (Constituição de 1934, art. 113, n. 23; Constituição de 1937, art. 122, n. 16; Constituição de 1946, art. 141, § 23; Constituição de 1967/69, art. 150, § 20). Durante todo esse tempo, essa garantia somente foi suspensa pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, no que concerne aos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular.”

Na melhor dicção do Professor Gaúcho Aury Lopes Júnior⁶: *“O habeas corpus brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, em suas mais diversas formas, inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes.”*

Em relação aos requisitos de admissibilidade desta ação constitucional, curial trazer aos autos a doutrina de Renato Brasileiro⁷:

Sobre o interesse de agir:

“Para que o habeas corpus possa ser utilizado, o texto constitucional exige que alguém sofra ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção em virtude de constrangimento ilegal”. p.1851

Sobre a possibilidade jurídica do pedido:

6 LOPES, JR., Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1743

7 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

“O pedido formulado pela parte deve referir-se a uma providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, referindo-se a uma providência permitida em abstrato pelo direito objetivo.” p.1859

Sobre a legitimidade ativa e passiva:

“Em sede de habeas corpus, é importante distinguir as figuras do impetrante e do paciente. O legitimado ativo, leia-se, impetrante, é aquele que pede a concessão da ordem de habeas corpus, ao passo que paciente é aquele que sofre ou que está ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.” p. 1860

“(…) o legitimado passivo no âmbito do habeas corpus – autoridade coatora ou coator – é a pessoa responsável pela violência ou coação ilegal à liberdade de locomoção do paciente.” p.1866”

In casu, verificada a presença dos requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo da ação constitucional de *habeas corpus*, esta deverá ser conhecida.

2. Do mérito

O presente *writ* tem como questão nuclear o suposto constrangimento ilegal sofrido pelo Paciente, que se encontra privado de sua liberdade, desde 29/03/2023, tendo sido recolhido inicialmente na cadeia pública de Santa Maria da Vitória/BA, pela suposta prática de crime de perseguição ou *stalking* (art. 147-A, do Código Penal) e pela contravenção penal de porte de arma branca (art. 19, *caput*, da Lei das Contravenções Penais), tendo sido instaurado incidente de insanidade mental que, contudo, não foi concluído até o momento, permanecendo o Paciente privado de sua liberdade, de forma que defendem os Impetrantes que resta consubstanciado o constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Antes de adentrar ao mérito da questão controversa posta ao juízo deste Sodalício, importante delinear um panorama do caso concreto.

Analisando os fólios, tem-se que o Ministério Público, no dia 12/4/2023, ofereceu denúncia (id 66385045 – fls. 72/74) em face do Paciente, nos autos da Ação Penal de nº 8000204-77.2023.8.05.0068, pela suposta prática do crime de perseguição e contravenção penal de porte de arma branca, nos seguintes termos:

“Consta do referido procedimento investigatório que, no decorrer do mês março de 2023, no Hospital Hermenegildo Dias da Silva e em outros locais do Município de Jaborandi, o DENUNCIADO perseguiu o enfermeiro Muriel Caires de Oliveira e o servidor Valdeir Brito Santana, reiteradamente, ameaçando matá-los, perturbando sua esfera de liberdade.

Infere-se dos autos que, no dia 28.03.2023, o DENUNCIADO, portando uma mochila, compareceu ao Hospital Municipal e proferiu ameaças à vítima Valdeir, consistente em dizer-lhe que iria lhe “dar 2 tiros com uma .40”, assim como o faria também contra o prefeito Marcos e Muriel.

Logo depois, no dia 29.03.2023, policiais militares constataram, em abordagem pessoal, realizada em frente à Serralheria Alves, que o DENUNCIADO trazia consigo, em sua mochila, uma (01) faca de 19 cm e uma (01) arma de fogo artesanal inapta para realização de disparos, consoante laudo pericial de ID 379805421 - Pág. 60.

Ante o exposto, tendo assim agido, cometeu o denunciado JEFFERSON DOURADO os crimes previstos no Art. 147-A do Código Penal, c/c art. 19, caput, do Decreto-Lei 3.688/41, motivo pelo qual o Ministério Público requer o recebimento da presente denúncia, com a citação do ora denunciado e regular processamento do feito pelo procedimento previsto no artigo 394, § 1º, inciso III e s.s. do Código de Processo Penal (procedimento comum sumaríssimo), até decisão final condenatória, protestando, desde logo, pela oitiva das testemunhas adiante arroladas.”

Sobre o crime de perseguição, delito também conhecido como *stalking*, este foi inserido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021, que inseriu no Código Penal o art. 147-A, com a seguinte redação:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Considera-se ilícita a conduta de seguir ou acompanhar uma pessoa, de maneira reiterada ou constante, com ameaças à sua integridade física ou psicológica, causando constrangimentos e intimidações que resultem em restrição ou perturbação de sua liberdade ou privacidade. Exemplifica-se: uma pessoa que não aceita o fim de um relacionamento e passa a ligar reiteradas vezes para o ex- companheiro, vai à sua casa ou trabalho sem ser chamada, usa de diversos artifícios para o intimidar a não iniciar nova relação amorosa.⁸

No caso em apreço, consta do Inquérito Policial o depoimento das testemunhas ouvidas em delegacia, as quais narraram que o Paciente atuava nos seguintes moldes:

“estava de Plantão no Despachamento da Polícia Militar de Jaborandi- BA, na companhia do SD/PM Marcelo Sorares Ferreira Mat. 30.486.087-9, quando recebeu a denúncia que

⁸ Extraído de: <https://www.tjdj.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/stalking-1>

a pessoa de Jeffsson Dourado estava ameaçando Prefeito Municipal o Dr. Marcos e o enfermeiro Muriel; que desta forma a Guarnição empreendeu Diligência no intuito de averiguar a situação; que em conversa com Muriel este relatou que Jefferson, conhecido por BUI, estava lhe ameaçando de morte, bem como, ameaçava também Dr. Marcos. Que Muriel relatou que desde ontem esta sendo perseguido por Jefferson, que o mesmo teria ido no Hospital Municipal local onde Muriel trabalha a procura do mesmo, bem como não estava saindo das mediações da clinica Viver de sua propriedade, portando uma mochila nas costas e dizendo que ira matar Muriel e o Prefeito Dr. Marcos. Que Muriel informou também que na manha de hoje (29/03/2023) teria recebido um alerta por populares que ficasse esperto com Jefferson, pois o mesmo estaria portando uma arma de fogo em bolsa costal, e dizia que iria matar Muriel e o Prefeito. Que Guarnição não localizou Dr. Marcos, que de imediato começaram a procurar Jefferson nesta cidade; que em ronda localizou o mesmo em frente a Serralheria Alves conversando com um serralheiro, que os PMs abordou Jefferson e ao revistar o mesmo foi encontrado em sua bolsa 01 arma de fogo artesanal e uma (01) faca medindo aproximadamente 19cm entre cabo e lamina; Segundo o funcionário da serralheira Jefferson estaria ali pedindo para que o mesmo o soldasse as peças. Que os PMs perguntou a Jefferson se era verdade que o mesmo estava ameaçando a pessoa de Muriel e Dr. Marcos; que Jefferson confessou que sim, porem já estava arrependido e não iria matar ninguém mais não; que os PMs ainda perguntou o porque o mesmo estava fazendo tais ameaças que respondeu, mais uma vez que já tinha desistido e não iria matar ninguém. Que desta forma a guarnição conduziu Jefferson a esta Delegacia onde apresentou-o, bem como os materiais que encontrado com o mesmo; que a PM também orientou a vítima a procurar a delegacia para prestar os devidos esclarecimentos” (SD/PM Silvan de Oliveira, mat. 30.479.691-5) (grifos nossos)

“Que no dia de hoje 29/03/2023, por volta das 10h00min o mesmo estava no hospital municipal trabalhando momento em que ficou sabendo através do seu funcionário Eunilson que Jefferson Dourado conhecido popularmente como BUIU esteve a procura do declarante na Clinica VIVER que fica localizada no centro desta cidade sendo esta de sua propriedade e local de trabalho; Que BUIU disse ao seu funcionário que era pra pedir desculpas do acontecido em dias passados; Que também recebeu uma mensagem de whatsapp em seu telefone particular de um colega de trabalho onde este lhe informava o seguinte: “BOM DIA. EI CUIDADO COM BUIU O PESSOAL VIU ELE COM UMA PISTOLA CARREGADA. É BOM FALAR COM OS POLICIAIS” ; Que diante de tudo resolveu informar a policia militar para que tomasse providencias; Que no dia 10/03/2023 o declarante disse que estava na cidade em uma inauguração de entrega de casas populares; Que neste dia Jefferson Dourado do nada lhe ameaçou com uma faca; que ficou perplexo pois nunca teve problemas com Jefferson nem com seus familiares; Que ao contrario toda vida ajudou a família do mesmo; Que tem muita preocupação com sua integridade física bem como de seus familiares; Que Jefferson é uma pessoa que tem problemas com a policia bem como de saúde mental; Que Jefferson mais ou menos em 02 semanas passou por consulta hospitalar nesta cidade por aproximadamente 20 vezes; Que ficou sabendo também que Jefferson ameaçou outras pessoas sendo o secretario de saúde o senhor Valdeir e o prefeito da cidade Dr Marcos. Que deseja representar criminalmente contra Jefferson.” (Muriel Caires de Oliveira, vítima) (grifos nossos)

Ao ser interrogado, na fase inquisitorial, o acusado respondeu: “Que respondeu que de fato, fez as ameaças. Que ameaçou Muriel por que achava, que tinha sido ele o responsável por ter colocado o interrogado na cadeia, na época que foi preso acusado por estupro. **Que depois ficou sabendo que não foi Muriel, e sim outro pessoa conhecido por Bruno Dentista. Que inclusive na data de hoje, (29/03/2023) pela**

manha o mesmo foi ate a clinica de Muriel para pedir desculpas. Que com relação ao secretario Valdeir, o mesmo disse ao mesmo disse que iria dar 02 tiros de .40, na cara do mesmo, porque tinha pedido uma casa alugada para interrogado morar e o mesmo não tinha arrumado ainda. Que no Hospital estava com raiva e disse a Valdeir para o mesmo não ir ate a sua casa. Que também vai pedir desculpa para Valdeir. Que não têm nenhum arma de fogo e nem dinheiro para comprar. Que relacionado a Dr. Marcos, também falou que iria dar 02 tiro no mesmo, porem já desistiu. Que perguntado o motivo das ameaças, o mesmo respondeu que estava sido influenciado pelo seu irmão Jeimison e a pessoa conhecida por Geraldinho Que afirma que no dia que a prefeitura fez uma entrega de uma casa para o interrogado, a pessoa de Geraldinho lhe tomou uma faca sem ponta. Que ao ser perguntado onde o mesmo conseguiu as peças encontradas com o mesmo usada para a fabricação de arma de fogo. Que respondeu que os dois artefatos (um cano de ferro medindo aproximadamente 20cm de cumprimento, por 1/2 polegada de diametro e o dispositivo de ferro medindo aproximadamente 14cm, com: mola e gatilho), o mesmo conseguiu o cano com a pessoa conhecido por Juninho de Cleitinho, e dispositivo conseguiu com a pessoa conhecido por TOTO FILHO DE CHICÃO, quanto a faca foi a pessoa conhecido por Cleiton da Mata, popularmente conhecido por IMBIRA. Que o mesmo iria pedir desculpas a todos que ele ameaçou e não tem mais a intenção de matar ninguém.”
(Jefferson Dourado, ora paciente)

Consoante os depoimentos acima, infere-se que o Paciente supostamente realizou, por diversas vezes, ameaças de morte contra as Vítimas, inclusive tendo se utilizado arma branca em determinadas situações.

Emerge dos autos que, após o oferecimento da denúncia, foi nomeado defensor dativo ao Paciente (ex vi decisão acostada ao id 66385045 – fls. 80/81), que apresentou resposta à acusação em 19/07/2023 (id 66385045 – fls. 92/94), com pedido de Revogação da Prisão Preventiva, alegando, para tanto: (i) incompatibilidade da medida cautelar com os crimes de menor potencial ofensivo; (ii) excesso de prazo de prisão preventiva; (iii) inexistência de fundamentos para a manutenção da coerção pessoal.

Instado a se manifestar sobre o pedido de revogação do cárcere cautelar, o Ministério Público, por meio do parecer carreado ao id 66385045 – fls. 96/99, sustentou que, no caso concreto, “[v]ale também registrar que a demonstração de doença mental indicativa de incapacidade para compreender o caráter ilícito da conduta exige incidente próprio, que somente se constitui em favor e com anuência da defesa (HC 133078 STF), de modo que deve ser enfrentada na seara própria. No mais, mesmo que a pena abstratamente cominada ao delito seja de reduzida duração, não fica inviabilizada a decretação e manutenção da prisão preventiva, se presentes outros elementos que demonstrem sua necessidade [...] Neste sentido, vale ainda destacar que, admitida eventual arguição de inimputabilidade, sequer deve ser considerado o preceito secundário do tipo em julgamento, já que o caso passa a ser orientado pelas normas atinentes à absolvição imprópria (medida de segurança), sem prazo legal definido.”

O Magistrado de primeiro grau, por seu turno, proferiu a decisão de id 66385045 – fl. 100, mantendo a custódia cautelar sob o fundamento de ausência de fato novo e suficiente para a revisão da medida. Ao id 66385045 – fl. 104 consta informação acerca do recambiamento do Custodiado para o Conjunto Penal de Barreiras/BA.

Após, o Diretor do Conjunto Penal de Barreiras oficiou ao Juízo *a quo* sobre a impossibilidade de manter o Custodiado naquela unidade prisional, sendo necessária sua transferência para local adequado para tratamento psiquiátrico/ neurológico permanente (id. 66385045 – fls. 106/109), nos termos do relatório psicológico, elaborado pela psicóloga atuante junto ao Conjunto Penal de Barreiras, que o diagnosticou com esquizofrenia (CID-10 F-20.0) e retardo mental moderado (CID-10 F71). Eis o teor do citado Laudo:

“Trata-se de um indivíduo do sexo masculino, 27 (vinte e sete) anos de idade, natural do município de Jaborandi- BA. Neste momento encontra-se em situação de cárcere.

Deu entrada no Conjunto Penal de Barreiras no dia 29 (vinte e nove) de Agosto de 2023, onde ao ser recebido pela equipe de segurança e equipe de enfermagem, foi sinalizado ao setor de Psicologia que o interno possuía agravos psíquicos. Sendo assim, a psicóloga se deslocou até o recebimento para realizar acolhimento inicial e compreender sobre a demanda. No momento, o interno apresentou postura defensiva, com pouco contato verbal, com dificuldade em manter contato visual, com expressão de medo. O mesmo foi inserido na agenda para avaliação e conduta psiquiátrica.

Ainda no dia 29 (vinte e nove) de agosto o interno foi atendido no setor de saúde mental pelo médico psiquiatra. No momento do atendimento foi necessário que outro interno o acompanhasse devido sentir-se inseguro e estar agitado. ***Durante avaliação psiquiátrica, compreendeu-se histórico prévio de tratamento psiquiátrico.*** Não conseguiu mencionar a sua idade. Descreve ensino fundamental incompleto. Negado uso de álcool e outras drogas. Consumo de cigarro. Negado crise convulsiva. Negado alergia medicamentosa. Relato de residir com mãe e irmã. Relato de agitação e insônia. Paciente psicótico, discurso algo desconexo. CD: Prescrevo Risperidona 3mg + Prometazina 25mg (0-0-1); Haldol + Prometazina 25mg IM (no momento da avaliação) dose única. Diazepam 10mg (0-0-1).

Inicialmente o interno foi conduzido para a triagem, em cela isolada, com intuito de evitar agravos para si e para os outros. Compreendeu-se que diante de quadro de agitação com delírios persecutórios, o mesmo estava recusando a alimentar-se e não estava aceitando as medicações prescritas. Então, no dia 31 (trinta e um) foi conduzido ao leito desta unidade prisional com o intuito da equipe conseguir monitorar seu estado de saúde. Conforme orientações e protocolo médico, foi realizada contenção mecânica devido quadro de agitação, realizado Haldol IM, punção venosa e administração de SF 0,9% + vitamina C e complexo B, com intuito de estabilizar psicose e preservar sua saúde física.

No dia 01 (um) de setembro a psicóloga se fez presente no leito, juntamente com a equipe de enfermagem para avaliar o atual estado mental do interno. Naquele momento o interno encontrava-se contido, em uso de soro fisiológico e vitaminas, recusando alimentar-se e a fazer uso de medicação via oral. Apresentava respostas motoras a estímulos, porém nem sempre apresenta respostas verbais; abertura ocular; demora em responder aos estímulos verbais, com diminuição do interesse no ambiente. Face de confuso, apresentando expressão ansiosa, enigmática e às vezes de surpresa. Orientado quanto a espaço, presença de alucinações auditivas.

Nos dias seguintes começou a aceitar dietas e medicações via oral. Ampliou diálogo com equipe, porém mantendo delírios persecutórios, medo constante e insegurança quanto ao ambiente.

A assistente social manteve contato com familiares, os quais enviaram carta a qual foi lida para o interno supracitado. Posteriormente, foi disponibilizada chamada de vídeo para que o mesmo pudesse ter contato com a sua mãe e irmã.

No dia 08 (oito) de setembro foi novamente avaliado pelo médico psiquiatra da unidade. Durante o atendimento, o mesmo foi conduzido ao setor de saúde mental, apresentando contato visual, com melhoria na agitação psicomotora, porém mantém alucinações.

Na madrugada do dia 11 (onze) de setembro, Jeferson tentou suicídio por enforcamento com suporte de um lençol. A equipe de enfermagem conduziu protocolo e no dia seguinte o mesmo foi atendido pela psicóloga.

Entrou-se em contato no dia 12 (doze) com o médico psiquiatra, o qual realizou orientações cabíveis.

Desde então, Jeferson Dourado se mantém no leito desta unidade prisional, sendo monitorado pela equipe de saúde e segurança, mantém delírios e alucinações auditivas, instabilidade emocional, medo intenso, orientado quando a espaço, porém com dificuldade de orientação em relação ao tempo. Apresenta piora significativa e agitações no período noturno, onde, em alguns momentos vem sendo realizado protocolo de emergência, diante de orientação médica.

Em atendimentos recentes, interno vem mantendo dificuldade em estabelecer comunicação linear, apresentando discurso desorganizado, desorientação alopsíquica, evitando contato visual, com agitação comportamental, com higiene pessoal não preservada.

Neste momento segue sem possibilidade de estabelecer convívio com demais internos, para que não ofereça riscos e danos nem para si e nem para os outros. Cabe mencionar que o ambiente prisional tem sido gatilho para piora do seu quadro de saúde mental, sendo que as rotinas e protocolos de segurança, o barulho das grades, os uniformes do operacional e demais questões adentram ao psiquismo causando aversão, medo, insegurança e piora dos sintomas, os quais já apresentava anteriormente.

Sendo assim, solicitamos para que suas questões judiciais sejam analisadas e tomadas alternativas individualizadas diante deste caso, pois trata-se de um paciente psicótico, que não consegue discernir certo/errado, lícito/ilícito. Não possui noção da gravidade do delito, não consegue significar culpa/remorso, sendo compreendido que o objetivo da prisão não será colocada em prática para o caso em questão.

Cabe mencionar que apesar desta unidade dispor de equipe multidisciplinar de saúde, compreende-se que o mesmo necessita de local adequado para tratamento psiquiátrico específico.

Afirmamos veracidade das informações contidas acima perante o Código de Ética do Profissional de Psicologia, e colocamo-nos a disposição para quaisquer dúvidas e/ou esclarecimentos.

DIAGNÓSTICO: CID F20 /F71" (grifos nossos)

Diante do cenário acima descrito, na data de 19/09/2023, o Juízo de Primeiro Grau proferiu a decisão que reporta ao id 66385045 – fls. 110/113, determinando a instauração de Incidente de Insanidade Mental, a fim de submeter o Paciente a exame psiquiátrico, bem como determinou a conversão da prisão preventiva em internação provisória, com

ordem de encaminhamento do Paciente ao Hospital de Custódia e Tratamento (HCT) de Salvador/BA, para a realização do exame pretendido. O citado Incidente fora instaurado em 20/09/2023, restando tombado sob o nº 8000594-47.2023.8.05.0068.

Ainda no bojo dos autos principais, intimado para se manifestar acerca da possibilidade de suspensão da referida ação penal, o *Parquet* consignou (id 66385045 – fl. 123): “(...) 2. *Em que pese a pena reduzida em tese cominada à conduta imputada, o MP não vislumbra viabilidade na aplicação ao caso de suspensão condicional do processo, ou de outros institutos despenalizadores, enquanto subsistir a dúvida sobre a exata extensão da imputabilidade (ou não) do réu, haja vista que a sua capacidade de entendimento e autodeterminação são pressupostos essenciais à eficácia e utilidade social daquelas medidas.*

3. *Por outro lado, dada a demora na conclusão da perícia de sanidade mental, o MP requer sejam requisitadas, com urgência, informações à unidade onde o réu se achar presentemente internado, acerca da sua atual situação de saúde, bem como, sobre o andamento das providências para a conclusão da perícia ordenada. Após, requer nova vista para promover o que for necessário ao andamento do feito.*”

Acolhendo o supracitado parecer, o Magistrado de origem, por meio da decisão acostada ao id 66385045 – fl. 124, datada de 5/6/2024, determinou “a intimação do Diretor da Unidade em que o réu se encontra a fim de informar suas reais condições de saúde, bem como o andamento da perícia ordenada com fins de determinar sua real capacidade de discernimento.”

Posteriormente, juntou-se ao caderno processual, em 21/8/2024, a certidão de id 459531039, noticiando que naquela mesma data “foi encaminhado cópia da decisão ID 447741527 e do parecer ID 442080188, ao **Diretor da Unidade (Conjunto Penal de Barreiras/BA)** em que o réu **JEFFERSON DOURADO se encontra**, a fim de informar suas reais condições de saúde, bem como o andamento da perícia ordenada com fins de determinar sua real capacidade de discernimento. (...)” (grifos acrescidos)

Já nos fólios do Incidente de Insanidade Mental (8000594- 47.2023.8.05.0068), tem-se que, no ato de sua instauração, em 20/9/2023, determinou-se a suspensão dos autos principais até a conclusão do referido Incidente, bem como houve a designação da mãe do Réu como sua curadora, para fins de representação dos seus interesses, com ciência do Órgão Ministerial em 25/9/2023 (id 66385046 – fl. 136) e determinação do Juízo, em 10/04/2024, no sentido de que “se oficie o Órgão competente para a realização do exame pericial a fim de informar a previsão de entrega do laudo.” (id 66385046 – fls. 137), sendo que em consulta aos autos primevos (8000594- 47.2023.8.05.0068) vê-se que ali não consta documento ou certidão atestando o cumprimento da referida determinação judicial, sendo esta a última movimentação processual, estando os autos de Incidente de Insanidade Mental sem qualquer movimentação há quase 5 (cinco) meses.

Analisa-se.

Diante do quanto descrito tem-se, em resumo, que o Paciente fora preso em flagrante no dia 29/3/2023, com realização da audiência de custódia em 31/3/2023, ocasião em que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (id 378788455, do processo de nº 8000188-26.2023.8.05.0068). Após o oferecimento da Denúncia (que se deu em 5/4/2023) e apresentada a resposta à acusação, foi informado, em 30/8/2023, o recambiamento do Acusado para o Conjunto Penal de Barreiras (id 410160459, autos nº 8000204-77.2023.8.05.0068). Posteriormente, em 19/9/2023, foi carreado aos fólios da ação principal Relatório Psicológico (id 410637787) elaborado por Psicóloga atuante junto ao Conjunto Penal de Barreiras, noticiando o fato de que o Paciente estaria com a sua saúde mental comprometida e apontando a necessidade de seu encaminhamento para “local adequado para tratamento psiquiátrico específico”. Diante do noticiado, o MM. Juiz de origem, em 25/4/2024, converteu a prisão preventiva do Paciente em internação provisória, e determinou a sua transferência para o HCT de Salvador, bem como a realização de perícia.

Em consulta aos fólios do Incidente de Insanidade Mental que tramita no Primeiro Grau de jurisdição (8000594-47.2023.8.05.0068), constata-se: (i) certidão informando que, em cumprimento à determinação judicial supracitada, encaminhou-se *e-mail* para o Diretor do HCT informando-o acerca do comando de que o Paciente seja submetido a perícia (id 411091725); (ii) juntada de Termo de curadoria, no qual a genitora do Paciente após sua digital (id 411232326); (iii) certidão informando a intimação da Defesa acerca da decisão judicial em referência (id 411251067); (iv) ciência do MP, ocasião em que dispensou a formulação de quesitos adicionais (id 411651736).

Em sentido oposto à certidão acima citada, da qual poder-se-ia concluir que o Paciente já estaria internado no HCT, na data de 21/8/2024 foi juntada aos autos da ação principal a certidão de id 459531039, alhures mencionada, que, dentre outras informações, noticia o fato de que o Peticionante ainda se encontra recolhido nas dependências do Conjunto Penal de Barreiras/BA, ou seja, sequer foi realizada, até o presente momento a sua transferência para o HCT, em cumprimento a determinação judicial, para fins de submissão a perícia médica.

Assim é que exsurge dos autos restarem ausentes informações acerca do cumprimento de diligências mínimas, necessárias para a regular tramitação não só do referido Incidente, como também da ação penal, posto não constar: (i) compromisso prestado pela Curadora para fins de representação do Periciando, ora Paciente; (ii) informações acerca da transferência do Paciente ao HCT; (iii) informações acerca da realização de perícia médica; (iv) informações acerca da expedição de ofício ao Órgão competente para a realização do exame pericial a fim de informar a previsão de entrega do laudo, conforme determinado pelo Juízo primevo em decisão que repousa ao id 439235389 daqueles fólios, datada de 10/4/2024.

A questão guarda várias camadas que demandam um olhar atento da comunidade como um todo, mas, em especial, do Poder Judiciário.

A discussão em torno do tema da saúde mental no âmbito do Poder Judiciário ganhou força após o Brasil amargar sua primeira condenação junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objeto relacionou-se ao trato das pessoas com deficiência e ao quadro do atendimento à saúde mental no país.

Em apertada síntese, a origem da condenação do Estado Brasileiro, diz respeito ao caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, tendo sido posta à análise daquela Corte a apuração da responsabilização do Brasil em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, pessoa neurodivergente, internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, centro de atendimento psiquiátrico privado, vinculado ao SUS, localizado no Município de Sobral/CE, tendo falecido no citado estabelecimento no dia 4 de outubro de 1999, apenas 3 (três) dias após a sua internação, em razão das condições desumanas e degradantes a que foi submetido, destacando-se os ataques a sua integridade física por parte dos funcionários da citada Casa de Repouso.

Diante da falta de investigações e garantias judiciais, e da latente impunidade que sobreveio, o caso foi levado a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo-se a responsabilidade do Estado Brasileiro, oportunidade em que se chamou atenção, sobremaneira, à situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas acometidas por distúrbios mentais, ressaltando a especial obrigação do Estado de oferecer proteção aos que se encontram sob seus cuidados, em centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde.

Quando do julgamento do caso em referência, a CIDH reforçou que a pessoa cuja saúde mental é acometida por enfermidade é considerada particularmente vulnerável e, por isso, demanda especial atenção, enfatizando que *“toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre, como a deficiência. (...)”*

Tratando especificamente das medidas a serem tomadas quanto ao tratamento das pessoas cuja saúde mental encontra-se abalada, assim constou da decisão da Corte em referência: *“o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de*

enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (...).⁹

Assim, na seara nacional, como primeiro passo em matéria legislativa sobreveio a edição da Lei nº 10.216/2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, trazendo em seu bojo além dos direitos da pessoa cuja saúde mental resta comprometida, medidas a serem tomadas pelo Estado com vistas à implementação da política antimanicomial, apontado de forma expressa, no seu art. 3º¹⁰, tratar-se de uma responsabilidade inerente ao Estado.

Em consonância com o quanto determinado pela CIDH, já em seu art. 2º a supracitada Lei traz a previsão de que a pessoa cuja saúde mental esteja negativamente afetada, bem como seus familiares ou responsáveis, devem ser cientificados, de maneira formal, acerca dos direitos inerentes àquela, *in verbis*:

Art. 2o Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

9 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 22/8/2024

10 Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Dentre outras medidas, a citada Lei traz, de forma expressa, no § 3º do art. 4º, a vedação de internação de pessoas com transtornos mentais em instituições com características asilares, *in verbis*:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º. (grifos acrescentados)

Eis as considerações de Salo de Carvalho¹¹ acerca da reforma psiquiátrica: *“A reforma psiquiátrica foi explícita em proibir qualquer forma de tratamento manicomial. Mesmo nos casos excepcionais – a internação psiquiátrica é subsidiária e indicada apenas quando os recursos extra-hospitalares (serviços comunitários) se mostrarem insuficientes, conforme o § 3º e o caput do art. 4º - estabelecem que ‘é vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares (...)’ (art. 4º, § 3º, da Lei n. 10.216/2001). A prioridade estabelecida pela Lei n. 10.216/2001 é a do tratamento no ambiente menos invasivo possível (art. 2º, VIII), preferencialmente em serviço comunitário de saúde mental (art. 2º, IX) ou em instituições ou unidades hospitalares gerais que ofereçam assistência na área da saúde mental (art. 3º). A política instituída na reforma deriva da finalidade de criar permanentes espaços para reinserção social do paciente em seu meio (art. 4º, parágrafo único). A vedação de tratamento em instituições com características asilares atinge inclusive as formas de internação compulsória, ou seja, aquelas determinadas pelo Poder Judiciário (art. 6º, parágrafo único, III). Não por outra razão a Lei n. 10.216/2001 regula a própria atividade judicial ao estabelecer que, de acordo com a legislação vigente, o juiz competente levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários (art. 99). As condições de segurança do paciente não podem ser outras que a efetividade dos seus direitos, dispostos no art. 2º, parágrafo único, estando proibida a forma asilar por constituir tratamento desumano (art. 2º, II), abusivo (art. 2º, III) e invasivo (art. 2º, VIII). Neste cenário, não se vislumbra qualquer motivo que justifique tratamento diferenciado entre os usuários comuns dos serviços de saúde mental e aqueles que praticaram delitos. Com o advento da Lei da Reforma Psiquiátrica, independentemente da via de acesso aos*

11 CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

serviços públicos de saúde mental (internação voluntária, involuntária ou compulsória), o tratamento prestado deve ser equânime e regido pela lógica da desinstitucionalização. (...)."

Nesse cenário, com vistas a dar cumprimento com maior efetividade ao quanto decidido pela CIDH, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 142/2021, instituiu o Grupo de Trabalho para a realização de estudos e medidas voltadas à superação das dificuldades relativas à promoção da saúde mental. O citado Grupo foi coordenado pela Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte IDH – UMF/CNJ, com vistas a monitorar as medidas de cumprimento da sentença exarada pela CIDH, alhures comentada.

Após, sobreveio a edição da Resolução CNJ nº 487/2023¹², que instituiu a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabeleceu procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

Para a elaboração da supracitada Resolução, o CNJ levou em consideração, dentre outros pontos, os direitos fundamentais à saúde, ao devido processo legal e à individualização da pena, o comprometimento do Estado do Brasil em promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, bem como a necessidade de combater a prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes nas instituições de tratamento da saúde mental, públicas ou privadas.

Assim é que, por meio da Resolução nº 487/2023 se deu o *start* para o fechamento gradual dos hospitais destinados a tratamentos psiquiátricos no Brasil, destacando, em seu art. 13, § 1º¹³, que, quando necessária, a internação ocorrerá em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps¹⁴.

Dando maior ênfase à necessidade de se assegurar a atenção devida e o eficaz tratamento à pessoa cuja saúde mental esteja comprometida, a referida Resolução trouxe, ainda, no inciso VI do art. 2º, o conceito de Projetos Terapêuticos Singulares (PTS), definindo-os como o *"conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas para um indivíduo, uma família ou comunidade, resultado da discussão coletiva de uma equipe interdisciplinar e centrado na singularidade da pessoa em tratamento, de modo a contribuir para a estraté-*

12 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf>. Acesso em: 22/08/2024.

13 Art. 13. Omissis.

14 Art. 2º. Omissis,
(...)

II – Rede de Atenção Psicossocial (Raps): rede composta por serviços e equipamentos variados de atenção à saúde mental, tais como os Centros de Atenção Psicossocial (Caps), os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), os Centros de Convivência e Cultura, as Unidades de Acolhimento (UAs) e os leitos de atenção integral (em Hospitais Gerais, nos Caps III), presentes na Atenção Básica de Saúde, na Atenção Psicossocial Estratégica, nas urgências, na Atenção Hospitalar Geral, na estratégia de desinstitucionalização, como as Residências Terapêuticas, o Programa de Volta para Casa (PVC) e estratégias de reabilitação psicossocial;

gia compartilhada de gestão e de cuidado, possibilitando a definição de objetivos comuns entre equipe e sujeito em acompanhamento em saúde.”

O Conselho Nacional de Justiça, junto à Resolução, elaborou o Manual da Política Antimanicomial do Poder Judiciário e fez uma excelente consideração sobre como o Brasil não vem observando os direitos fundamentais das pessoas com transtorno mental ou deficiência psicossocial:

“A população com transtorno mental ou deficiência psicossocial, em que pese ser abrangida pelo Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, historicamente é alvo de silenciamento, segregação e invisibilidade, sendo o Brasil um país com antecedentes e sistemáticas violações dos seus direitos, incluídos aqueles ligados à liberdade religiosa e de culto, à integridade e às sexualidades. Particularmente em instituições como HCTPs e unidades prisionais comuns, ainda se mostram frequentes as práticas de isolamento compulsório, que implica o impedimento de acesso a tratamento em saúde adequado, e de contenções, sejam elas químicas ou mecânicas, muitas vezes restando a esse segmento social o abandono, a excessiva e prolongada medicalização, a ausência de PTS e de escuta e a não realização de ritos processuais que lhes oportunizem a fala, como audiências judiciais.

Rememoram-se dados do único Censo Nacional sobre os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), publicado em 2013 pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis), em parceria com o então Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DEPEN/MJSP) (DINIZ, 2013), tendo sido indicada, à época, a manutenção de 18 pessoas internadas em HCTPs há mais de trinta anos e 606 pessoas internadas há mais tempo do que a pena máxima em abstrato cominada para a infração cometida. O quadro apresentado denuncia uma realidade de graves violações de direitos e exige reunião de esforços para prevenção da institucionalização deste público.”

Volvendo olhares para o âmbito estadual, o Poder Judiciário do Estado da Bahia, por meio da Portaria nº 01/2023/GMF/TJBA, publicada no DJE de 12/4/2023, instituiu III Grupo de Trabalho no âmbito do Comitê Estadual de Políticas Penais e Socioeducativas, a partir da Câmara Temática Políticas Penais, para, de acordo com a multicitada Resolução nº 487/2023, do CNJ, acompanhar a política antimanicomial, bem como a situação do Hospital de Custódia e Tratamento – HCT, situado no município de Salvador/BA, com a seguinte composição:

Art. 1º Fica criado o III Grupo de Trabalho, vinculado à Câmara Temática Políticas Penais, do Comitê Estadual de Políticas Penais e Socioeducativas (...) com a seguinte composição:

- I. Des. Geder Luiz Rocha Gomes, na condição de coordenador;
- II. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário/TJBA, representado pelo Juiz colaborador Ricardo Dias Medeiros Netto;
- III. Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – Corregedoria de Presídios;

- IV. Juiz titular ou designado para atuação na Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas (e de Segurança) da Comarca de Salvador;
- V. Unidade de Monitoramento e Execução da Pena e da Medida de Segurança -UMEP-CEOSP/MP/BA; (Promotor(a) de Justiça com atuação na Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas (e de Segurança) da Comarca de Salvador)
- VI. Defensoria Pública Especializada Criminal e de Execução Penal – DP/BA (Defensor(a) Público(a) com atuação na Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas (e de Segurança) da Comarca de Salvador);
- VII. Defensoria Pública Especializada de Proteção aos Direitos Humanos – DP/BA;
- VIII. Secretaria de Justiça e Direitos Humanos – SJDH/BA;
- IX. Secretaria de Saúde do Estado da Bahia;
- X. Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização - SEAP/BA;
- XI. Superintendência de Gestão Prisional – SGP/SEAP/BA;
- XII. Superintendência de Ressocialização Sustentável – SRS/SEAP/BA;
- XIII. Diretoria de Gestão do Cuidado – DGC/SESAB/BA;
- XIV. Secretaria de Saúde do Município de Salvador;
- XV. Comissão de Direitos Humanos e Segurança Pública/ALBA;
- XVI. Comissão Especial de Sistema Prisional e Segurança Pública – OAB/BA;
- XVII. Comissão de Direitos Humanos- OAB/BA;
- XVIII. Conselho Penitenciário da Bahia;
- XIX. Dr. George Roma, médico/TJBA em colaboração com o GMF;
- XX. Diretor(a) do Hospital de Custódia e Tratamento do Estado da Bahia.

Digno de nota o fato de que um dos fatores levados em consideração para a criação do Grupo de Trabalho em referência, foi exatamente a necessidade de tratar das questões relativas ao HCT, em observância aos princípios humanitários e à desinstitucionalização.

Ainda objetivando a materialização da implementação da política antimanicomial no estado baiano, este Sodalício publicou, no DJE de 30/1/2024, o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024, que dispõe sobre a implantação da Política Antimanicomial do Poder Judiciário, estabelecida pela Resolução nº 487/2023 do CNJ, no âmbito do Estado da Bahia.

O citado Provimento Conjunto trouxe diretrizes a serem seguidas na implementação da tão esperada e necessária medida atinente à política antimanicomial e à desinstitucionalização, prevendo já em seu art. 2º a interdição parcial do HCT a partir daquela data (30/1/2024), com vistas a impedir novas internações no citado estabelecimento, sejam elas provisórias ou decorrentes de medidas de segurança aplicadas em sentença. Veja-se:

Art. 2º. O Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador (HCT), a partir do dia 30 de janeiro de 2024, será interditado parcialmente, a fim de impedir novas internações provisórias e por medida de segurança sentenciada.

Desta feita, inerente que, ao se analisar a necessidade de aplicação de interdição provisória ou medida de segurança a determinada pessoa, já se deve partir do pressuposto que desde o dia 30/1/2024 o HCT não está mais apto a receber custodiados, tendo em vista a sua interdição parcial como degrau a ser percorrido para o encerramento total de suas atividades, nos moldes da Política Antimanicomial adotada pelo Poder Judiciário, caminhando-se, assim, para a desinstitucionalização.

O Provimento em referência também dispôs acerca da composição de Equipe de Avaliação e Acompanhamento das Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei (EAP), que são unidades responsáveis pela realização do competente exame de insanidade mental, fluxograma do atendimento em audiência de custódia, além do mapeamento da Rede de Atenção Psicossocial disponível para fins de atendimento dos casos examinados.

Nesse diapasão, nasceu a premente necessidade de envolvimento dos Municípios na política antimanicomial, porquanto os indivíduos que necessitam de cuidados estão fisicamente atrelados aos Municípios aos quais são residentes, que serão os entes responsáveis por recepcioná-los com uma estrutura adequada, com equipamento de saúde apto a assisti-los, para evitar que haja uma desassistência, que leva ao fato mais agudo. Como bem destaquei em entrevista concedida ao portal eletrônico do CNJ: *“Desde o momento em que acontece o fato até o momento em que a pessoa é assistida, toda uma rede tem que ser tecida. Desde a polícia para levar, o carro para conduzir a pessoa, às vezes, em surto, o lugar onde vai colocar, os exames que vão ser feitos, porque você tem toda uma estrutura agora no âmbito da saúde, não mais no âmbito do sistema punitivo.”*¹⁵

Partindo dessa análise sistêmica é que esta Corte de Justiça editou anexos ao Provimento Conjunto ora discutido, trazendo a teia a ser seguida pelas autoridades judiciais competentes para acompanhamento da pessoa custodiada, construção do Projeto Terapêutico Singular – PTS e indicação do tratamento em saúde mais adequado, conforme disposto em seu art. 12¹⁶, de forma que, esclarecendo qual a unidade responsável pelo exame e a sua abrangência territorial, aponta: i) Anexo II: locais para feitura de exame de insanidade mental – pessoas soltas; (ii) Anexo III: locais para feitura de exame de insanidade mental – pessoas presas; (iii) Anexo IV: fluxograma da Política Antimanicomial.

15 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-baiana-dialoga-com-gestores-publicos-fechamento-do-hospital-de-custodia/>. Acesso em: 22/8/2024.

16 Art. 12. As autoridades judiciais competentes para execução da medida de segurança oficialão às RAPS para acompanhamento da pessoa custodiada, construção do Projeto Terapêutico Singular – PTS e indicação do tratamento em saúde mais adequado.

Constrói-se, assim, a cada dia, uma rede mais interligada e coesa, apta a amparar as pessoas cuja saúde mental esteja afetada, como forma de conferir-lhes um tratamento digno, amparado em um acompanhamento multidisciplinar, com esboço em um plano terapêutico singular (PTS) que abarque as características atinentes à enfermidade que as acomete e o melhor recurso a ser empregado a cada caso concreto, individualmente considerado.

No campo judicial, o Estado do Rio de Janeiro impetrou Mandado de Segurança em face do Conselho Nacional de Justiça, pleiteando a manutenção do funcionamento do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Henrique Roxo, bem como dos demais hospitais destinados ao cumprimento das medidas de segurança e cautelares de internação, observados os direitos previstos no art. 2º da Lei nº 10.216/2001.

O referido *mandamus* foi tombado sob o nº 39.747/RJ e tem como relator o Ministro Flávio Dino que, ao decidir a Medida Cautelar pleiteada no bojo do citado *writ* na data de 19/6/2024 deferiu, em parte, o pedido liminar *“para manter em funcionamento os hospitais destinados ao cumprimento das medidas de segurança e cautelares de internação, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, observados os direitos previstos no art. 2º da Lei nº 10.216/2001, até que seja observado o Tema RG nº 698 deste Supremo Tribunal.”*

Posteriormente, no bojo da ADPF nº 1.076/DF, ajuizada pelo União Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, objetivando que se declare a inconstitucionalidade da Resolução CNJ nº 487/2023, o Ministro Relator Edson Fachin, em decisão datada de 25/6/2024, ao apreciar pedido liminar de suspensão imediata da Resolução em referência, entendeu que não restavam presentes, por ora, os requisitos para a concessão da tutela de urgência pleiteada, razão pela qual a indeferiu, mantendo, portanto, a aplicabilidade e a eficácia da Resolução objurgada.

Em sua decisão, o Ministro ressaltou os avanços das medidas implementadas no país, a fim de assegurar a política de proteção do direito fundamental à saúde de pessoas com transtorno mental ou outra forma de deficiência psicossocial durante o ciclo penal.

Calha à fiveleta, porque esclarecedor, trazer excerto da supracitada decisão, *verbi gratia*: *“(...) o tema objeto da resolução impugnada se sustenta em amplo arcabouço normativo de ordem convencional, constitucional, legal e infralegal, os quais passam pela Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelas Leis Federais nº. 10.216/2001 e nº. 13.416/2015, além de Resoluções do Conselho Nacional de Direitos Humanos (Resolução CNDH nº. 08/2019), do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Resolução CNPCP nº. 04/2010) e do próprio Conselho Nacional*

de Justiça (Resolução CNJ nº. 113/2010 e Recomendação CNJ nº. 35/2011). Os prazos previstos pelos artigos 16, 17 e 18 da Resolução CNJ nº. 487/2023 não são peremptórios, foram já prorrogados pelo eminente Conselho Nacional de Justiça e poderão o ser uma vez mais, em caso de comprovada necessidade. Tal análise, porém, cabe ao próprio CNJ, em necessário diálogo com os entes federados. O perigo na demora demonstra ser, a rigor, o inverso do que é alegado, visto que eventual concessão do pleito liminar interromperia a implementação em curso de uma política pública de alta complexidade e incontroversa relevância. (...) A suspensão liminar dos efeitos da Resolução CNJ nº. 487/2023 implicaria, portanto, enorme prejuízo à implementação em curso de uma política pública amplamente discutida e legitimamente estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, com grandes repercussões na proteção do direito constitucional à saúde. (...)."

Com efeito, em consulta ao Painel de ações estaduais para implementação da Resolução CNJ nº 487/2023¹⁷, tem-se que até a data de hoje (22/8/2024):

- (i) 7 (sete) unidades da federação já implementaram Programas de Atenção Integral às Pessoas com Transtorno Mental em Conflito com a Lei: Pará, Maranhão, Piauí, Paraíba, Pernambuco, Goiás e Minas Gerais;
- (ii) 15 (quinze) entes federados instituíram o Comitê Estadual Interinstitucional de Monitoramento da Política Antimanicomial no âmbito do Poder Judiciário, previsto na Resolução CNJ nº 487/2023: Rondônia, Amazonas, Amapá, Maranhão, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina;
- (iii) 14 (quatorze) unidades da federação já instituíram Grupos de Trabalho para implantação e monitoramento da Política Antimanicomial do Poder Judiciário: Acre, Roraima, Pará, Tocantins, Goiás, Distrito Federal, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Paraná e Santa Catarina;
- (iv) 3 (três) entes realizaram a interdição total de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico: Piauí, Goiás e Mato Grosso;
- (v) 15 (quinze) unidades já procederam à interdição parcial de estabelecimentos, alas ou instituições congêneres de custódia e tratamento psiquiátrico: Rondônia, Pará, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Paraná e Rio Grande do Sul;
- (vi) 16 (dezesesseis) entes já contam com equipes conectoras entre o Poder Judiciário e a Saúde por meio do serviço de avaliação e acompanhamento de medidas

¹⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/direitos-humanos/politica-antimanicomial-do-poder-judicial-rio/painel-de-acoas-estaduais-para-implementacao-da-resolucao-cnj-n-487-2023/>. Acesso em: 22/8/2024.

terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS): Rondônia, Pará, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina.

Pertinente trazer à baila a doutrina de Erving Goffman¹⁸ que, em sua obra intitulada “Manicômios, Prisões e Conventos”, trouxe a ideia do que denominou “instituições totais”, assim as descrevendo: *“Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais ‘fechadas’ do que outras. Seu ‘fechamento’ ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de instituições totais (...).”*

Partindo do ensinamento supratranscrito, pertinente trazer novamente à baila a doutrina de Salo de Carvalho¹⁹, *verbi gratia*: *“A criminologia crítica e a antipsiquiatria expuseram amplamente as contradições entre as funções declaradas (ressocialização e tratamento) e as funções reais (imposição ilimitada de sofrimento e estigmatização) das penas e das medidas de segurança. Conforme diagnosticou Basaglia, ‘(..) em todos os países do mundo [a prisão] tem como finalidade [oficial] a reabilitação do preso, como, por outro lado, o manicômio tem como finalidade [declarada] a cura do doente mental’. No entanto, ‘(...) tanto o manicômio quanto a prisão são instituições de Estado que servem para manter limites aos desvios humanos, para marginalizar o que está excluído da sociedade [funções reais]. É muito difícil dizer com precisão o que é a marginalidade ou o que é a doença mental, como é muito difícil compreender a presença dessas pessoas nestas instituições, porque manicômio ou prisão são situações intercambiáveis: podemos tomar um preso e colocá-lo no manicômio ou tomar um louco e metê-lo na prisão’. No campo do saber e das práticas de controle da loucura, a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial representaram os principais eixos de resistência contra as formas de segregação institucional. (...) A viragem proposta pela antipsiquiatria e pelo movimento antimanicomial é fundada em uma nova forma de olhar o problema da loucura que enfatize a pessoa, e não a sua doença, o que permite romper com os estigmas do processo de coisificação do portador de sofrimento psíquico que caracterizam os procedimentos de institucionalização. (...) O avanço proporcionado pelo movimento antimanicomial, pela psicologia social e pela antipsiquiatria na ruptura com as categorias estigmatizadoras do sistema periculosista demonstra que é possível resistir ao punitivismo e encontrar alternativas às formas violentas de imposição de sanções pelo sistema penal. (...) O receio de se pensar em formas distintas de intervenção*

18 GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. Coleção Debates. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

19 CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

penal ou a dificuldade de se criarem modelos alternativos para além dos muros do sistema punitivo, mesmo quando os instrumentos legais possibilitam práticas disruptivas, revelam, em realidade, o nível do enraizamento do sistema punitivo nas pessoas. Mas, conforme foi possível perceber, encontrar alternativas não é tão difícil quanto se possa imaginar. Basta entender o outro sempre e radicalmente como um sujeito de direitos, independentemente dos atos que tenha praticado ou da forma como a sua racionalidade articula o pensamento.”

Indubitável e improrrogável, pois, a necessidade de se promover alternativas penais com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, com espeque na individualidade de cada ser humano, almejando, assim, um verdadeiro tratamento e a busca de uma vivência digna, e não a coisificação do ser humano, alojado nas masmorras do esquecimento social, submetido, muitas das vezes (quicá a grande maioria) a tratamentos aviltantes, degradantes, que lhe retiram o próprio senso de existência.

Não se pode, após tão árdua caminhada, que infelizmente só se iniciou após vergonhosa condenação em âmbito internacional proveniente do descaso estatal com as vidas postas a sua custódia e tratamento, retroceder com relação ao quanto já foi até aqui estudado, analisado e discutido, o que nos coloca diante de verdadeiro efeito *cliquet* (vedação de retrocesso em situação de garantia de direitos humanos).

Em observação perspicaz seguida de comentário cirúrgico durante estudo sobre a custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil, que teve como base o censo de 2011, Débora Diniz²⁰ destacou que: *“o censo encontrou dezoito indivíduos internados em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico há mais de trinta anos. Jovens, eles atravessaram os muros de um dos regimes mais cruéis de apartação social. Idosos, eles agora esperam que o Estado os corporifique para além dos números aqui representados e reconheça-os como indivíduos singulares com necessidades existenciais ignoradas em vários domínios da vida.”*

Nessa linha de intelecção foi que, ao me debruçar sobre a matéria, analisando a medida de segurança sob uma ótica contemporânea, em publicação de minha autoria, concluí: *“À guisa de arremate, assevera-se que, em se tratando de aplicação e execução da medida de segurança (sanção penal), no Brasil, atualmente, impõe-se a incidência dos postulados, ditames e diretrizes fixados pela Lei 10.216/2001, Lei da Reforma Psiquiátrica, afastando-se o previsto nas normas punitivas (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal), por força imperativa da Constituição Federal da República, bem assim, em caráter residual, pelo conflito aparente de normas.”*²¹

20 DINIZ, Débora. A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo de 2011. Brasília: LetrasLivres: Editora Universidade de Brasília, 2013.

21 GOMES, Geder Luiz Rocha. A medida de segurança em uma perspectiva contemporânea: saúde mental, Lei de Reforma Psiquiátrica e sua abordagem pelo direito penal - Curitiba: Juruá, 2023. P. 104.

Tem-se, assim, a Lei nº 10.216/2001 como marco inicial da política Antimanicomial no Brasil, um importante passo dado para o direito ao tratamento da condição de saúde das pessoas com transtorno mental e para a desinstitucionalização, com a implementação de medidas que previnam e coíbam internações em hospitais psiquiátricos.

Na linha sucessiva, encontram-se as normativas do CNJ e o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024 do TJBA, fornecendo orientações aos juízes para que a atuação judicial concretize as medidas da Política Antimanicomial.

É nesse contexto de Política Antimanicomial, com a desinstitucionalização e com a prioridade de tratamento da saúde das pessoas portadoras de doenças mentais, que se deve analisar o caso em questão.

Mirando novamente os autos, observa-se que instaurada em face do Paciente, em 5/4/2023, a ação penal de nº 8000204-77.2023.8.05.0068, que se encontra suspensa em razão da instauração do Incidente de Insanidade Mental de nº 8000594-47.2023.8.05.0068 em 20/9/2023, fora determina a sua internação provisória, bem como a sua submissão a perícia médica, o que não ocorreu até o presente momento.

A internação provisória encontra previsão legal no inciso VII do art. 319²² do CPP, como medida cautelar diversa da prisão a ser decretada em face *“do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.”*

Aury Lopes Jr.²³, dissertando sobre a internação provisória, destacou a previsão legal supracitada: *“(...) busca estabelecer uma espécie de medida de segurança cautelar para os casos de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável. Para tanto, exige-se: crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; risco de reiteração criminosa. Os requisitos são cumulativos e não alternativos. Os problemas desta medida são de diferentes ordens, a começar pela ausência de limitação de sua duração (mesmo erro existente na prisão preventiva), o que poderá gerar abusos. O segundo inconveniente decorre desta “perícia” para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pelos riscos inerentes às avaliações psicológicas e, o mais grave, ao caráter retroativo com que é feita. (...) Ademais, considerando a urgência inerente às cautelares, nem sempre haverá condições de se fazer*

22 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
(...)

VIIv- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

23 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

um exame de insanidade como necessário e, com isso, acabaremos criando a situação do 'inimputável provisório', para não dizer, do 'louco temporário'... correndo o risco de depois, no exame definitivo, o diagnóstico ser diferente. (...) Cria-se, no art. 319, VII, diante da urgência da medida cautelar, a possibilidade de um laudo de constatação provisória da inimputabilidade, apto a ensejar a internação provisória. Isso não está na lei, mas a situação de urgência poderá conduzir a esse cenário. O problema, neste caso, reside no fato de que avaliação posterior não é objetiva (como no laudo toxicológico), mas sim completamente subjetiva e irrefutável, na medida em que se pretende avaliar a interioridade psíquica do agente, impossível de ser constatada ou demonstrada empiricamente. Revelase a temida fundição do discurso jurídico com o da psiquiatria, gerando uma ditadura do modelo clínico com efeitos penais. A situação é ainda mais preocupante se considerarmos as condições em que se encontram os manicômios judiciais, onde, não raras vezes, o acusado entra inimputável e sai completamente louco... Outrossim, não se pode desprezar a 'estigmatização' e o 'rótulo' de inimputável que o acusado recebe já neste laudo provisório, culminando por determinar e engessar seu futuro, posto que uma vez rotulado de "doente mental", dificilmente conseguirá se livrar deste estigma. Ainda mais se considerarmos que se está sempre no campo indeterminável e incontrollável das avaliações sobre a interioridade do agente, de modo que, ao ser novamente avaliado, já entrará com essa pecha de "doente" e será muito difícil reverter esse quadro aos olhos de um psiquiatra (já condicionado pelo laudo anterior, ainda que inconscientemente). Em suma, é uma medida muito perigosa. Em terceiro lugar, o dispositivo recorre à perigosa futurologia do 'risco de reiteração', completamente subjetiva e impossível de ser aferida. (...)."

Prosseguindo, o douto jurista destaca: "(...) Em última análise, a nosso juízo, pode representar um grave retrocesso essa internação provisória do inimputável ou semi-imputável, pois significa a aplicação de medida de segurança cautelar, fundada na "periculosidade" do agente. É interessante essa categoria de "louco temporário"... que deverá ter sua periculosidade aferida por algum 'periculosômetro' (Zaffaroni)... É um retrocesso ao discurso criminológico de propensão ao delito, periculosidade, enfim, um reducionismo sociobiológico. (...) Noutra dimensão, a 'internação provisória' não pode ser desconectada do sistema cautelar, de modo que, mesmo sendo inimputável o agente, é imprescindível a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. (...) A internação provisória é situacional, de modo que desaparecendo o suporte fático legitimador do perigo, deve o imputado ser colocado em liberdade. Na mesma linha, não pode ter uma duração indeterminada (em que pese a lacuna legal na definição dos prazos máximos de duração das medidas cautelares). (...)."24

A partir da política antimanicomial superou-se a priorização da medida de internação, seja ela provisória ou em cumprimento de medida de segurança imposta em sentença

24 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

absolutória imprópria, porquanto se desprezava a periculosidade do agente e o tratamento realmente eficaz ao mal combatido, tratando-se de preceito que não guardava um olhar clínico para o inimputável ou semi-inimputável, cujo tratamento recomendado, na maioria das vezes, seria outro.

Clarividente que essa ótica restou superada, de forma que, atualmente, a internação somente será utilizada de forma excepcional, quando os demais meios não forem eficientes.

É o que preleciona o art. 4º, da Lei nº 10.216/2001, segundo o qual: *“A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”*.

Alerta o art. 6º, do Diploma Antimanicomial, ainda, que: *“A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.”*

Daqui, extrai-se uma inovação necessária e que clamava por urgência, tendo como propósito a busca por um tratamento que melhor atenda ao direito à saúde das pessoas com transtornos mentais.

O art. 9º, I, da Resolução CNJ nº 487/2023, ao tratar acerca da necessidade de tratamento em saúde mental no curso de prisão preventiva ou outra medida cautelar, destaca que, acaso a pessoa esteja privada de sua liberdade, o Juiz reavaliará a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a Defesa, eis como consta do citado dispositivo:

Art. 9º No caso de a pessoa necessitar de tratamento em saúde mental no curso de prisão processual ou outra medida cautelar, a autoridade judicial:

I – no caso de pessoa presa, reavaliará a necessidade e adequação da prisão processual em vigor ante a necessidade de atenção à saúde, para início ou continuidade de tratamento em serviços da Raps, ouvidos a equipe multidisciplinar, o Ministério Público e a defesa;

II – no caso de pessoa solta, reavaliará a necessidade e adequação da medida cautelar em vigor, observando-se as disposições do artigo anterior.

Parágrafo único. O encaminhamento para os serviços da Raps ou rede de proteção social será apoiado pelas equipes mencionadas no art. 2º, III, IV e V, considerando a interlocução entre esses serviços e os equipamentos responsáveis pelo tratamento em saúde, de modo que eventuais subsídios sobre a singularidade do acompanhamento da pessoa sejam aportados ao processo visando a priorização da saúde.

Trata-se a internação de *ultima ratio*, que somente será aplicada diante da existência de laudo médico individualizado, que aponte a insuficiência das outras medidas extra-hos-

pitulares, e o tratamento a ser dado ao paciente, com vistas a sua reinserção social, deve ser realizado por meio de equipe multidisciplinar, vedando-se expressamente a internação em instituições com características asilares.

Concretizando esse mandamento e orientando os Magistrados, a Resolução nº 487/2023 do CNJ deixa clara a excepcionalidade da internação e traz de forma expressa que, acaso esta se mostre realmente necessária, será cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, garantindo-se a sua interação com a família e a comunidade, nos termos do PTS, *in verbis*:

Art. 13. A imposição de medida de segurança de internação ou de internação provisória ocorrerá em hipóteses absolutamente excepcionais, quando não cabíveis ou suficientes outras medidas cautelares diversas da prisão e quando compreendidas como recurso terapêutico momentaneamente adequado no âmbito do PTS, enquanto necessárias ao restabelecimento da saúde da pessoa, desde que prescritas por equipe de saúde da Raps.

§ 1º A internação, nas hipóteses referidas no caput, será cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro equipamento de saúde referenciado pelo Caps da Raps, cabendo ao Poder Judiciário atuar para que nenhuma pessoa com transtorno mental seja colocada ou mantida em unidade prisional, ainda que em enfermaria, ou seja submetida à internação em instituições com características asilares, como os HCTPs ou equipamentos congêneres, assim entendidas aquelas sem condições de proporcionar assistência integral à saúde da pessoa ou de possibilitar o exercício dos direitos previstos no art. 2º da Lei n. 10.216/2001.

§ 2º A internação cessará quando, a critério da equipe de saúde multidisciplinar, restar demonstrada a sua desnecessidade enquanto recurso terapêutico, caso em que, comunicada a alta hospitalar à autoridade judicial, o acompanhamento psicossocial poderá continuar nos demais dispositivos da Raps, em meio aberto.

§ 3º Recomenda-se à autoridade judicial a interlocução constante com a equipe do estabelecimento de saúde que acompanha a pessoa, a EAP ou outra equipe conectora, para que sejam realizadas avaliações biopsicossociais a cada 30 (trinta) dias, a fim de se verificar as possibilidades de reversão do tratamento para modalidades em liberdade ou mesmo para sua extinção.

Art. 14. Serão proporcionadas ao paciente em internação, sem obstrução administrativa, oportunidades de reencontro com sua comunidade, sua família e seu círculo social, com atividades em meio aberto, sempre que possível, evitando-se ainda sua exclusão do mundo do trabalho, nos termos do PTS.

O objetivo da Resolução, consoante dispõe o art. 1º é: *“Instituir a Política Antimanicomial do Poder Judiciário, por meio de procedimentos para o tratamento das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial que estejam custodiadas, sejam investigadas, acusadas, réis ou privadas de liberdade, em cumprimento de pena ou de medida de segurança, em prisão domiciliar, em cumprimento de alternativas penais, monitoração eletrônica ou outras medidas em meio aberto, e conferir diretrizes para assegurar os direitos dessa população”*.

Na linha dessa política de proteção e cuidado à pessoa com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial, estabelecendo procedimentos e diretrizes para a implementação da Política Antimanicomial, o Tribunal de Justiça da Bahia, conforme já destacado, editou o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024, o qual, no art. 13, determina a interdição total e definitiva do Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador (HCT):

Art. 13. A interdição total e definitiva do Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador ocorrerá, por ato próprio, na forma e no prazo do artigo 18 da Res. CNJ 487/2023.

Busca-se, com a Política Antimanicomial, que o agente que necessite de tratamento de sua saúde mental não seja relegado aos escombros da sociedade, recebendo um tratamento inadequado e ineficiente para reinseri-lo ao seu meio social.

Tendo a Constituição Federal como fundamento e ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, pretende-se que o indivíduo que precisa de um olhar atento receba seu tratamento clínico adequado e seja tratado.

Entrementes, no caso em exame, há uma nuance a ser observada: malgrado tenha sido ventilada a possibilidade de inimizabilidade do Paciente, tem-se que foi instaurado Incidente de Insanidade Mental há quase 1 (ano) sem que até o momento tenha sido tomada qualquer providência para o regular deslinde do feito.

Com efeito, rememore-se que, *in casu*, foi determinada a transferência do Paciente para o HCT, em 19/9/2023, contudo até a presente data, não existem informações nos fôlios acerca da efetivação da sua transferência e da elaboração do laudo para constatação de sua saúde mental. Ao contrário! Noticiou-se nos autos, como dantes destacado, que o Peticionante ainda se encontra recluso nas dependências do Conjunto Penal de Barreiras/BA, não havendo qualquer prognóstico de possível data de realização do exame pericial.

Como se observa, não há a confirmação, até o momento, sobre a constatação de condições específicas da saúde mental do Paciente, fato que atrai a necessidade de observação do feito à luz da extensa duração da prisão preventiva (1 ano e 4 meses), considerando especialmente tratar-se da imputação de crime de menor potencial ofensivo (delito de perseguição) e contravenção penal (porte de arma branca).

Nesse contexto, conquanto os prazos no processo penal não sejam peremptórios, podendo ser estendidos, desde que assim a complexidade do caso concreto exija, de acordo com as suas peculiaridades, número de acusados e/ou testemunhas a serem inquiridas e/ou a especialidade de provas periciais a serem produzidas, é cediço que o excesso não pode ultrapassar os limites do razoavelmente admitido, circunstância que deve ser devidamente analisada caso a caso.

Em relação ao assunto, é remansoso o entendimento de que eventual excesso não pode superar os limites considerados como razoáveis, notadamente diante da previsão constitucional expressa no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Política do Brasil, segundo o qual: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Desse modo, levando em consideração a excepcionalidade da medida de internação, a qual só pode ser determinada se houver recomendação após avaliação psiquiátrica (o que não ocorre no caso *sub oculi*), bem como a particularidade do excesso prazal não atribuído à Defesa, reputo inadequada a manutenção da medida de internação provisória.

Por conveniente, citem-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar situações de alegado excesso de prazo em processo no qual se mostrou necessária a realização de incidente de insanidade mental, *exempli gratia*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

DEMORA NA CONCLUSÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Sabe-se que o prazo para a conclusão do processo não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, sendo imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para os atos processuais. 2. Na hipótese, o paciente foi preso em 25/4/2016, há 2 anos e 6 meses, sem a conclusão do incidente de insanidade mental. O curso da ação penal encontra-se suspenso desde 13/7/2016, em razão do incidente suscitado, e o Juízo destacou que o acusado não contribuiu para a demora na realização do exame, motivo pelo qual a manutenção da custódia cautelar se revela desproporcional. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no RHC: 95753 BA 2018/0054609-0, Relator:

Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 27/11/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2018)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO. CONFIGURAÇÃO.

ORDEN CONCEDIDA. 1. A aferição do excesso de prazo pressupõe a observância da garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e não é feita de forma puramente matemática, mas considerando-se as peculiaridades da causa que possam influir no ritmo de tramitação. 2. No caso em exame, o paciente encontra-se preso cautelarmente desde outubro de 2016, e o processo, com um único réu e no qual se apura somente um delito - furto qualificado -, flui com lentidão, apesar de não apresentar complexidade significativa. Consta que a demora da marcha processual se deu ante a excessiva delonga na ulatimação do incidente de insanidade mental pelo Estado. E, embora se tenha notícia de que a referida prova pericial foi realizada, a audiência de instrução nem sequer foi iniciada, a evidenciar o constrangimento ilegal. 3. Ordem concedida.

(STJ - HC: 422691 SE 2017/0281285-2, Relator: Ministro

ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/05/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGOS 250, § 1º, II, A, 329, CAPUT, E 139, TODOS DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. DEMORA NA REALIZAÇÃO DO EXAME DE INSANIDADE MENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. Restando caracterizado o evidente excesso de prazo, desprovido de justificativa razoável, encontrando-se o feito no aguardo da realização do exame de insanidade mental há mais de 01 (um) ano, deve o réu ser posto em liberdade (Precedente). Recurso provido.

(STJ - RHC: 19915 BA 2006/0158774-0, Relator: Ministro FELIX

FISCHER, Data de Julgamento: 17/10/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/02/2007 p. 263)

Na mesma direção, caminha a jurisprudência dos Tribunais pátrios, veja-se:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO GÊNESIS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COM O EMPREGO DE ARMA E EM CONCURSO COM FUNCIONÁRIO PÚBLICO (ART. 2.º, §§ 2.º, E 4.º, INCISO II, DA LEI Nº 12.850/13). EXTORSÃO QUALIFICADA (ART. 158,

§§ 1.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL -DUAS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA. 1. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO. ACOLHIMENTO. DEMORA INJUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO DA DEFESA. PROCESSO INSTAURADO EM 02/02/2021. PRIMEIRO EXAME PERICIAL PSIQUIÁTRICO AGENDADO PARA 18/04/2023. PACIENTE PRESO HÁ 2 (DOIS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES. VIOLAÇÃO À RAZOABILIDADE. RELAXAMENTO DA PRISÃO. 2. NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NOS ARTIGOS 319, INCISOS I, IV, V E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE EM CONCRETO DOS DELITOS. PRECEDENTES. 3. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, MEDIANTE A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.

(TJ-CE - HC: 06400077420228060000 Fortaleza, Relator: FRANCISCO EDUARDO TORQUATO SCORSAFAVA, Data de Julgamento: 15/02/2023, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/02/2023)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. FLAGRANTE. DÚVIDAS ACERCA DA IMPUTABILIDADE DO AGENTE. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO, DECISÃO INFUNDADA. FATO CONCRETO. NÃO INDICAÇÃO. ART. 312, CPP. REQUISITOS INDEMONSTRADOS. EXCESSO DE PRAZO. PRISÃO SUPERIOR A DOIS ANOS E SETE MESES. INSTRUÇÃO NÃO CONCLUÍDA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. INIMPUTABILIDADE PENAL. PERÍCIA OFICIAL. INTERNAÇÃO. MANUTENÇÃO DESNECESSÁRIA. MEDIDA CAUTELAR. TRATAMENTO AMBULATORIAL

RECOMENDADO. UNÂNIME. 1. O édito constritor originário padece de absoluta fundamentação por não fazer sequer alusão às hipóteses que possibilitam a medida extrema, se limitando a impor medida de internação provisória. 2. A dúvida sobre a sanidade mental autoriza instaurar o incidente de insanidade mental, contudo, não pode, de per si, ensejar a internação provisória, sem que demonstrada sua necessidade.

3. Requerida a desinternação, o juiz decidiu manter a medida de segurança para garantia da ordem pública, em razão da gravidade abstrata do crime, sem apontar qualquer fato legitimador da custódia. 4. Transcorridos mais de dois anos e sete meses desde o flagrante, o réu é mantido preso, sem notícias sobre o término da

instrução criminal. 5. Assentando a perícia oficial a inimizabilidade do réu e a suficiência do tratamento ambulatorial, desnecessário manter a internação. 6. Ordem concedida. Prisão revogada. Imposição de medida cautelar de tratamento ambulatorial. Decisão unânime.

(TJ-PE - HC: 00025609520218179000, Relator: FAUSTO DE

CASTRO CAMPOS, Data de Julgamento: 29/10/2021, Gabinete do Des. Fausto de Castro Campos)

Este Sodalício possui precedentes que trilham o mesmo entendimento, *verbi gratia*:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. Art. 250, do CP. EXCESSO DE PRAZO para o início da instrução processual. ACOLHIMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PACIENTE PRESA, CAUTELARMENTE, DESDE O DIA 24/02/2021. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DA PACIENTE INSTAURADO, EM 03/03/2021, E NÃO CONCLUÍDO, ATÉ A DATA DESTA JULGAMENTO. INSTRUÇÃO NÃO INICIADA. DELONGA PROCESSUAL NÃO ATRIBUÍVEL À PACIENTE, OU À DEFESA TÉCNICA.

Ordem Concedida. I. A existência de excesso de prazo da medida ante tempus deve ser analisada, em cada caso concreto, para que se verifique a ocorrência, ou não, de delonga irrazoável, na instrução processual. Bem é de ver que o cômputo dos prazos processuais não é absoluto. Destarte, é possível que o precitado procedimento perdure, por mais tempo do que o previsto pela legislação, sem que se reconheça, necessariamente, o excesso de prazo. Na espécie solvenda, torna-se inteligível, em consonância com as informações, prestadas pela autoridade coatora e com os documentos, abojados aos autos, que a paciente foi presa, em flagrante, no dia 24/02/2021, com conversão da custódia precautelar, em preventiva, em 01/03/2021. Infere-se, outrossim, que restou instaurado incidente de insanidade mental da paciente, em 01/03/2021, dando origem aos autos nº 8001035- 25.2021.805.0124, cuja perícia foi realizada, em 15/09/2021. (...) É incontraditável, portanto, a dilatação da duração da prisão provisória da paciente, custodiada, há mais de 1 (um) ano, sem haver sido, sequer, iniciada a instrução processual, por isso que, rediga-se, não restou finalizado, até a data deste julgamento, o incidente de insanidade mental da paciente. Não bastasse isso tudo, desvelando-se os autos, é intelectível que o atraso do pré-aludido deslinde processual, data maxima venia, não decorreu de fatos, imputáveis à defesa técnica, tampouco, à paciente. Diante de tal panorama procedimental, é incontraditável a necessidade de concessão da ordem, à vista da ocorrência do excesso de prazo para o início da instrução processual. II. PARECER DA PROCURADORIA PELA CONCESSÃO DO WRIT. III. ORDEM CONCEDIDA.

(TJ-BA - HC: 80021798120228050000 Des. Carlos Roberto Santos Araújo - 2ª Câmara Crime 1ª Turma, Relator: IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/07/2022)

HABEAS CORPUS. AMEAÇA. CONCURSO MATERIAL POR TRÊS VEZES. EXCESSO DE PRAZO NA CONDUÇÃO DO FEITO. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. FLEXIBILIZAÇÃO DA SÚMULA Nº 52 DO STJ. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 527 DO STJ. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. DE OFÍCIO, APLICADAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. A incidência da Súmula 52 do STJ não possui aplicabilidade absoluta, podendo ser mitigada, a depender do caso concreto, visando atender aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. Não pode o acusado ficar segregado cautelar-

mente por tempo indefinido, sem que tenha dado causa ao retardamento, sobretudo quando sua internação provisória perdura por tempo superior ao da pena máxima, in abstrato, prevista para o crime de ameaça, mesmo se considerado o concurso material, o que evidencia flagrante ilegalidade decorrente do excesso de prazo na custódia cautelar, bem como afronta ao enunciado na Súmula 527 do STJ.

(TJ-BA - HC: 80082122420218050000, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/04/2021)

HABEAS CORPUS – ART. 121, § 2º, I e III, DO CÓDIGO PENAL – EXCESSO PRAZAL – VERIFICAÇÃO – PRISÃO CAUTELAR QUE PERDURA HÁ MAIS DE DOIS ANOS – FEITO PARALISADO DESDE 05.06.2018 À ESPERA DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE INSANIDADE MENTAL – IRRAZOÁVEL DELONGA – MORA QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA A DEFESA - ORDEM CONCEDIDA. 01 – Sustenta a Impetrante que o Paciente, preso em 11.08.2017, acusado de praticar o crime de homicídio qualificado, sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, ante o excesso de prazo para a formação da culpa. 02 – Da análise da prova pré-constituída pelo Impetrante, em cotejo com as informações prestadas pela apontada autoridade coatora, tem-se que, em 06.02.2017, a denúncia foi recebida e a prisão preventiva decretada contra o paciente, sendo esta devidamente cumprida em 11/08/2017. Consta, ademais, dos informes judiciais, que foi instaurado incidente de insanidade mental, com a suspensão do trâmite da ação penal, nos termos da decisão datada de 19.10.2017. 03 - Afirma, na sequência, que “em 28.11.2017 foi determinada a remessa dos autos ao Hospital de Custódia e Tratamento para a realização de perícia” (ID 6533927), mas estes só foram efetivamente enviados em 05 de junho de 2018, não obstante os pedidos defensivos no sentido de que fosse imprimida celeridade ao feito. Resta constatado, assim, que o paciente permanece preso desde 11.08.2017, encontrando-se os autos paralisados há quase 02 (dois) anos à espera da realização do exame pericial aludido 04 - Nesse contexto, é nítido que não se está diante de um simples descumprimento dos prazos fixados em lei, mas de efetiva ocorrência de desproporcional e irrazoável excesso de prazo. Precedentes do STJ. 05 – Parecer Ministerial pela concessão da ordem. ORDEM CONCEDIDA.

(TJ-BA - HC: 80006300720208050000, Relator: NILSON SOARES CASTELO BRANCO, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 14/04/2020)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ROUBO. EXCESSO DE PRAZO NA CONDUÇÃO DO FEITO. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. APLICADAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. Configura constrangimento ilegal, por excesso de prazo, a prisão do Paciente por mais de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, quando se verifica que o processo de origem encontra-se paralisado há aproximadamente 09 (nove) meses, esperando, unicamente, a juntada de laudo médico atualizado, para finalização ou não do incidente de insanidade mental, e regular andamento do feito. Não pode o Paciente, ficar segregado cautelarmente, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por tempo indefinido, quando se deve ter em mente que a celeridade processual é ideia vinculada ao Estado Democrático de Direito. Ordem conhecida, concedida e, ex officio, aplicadas as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV, do CPP.

(TJ-BA - HC: 80049763520198050000, Relator: FRANCISCO DE OLIVEIRA BISPO, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 10/05/2019)

Inexorável chegar-se, assim, à conclusão de que não se mostra recomendável a manutenção da internação provisória do Paciente, que sequer foi transferido para o HCT, unidade que, imperioso frisar, está impedida de receber novas internações provisórias desde dia 30 de janeiro de 2024, conforme destacado no art. 2º, do Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024 do TJBA.

Dessa feita, o ideal é que sejam tomadas as necessárias providências com vistas à conclusão do adequado tratamento e melhora de sua saúde mental, previstas tanto na própria Resolução do CNJ quanto no Provimento Conjunto deste Tribunal de Justiça.

Neste viés é que, como se trata o presente caso de uma internação provisória cujo Paciente ainda não foi encaminhado para o HCT, unidade que, como demonstrado alhures, está caminhando para a interdição de suas atividades e inexorável esvaziamento total, revisitando tanto a Resolução CNJ nº 487/2023, quanto o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024 do TJBA, tem-se que, estando o Paciente preso provisoriamente, o Magistrado deve reavaliar a necessidade e adequação da custódia cautelar, tendo em vista que se deve especial atenção à saúde, priorizando, assim, o início ou continuidade de tratamento da saúde mental.

Nesse contexto é que exsurge a necessidade de se acionar a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) com vista a dar o suporte necessário ao melhor tratamento a ser dispensado ao Paciente, de forma que, nos termos do art. 8º²⁵ do Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024 do TJBA, deve-se observar o procedimento estabelecido no art. 6º, *caput*, e §§2º e 3º, com a utilização das unidades constantes do Anexo III, daquele Provimento.

Eis o teor dos citados dispositivos:

Art. 6º. A análise sobre a imputabilidade da pessoa solta, quando necessária, poderá ser qualificada com requisição de informações sobre o atendimento dispensado nos serviços de saúde aos quais esteja vinculada, respeitado o sigilo de informações pessoais e médicas.

(...)

§2º. Os exames de insanidade mental deverão ser produzidos pelos Departamentos de Polícia Técnica (DPT's) nas sedes de referência das regiões, nos termos do Anexo II.

25 Art. 8º. O processamento do incidente de insanidade mental no curso do processo com pessoa presa, quando necessário, seguirá o procedimento estabelecido no art. 6º, *caput* e §§2º e 3º, com a utilização das unidades constantes do Anexo III, deste Provimento.

§3º. Transitoriamente, enquanto os DPT's não estiverem estruturados para realização do exame, este acontecerá nas Unidades Prisionais de cogestão referidas, de acordo com a região em que a Comarca está inserida, nos termos do Anexo II.

In casu, como o Paciente, pelo que consta dos autos principais, encontra-se custodiado no Conjunto Penal de Barreiras, em consulta ao Anexo III, que lista os locais para feitura de exame de insanidade mental em pessoas presas, tem-se que a unidade responsável para feitura de exame em referência é exatamente a unidade prisional citada (Conjunto Penal de Barreiras).

Nesse diapasão, com vistas à desinternação do Paciente, mostra-se imprescindível a elaboração de Projetos Terapêuticos Singulares (PTS) com fulcro no caso *sub examine*, diante do necessário exame particularizado da condição da sua saúde mental, objetivando a implementação das condutas terapêuticas articuladas que melhor se amoldem, no particular, considerando-se a singularidade do Interditado, visando contribuir efetivamente para a melhora de sua saúde mental.

Assim é que se impõe a concessão parcial ordem para determinar a desinternação do Paciente, condicionada à elaboração do competente PTS e realizada nos seus termos.

Dessarte, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM para determinar a DESINTERNAÇÃO do Paciente JEFFERSON DOURADO, condicionada à elaboração do competente Projeto Terapêutico Singular (PTS) e realizada nos termos ali constantes. Para tanto, fixo, desde logo, o prazo de 30 (trinta) dias para feitura do PTS a ser elaborado pela Secretaria de Saúde do Estado, equipe multidisciplinar do Conjunto Penal de Barreiras e/ou equipe de saúde congênere, devendo o Magistrado de origem empreender as diligências necessárias para o fiel cumprimento do quanto determinado neste *decisum*, devendo o Juízo *a quo*, ainda, adotar as seguintes medidas:

a) empreender as diligências necessárias, com a urgência que caso requer, no sentido de que o Paciente realize perícia médica com vistas a atestar o seu estado de saúde mental, com a elaboração do competente Laudo que deverá instruir os autos do Incidente de Insanidade Mental;

b) para fins de cumprimento do quanto determinado no tópico “b”, oficie o Conjunto Penal de Barreiras, para a realização de exame de insanidade mental em referência, tendo em vista que o Município de Coribe está inserto na sua abrangência territorial. Para tanto fixo, desde logo, o prazo de 30 (trinta) dias para realização de perícia e elaboração do competente laudo;

c) oficiar a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Município de Coribe, nos termos do parágrafo único do art. 5º26 do Provimento Conjunto nº CGJ/CCI-03/2024 do TJBA, para fins de acompanhamento e inclusão do Paciente nos serviços disponíveis em meio aberto, a exemplo das redes de apoio municipais para tratamentos multidisciplinares (médico, psiquiatra, psicólogo, terapia ocupacional, assistência social), individuais e em grupo, e acompanhamento familiar em órgãos tais como Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e demais serviços de saúde mental que o Município dispôr;

d) com a juntada do competente Laudo aos autos do Incidente de Insanidade Mental, que proceda ao seu regular e célere trâmite, com posterior retomada da tramitação dos autos principais.

3. Conclusão

Ex vi positis e à luz dos dispositivos legais concernentes à matéria, voto no sentido de **CONHECER DO PRESENTE HABEAS CORPUS E CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM** determinando a **DESINTERNAÇÃO** do paciente **JEFFERSON DOURADO**, condicionada à elaboração, no prazo de 30 (trinta) dias, do competente Projeto Terapêutico Singular (PTS) e realizada nos termos ali constantes, devendo o Magistrado de origem empreender as diligências necessárias para tanto e, ainda, adotar as seguintes medidas: a) empreender as diligências necessárias, com a urgência que caso requer, para realização de perícia médica e elaboração do competente Laudo que deverá instruir os autos do Incidente de Insanidade Mental, oficiando o Conjunto Penal de Barreiras para tanto, que deverá cumprir a diligência no prazo de 30 (trinta) dias; b) oficiar a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Município de Coribe, para que acompanhe e inclua o Paciente nos serviços disponíveis em meio aberto; c) após a juntada do competente Laudo aos autos do Incidente de Insanidade Mental, que proceda ao seu regular e célere trâmite, com posterior retomada da tramitação dos autos principais.

Salvador, data de inclusão no sistema.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes

Relator

26 Art. 5º. Omissis.

Parágrafo único. Na audiência de custódia, se for concedida a liberdade provisória, a Rede de Atenção à Saúde (RAS) e a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) deverão ser acionadas para acompanhamento e inclusão da pessoa em questão nos serviços disponíveis em meio aberto.

CATEGORIA 14

DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E À JUSTIÇA CLIMÁTICA

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 0871620-17.2022.8.10.0001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO - TJMA

JUIZ DOUGLAS DE MELO MARTINS

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
PJe - Processo Judicial Eletrônico

Número: **0871620-17.2022.8.10.0001**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Órgão julgador: **Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis**

Última distribuição : **17/12/2022** Valor da causa: **R\$ 300.000,00** Assuntos: **Poluição**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes			
Procurador/Terceiro vinculado		MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO MARANHAO (AUTOR)	
		BRK AMBIENTAL - MARANHAO S.A. (REU)	
BRUNO AMAR BOTELHO (ADVOGADO) CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO (ADVOGADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
129214262	16/09/2024 12:08	Sentença	Sentença

ESTADO DO MARANHÃO
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DA ILHA DE SÃO LUÍS
FÓRUM DESEMBARGADOR SARNEY COSTA
VARA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

CLASSE PROCESSUAL: AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65)

PROCESSO: 0871620-17.2022.8.10.0001

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

RÉU: BRK AMBIENTAL - MARANHÃO S.A.

Advogados do(a) RÉU: BRUNO AMAR BOTELHO - RJ113441, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO - RJ20283-A

SENTENÇA

Ementa: DIREITO AMBIENTAL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LANÇAMENTO DE EFLUENTES SEM TRATAMENTO. POLUIÇÃO HÍDRICA. DANOS AMBIENTAIS. REVISÃO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. JULGAMENTO PROCEDENTE.

I Caso em exame.

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em face da BRK Ambiental - Maranhão S.A., visando à condenação da ré à obrigação de fazer consistente na adequação da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) do Residencial Novo Horizonte Aparecida e na submissão da ETE à revisão do licenciamento ambiental, bem como ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, em razão do lançamento de efluentes sem tratamento adequado no Rio Dona Noca.

II Questão em discussão.

2. A controvérsia reside em determinar a responsabilidade da concessionária de serviço público de saneamento básico pelo lançamento de efluentes sem tratamento adequado em curso d'água, a partir da análise de laudo técnico que apontou a ineficiência da ETE e o descumprimento dos parâmetros legais, bem como a necessidade de revisão do licenciamento ambiental e a configuração de dano moral coletivo.

III Razões de decidir.

3. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, sendo dever do Estado e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4. O esgotamento sanitário, como parte integrante do saneamento básico, é um serviço público essencial, devendo ser prestado de forma adequada, a fim de evitar a poluição dos recursos hídricos e garantir a saúde pública e a qualidade ambiental.

5. A Resolução CONAMA nº 430/2011 estabelece os padrões de lançamento de efluentes em corpos d'água, visando à proteção da qualidade ambiental e à saúde da população, sendo obrigatório o seu cumprimento pelas concessionárias de serviço público de saneamento básico.

6. O laudo técnico elaborado pela Universidade Estadual do Maranhão comprovou a ineficiência da ETE do Residencial Novo Horizonte Aparecida e o lançamento de efluentes sem o devido tratamento no Rio Dona Noca, configurando poluição hídrica e dano ambiental.

7. A responsabilidade por danos ambientais é objetiva, solidária e propter rem (art. 14,

§ 1º, da Lei nº 6.938/1981), não eximindo a concessionária da obrigação de reparar os danos causados, mesmo que não tenha sido a causadora direta da poluição.

A existência de Termo de Compromisso Ambiental (TCA) não impede o Ministério Público de buscar a tutela jurisdicional, visando à obtenção de título executivo judicial e à revisão do licenciamento ambiental, em caso de interesse público relevante (art. 785 do CPC e art. 9º, IV, da Lei nº 6.938/1981).

8. O princípio da máxima efetividade da tutela coletiva e o interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo autorizam o julgador a proferir decisão que melhor atenda ao interesse público, ainda que se afaste do pedido inicial, em observância à natureza fungível da tutela ambiental.

9. É cabível a revisão do licenciamento ambiental, mesmo que a concessionária tenha cumprido as condicionantes anteriormente estabelecidas,

se houver risco de danos ambientais ou se as condições que ensejaram a concessão da licença forem modificadas.

10. A conduta da concessionária, ao lançar efluentes sem tratamento adequado em curso d'água, configurou dano moral coletivo, pois violou o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo presumido o dano (*in re ipsa*) e desnecessária a comprovação de dor ou sofrimento individual.

IV Dispositivo e tese.

11. Ação Civil Pública julgada procedente.

12. Ré condenada a adequar a ETE do Residencial Novo Horizonte Aparecida, em consonância com as normas ambientais, no prazo de 6 (seis) meses, a submeter a ETE à revisão do TCA junto aos órgãos competentes, no mesmo prazo, e a pagar indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser revertida ao Fundo Estadual de Direitos Difusos, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de descumprimento.

Tese de julgamento: “A concessionária de serviço público de saneamento básico é responsável pelos danos ambientais decorrentes do lançamento de efluentes sem tratamento adequado em corpo d'água, sendo cabível a revisão do licenciamento ambiental, a qualquer tempo, em caso de risco de dano ambiental ou de alteração das condições que ensejaram a sua concessão, bem como a condenação por dano moral coletivo, independentemente da comprovação de culpa ou dolo.”

Dispositivos relevantes citados: Art. 225, § 3º, da CF; Art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981; Art. 9º, IV, da Lei nº 6.938/1981; Art. 785 do CPC; Resolução CONAMA nº 430/2011; e Resolução CONAMA nº 357/2005.

Jurisprudência relevante citada: REsp 1175907/MG e REsp 1.989.778.

1 RELATÓRIO

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Maranhão contra BRK Ambiental - Maranhão S.A.

Quanto aos fatos que fundamentam a inicial, o autor alega que instaurou inquérito civil para apurar danos potenciais e efetivos causados ao Rio Dona Noca, em razão da construção do empreendimento imobiliário Residencial Parque Novo Horizonte, sem projeto adequado

de tratamento de efluentes, drenagem apropriada para escoamento de esgoto tratado, definição de padrões de lançamento, padrões de corpo, receptor, plano de monitoramento da água pós-tratada e definição de destino sanitário seguro.

Aduz que, a partir da análise bacteriológica e físico-química de efluentes tratados pela ETE do Residencial Novo Horizonte, concluiu-se que a amostra de água analisada apresentou qualidade insatisfatória, não atendendo aos padrões permitidos pela legislação vigente (CONAMA, Resolução 430, de 13 de maio de 2011).

Ao final, formulou os seguintes pedidos:

“5) a condenação da requerida à:

a) imediata obrigação de fazer, confirmando a liminar concedida, consistente em adequar a Estação de Tratamento de Esgoto do Residencial Novo Horizonte para que trate o esgoto corretamente antes de ser despejado no Rio Dona Noca, sob pena de incidir em pagamento de multa diária, a ser revertida para o Fundo Estadual de Proteção dos Direitos Difusos – FEPDD;

b) imediata obrigação de fazer consistente em submeter a Estação de Tratamento de Esgoto do Residencial Novo Horizonte ao licenciamento ambiental, em prazo fixado na sentença, sob pena de incidir multa diária, que poderá ser estabelecida conforme os parâmetros do art. 11 da Lei nº 7.347, a ser revertida para o Fundo Estadual de Proteção dos Direitos Difusos – FEPDD;

(...)

9) reparação do dano moral coletivo, decorrente de sua conduta exaustivamente já descrita, no importe de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) ou outro valor que esse d. Juízo entenda suficientemente educativo e justo, mediante depósito na conta do Fundo Estadual de Proteção dos Direitos Difusos – FEPDD, criado pela Lei nº 10.417, de 14/03/2016, na forma de seu art. 2º, incisos I e II”.

Audiência de Conciliação realizada em 05/05/2023, inexitosa - id 91522809.

A BRK Ambiental, em contestação, alega que “o laudo produzido no âmbito do inquérito civil, além de não ter sido elaborado de forma correta, não condiz com a realidade atual da ETE Novo Horizonte, uma vez que, conforme será comprovado a seguir, a referida estação encontra-se adequada aos parâmetros exigidos pela Resolução CONAMA nº 430/2011”, bem como que “a ETE operada pela Peticionária está adequada aos padrões preconizados e legislação aplicável, sendo que os parâmetros, na média das análises mensais, estão dentro dos limites especificados por legislação” - id 93246227.

O autor apresentou réplica à contestação apresentada - id 105087643.

Proferida decisão de saneamento e organização do processo, oportunidade na qual as questões de fato e de direito foram delimitadas. Ao final, foi concedido prazo para as partes manifestarem-se sobre o julgamento antecipado do mérito - id 106199075.

Quanto à produção de provas, o MP manifestou-se pelo julgamento antecipado do mérito (id 111209641). Já a BRK Ambiental requereu ajustes na decisão de saneamento, bem como a produção de mais provas - id 107296017.

Proferida decisão deferindo ajustes na decisão saneadora - id 124173020.

Juntada de documentação pela ré - id 126193665.

Transcorrido *in albis* o prazo concedido ao autor para manifestar-se sobre os documentos juntados pela ré.

Era o que cabia relatar. Decido.

2 FUNDAMENTAÇÃO

A demanda versa sobre a suposta ineficiência da Estação de Tratamento de Esgoto do Residencial Novo Horizonte, no que se refere ao tratamento dos efluentes despejados pelo residencial no Rio Dona Noca.

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em seu art. 225 e estabeleceu, com isso, as diretrizes de preservação e proteção dos recursos naturais e definiu o meio ambiente como bem de uso comum da sociedade humana.

No seu §3º, a Carta da República especifica, ainda, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a tutela ambiental constitui um dever, e não mera norma moral de conduta, fazendo-se necessário a defesa do meio ambiente, como também preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No âmbito internacional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também conhecido como Protocolo de San Salvador, expõe, no art. 11, que “toda pessoa tem direito

a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e que “os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento o meio ambiente”.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege o direito a um meio ambiente sadio na condição de decorrência necessária do direito ao desenvolvimento assegurado no seu artigo 26.

Nesse contexto, o esgotamento sanitário, parte integrante do saneamento básico, constitui serviço público essencial, que deve ser assegurado a todos os cidadãos, evitando-se que os dejetos atinjam os cursos d’água, sob pena de ofensa a direitos constitucionais como o da dignidade da vida e da pessoa humana, saúde pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O objetivo da presente ação é justamente o de propiciar a conservação e a preservação do meio ambiente para as futuras gerações, evitando ou prevenindo a degradação dos cursos d’água.

Na hipótese dos autos, restou comprovado que houve o lançamento direto de resíduos líquidos, sem tratamento, do Residencial Novo Horizonte no Rio Dona Noca, decorrente do funcionamento irregular de sua ETE.

Conforme Parecer Técnico nº 004/2012, emitido pelo Centro de Apoio Operacional (id 82721254, p. 08), foram constatadas: (i) a ausência do Plano de Controle Ambiental (PCA); (ii) a ausência, na licença de operações, de especificações sobre a Estação de Tratamento de Esgoto como condições, restrições e medidas de controle ambiental; (iii) a ausência da outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos para lançamento de efluentes estabelecida na Resolução CONAMA nº 377/2006; (iv) a indicação de que a disposição final do lodo residual da ETE seria o “lixão” de Paço do Lumiar; e (v) a ausência do plano de monitoramento da água pós-tratamento.

Além disso, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais - SEMA informou que não foi localizado nenhum processo referente à concessão de outorga do direito de Uso de Recursos Hídricos (id 82721267, p. 01), bem como que verificou o não cumprimento pelo empreendedor das condicionantes 03 e 04 da Licença de Operação - LO nº 535/2011, resultando na autuação da empresa Canopus Construção LTDA (id 82721267, 03).

Importante observar, ainda, a perícia realizada pela Universidade Estadual do Maranhão para a realização de coleta e análise de efluentes tratados pela ETE do Residencial Novo Horizonte (id 82721377, p. 08).

A análise bacteriológica e físico-química da água, realizada em conformidade com a Resolução CONAMA nº 430/2011, revelou resultados preocupantes. A amostra analisada apresentou qualidade insatisfatória, evidenciando o descumprimento aos padrões estabelecidos pela legislação ambiental vigente (id 82721377, p. 13).

Tal situação configura um grave risco à saúde pública e ao meio ambiente, demandando a adoção de medidas imediatas para a regularização dos parâmetros da água, a fim de mitigar os impactos negativos e garantir a qualidade dos recursos hídricos.

A situação relatada exige a aplicação dos princípios ambientais da prevenção e precaução, ambos consagrados na Constituição Federal. Diante da constatação da poluição hídrica, medidas preventivas devem ser implementadas para cessar a fonte de contaminação e evitar danos futuros ao meio ambiente e à saúde humana.

Concomitantemente, o princípio da precaução justifica a adoção de medidas eficazes para a recuperação da qualidade da água, mesmo sem a certeza científica absoluta sobre a extensão dos danos, a fim de evitar riscos potenciais e garantir um ecossistema sadio e sustentável para a coletividade.

Por outro lado, a BRK argumenta que a “Resolução CONAMA nº 357/2005, artigo 33, permite valores em desacordo com os estabelecidos para a respectiva classe de enquadramento, desde que não comprometam os usos previstos para o corpo de água”.

Afirma, ainda, que realiza as análises dos efluentes em observância aos parâmetros estabelecidos na mencionada resolução e que a conclusão do referido laudo estaria equivocada.

Com efeito, as Estações de Tratamento de Esgotos têm como objetivo primordial remover poluentes e substâncias contaminantes presentes nos efluentes, antes de seu lançamento no corpo receptor. Nesse contexto, uma das normas que avalia a eficiência do lançamento final do efluente na ETE é a Resolução nº 430/2011, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

A mencionada resolução dispõe sobre os padrões para a gestão do lançamento de efluentes em corpos de águas receptores.

Por sua vez, a Resolução CONAMA nº 357/2005 dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como também estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes.

Nesse sentido, entendo que o não atendimento de pelo menos uma dessas resoluções, considerando a necessidade de controle do lançamento de poluentes no meio ambiente, é suficiente para a constatação de poluição ambiental.

Em que pese a BRK tenha juntado aos autos documentos consubstanciados nas análises periódicas dos efluentes lançados pela ETE do Residencial Novo Horizonte, inclusive de março e junho de 2022, atendendo à Resolução CONAMA 430/2011, não há como desconsiderar o laudo fornecido pela Universidade Estadual do Maranhão, autarquia de regime especial e pessoa jurídica de direito público, dotada de presunção de veracidade em seus atos.

Além disso, deve-se levar em conta, no presente caso de aparente conflito, o princípio *in dubio pro natura*, no sentido de que a decisão a ser tomada deve ser aquela que proveja sempre maior proteção ou conservação ao meio ambiente.

Acrescenta-se que, ainda que a empresa concessionária tenha recebido a Estação de Tratamento somente em setembro de 2015, tal fato não exime sua obrigação, haja vista que a responsabilidade por danos ambientais é *propter rem*, objetiva e solidária, logo, independe de ter sido ele o causador do dano (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981).

A presente situação configura um grave problema de saúde pública, com potenciais riscos de disseminação de doenças e intoxicações, além de comprometer a qualidade de vida da população. A gravidade da situação exige a adoção de medidas preventivas rigorosas, com a completa eliminação de qualquer tipo de lançamento de efluentes sem tratamento adequado, sob pena de causar danos irreversíveis ao meio ambiente e à saúde humana.

Por fim, a ré alega que, no ano de 2016, foi celebrado com a SEMA o Termo de Compromisso Ambiental (TCA) para regularizar o licenciamento ambiental da atividade de serviço público de abastecimento de água potável dos Municípios de São José de Ribamar e Paço do Lumiar que inclui as ETEs em operação, dentre elas, a ETE Novo Horizonte, tendo sido renovado em 2019 e em 2023, com vigência até o ano de 2026.

Ocorre que tal fato não elide o interesse processual do Ministério Público, que, a despeito da existência de compromisso extrajudicial, busca obter provimento jurisdicional dotado de força de título executivo judicial. Nesse sentido, dispõe o art. 785, do CPC:

“Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

Outrossim, a Lei nº 6938/91 dispõe como instrumentos da Política Nacional do Meio

Ambiente a revisão do licenciamento ambiental, a qualquer tempo, de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV).

Diante desse contexto, entendo necessário submeter o Termo de Compromisso Ambiental (TCA) concedido à sua revisão.

3 DA REVISÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. NATUREZA FUNGÍVEL DA TUTELA AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE.

A Lei nº 6.938/81 enuncia que são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV).

Com efeito, submeter a revisão do licenciamento ambiental concedido à concessionária ré não significa dizer, porém, que este raciocínio conduz à rejeição dos pedidos formulados ou a perda do seu objeto.

Nesse sentido, registro que a tutela ambiental tem natureza fungível, o que permite ao julgador levar em consideração aspectos jurídicos outros que não tenham sido articulados na inicial, desde que guardem relação com o fato-base objeto da demanda, não havendo que se falar, da conclusão daí decorrente, em julgamento *extra petita*.

Sob outro prisma, são princípios do processo coletivo o da máxima efetividade da tutela coletiva e o do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, dos quais decorrem (dentre outras) duas consequências: a primeira de ordem processual, reforçando o que foi dito no parágrafo anterior, que permite a flexibilização da técnica processual visando a resolução do conflito de interesses em julgamento; a segunda, que permite ao juiz a prolação de decisão adequada ao conflito, não necessariamente aquela pretendida pela parte, dado o interesse coletivo em jogo, ainda que a providência adotada se afaste em alguma medida do princípio da demanda.

Com efeito, o interesse coletivo não está à disposição das partes neste processo. O interesse público subjacente se sobrepõe a toda e qualquer pretensão de cunho privatista.

Sendo assim, a solução mais adequada ao presente conflito é aquela que privilegia o interesse difuso da coletividade, finalidade precípua dos processos que envolvem matérias ambientais/urbanísticas. Logo, nesses termos, impõe-se a obrigação de revisão do TCA da ETE operada pela BRK.

A função do licenciamento ambiental é prevenir a ocorrência de danos ambientais, no qual emprega-se o princípio da precaução para que as consequências do uso abusivo da

propriedade ou da falta de atividades de sustentabilidade nas ações da empresa, gerem danos à sociedade.

Assim como qualquer ato administrativo, a licença ambiental está sujeita à revisão, especialmente quando houver interesse público relevante.

Ademais, se as condições originais que deram ensejo à concessão da licença ambiental mudarem ou dados técnicos relevantes foram omitidos ou distorcidos, a licença também poderá ser modificada ou retirada.

Depreende-se, portanto, que mesmo que o responsável pela atividade potencial ou efetivamente poluidora tenha cumprido à risca a legislação ambiental e as condicionantes do licenciamento, a simples iminência da possibilidade de geração de graves riscos ao meio ambiente e à saúde da coletividade justifica a revisão da licença.

É importante ressaltar que a revisão de uma licença não significa necessariamente a nulidade do ato administrativo anteriormente proferido, mas um ajustamento das condicionantes e das medidas de controle de adequação, com o intuito de diminuir ou de retirar a possibilidade de ocorrência de danos ambientais.

Registre-se, ainda, que a expedição da licença diz respeito ao direito à livre iniciativa econômica do empreendedor e ao direito à saúde pública e à salubridade ambiental da coletividade, devendo haver um equilíbrio entre ambos, com prevalência ao interesse público.

Assim, em face do princípio da precaução e razoabilidade, prudente é a revisão do Termo de Compromisso Ambiental (TCA) para que sejam reavaliados os efeitos causados ao Rio Dona Noca e, conseqüentemente, à sua sociedade.

4. DO DANO MORAL COLETIVO

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que um mesmo dano ambiental pode atingir tanto a esfera moral individual, como a esfera coletiva, acarretando a responsabilização do poluidor em ambas, até porque a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível (REsp 1175907/MG).

Na espécie, conforme já provado, a conduta do réu tem ocasionado danos ambientais à coletividade, comprometendo a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com efeito, para a verificação do dano moral coletivo ambiental, é desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um

indivíduo isolado, pois o **dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva** à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (REsp 1.989.778).

José Rubens Leite esclarece, especificamente quanto ao dano moral decorrente de ato lesivo ao meio ambiente, que:

“Há que se considerar como **suficiente para a comprovação do dano extrapatrimonial a prova do fato lesivo – intolerável – ao meio ambiente**. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o **desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**”.

Na situação em análise, a omissão do réu em tomar medidas efetivas e mitigadoras

para inibir a poluição no Rio Dona Noca configura ato ilícito e ensejador do dano moral.

O valor da indenização pelos danos morais coletivos não pode ser insignificante, sob pena de não atingir o propósito educativo, mas também não deve ser exagerado e desproporcional a ponto de se tornar excessivamente oneroso.

Desse modo, entendo que a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais) representa um valor adequado e que atende ao propósito de reparar o patrimônio moral da coletividade, devendo ser direcionada ao Fundo Estadual de Direitos Difusos e Coletivos.

5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, com base no art. 487, I, do CPC, **ACOLHO** os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado do Maranhão e, por conseguinte, CONDENO BRK Ambiental - Maranhão S.A. a:

- a) obrigação de fazer, consistente em adequar a Estação de Tratamento de Esgoto do Residencial Novo Horizonte para que trate o esgoto corretamente antes de ser despejado no Rio Dona Noca, em consonância com as normas ambientais vigentes, no prazo de 6 (seis) meses;
- b) obrigação de fazer consistente em submeter a Estação de Tratamento de Esgoto do Residencial Novo Horizonte à revisão do Termo de Compromisso Ambiental (TCA) junto aos órgãos competentes, no prazo de 6 (seis) meses; e

c) reparação do dano moral coletivo, consistente no pagamento de indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), a ser revertida ao Fundo Estadual de Direitos Difusos.

Em caso de descumprimento de qualquer das medidas acima, arbitro multa diária no valor de R\$1.000,00, a ser revertida ao Fundo Estadual de Direitos Difusos.

Sem custas e honorários advocatícios.

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. INTIME-SE.

São Luís, datado eletronicamente.

Dr. Douglas de Melo Martins

Juiz Titular Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís

CATEGORIA 15

DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NA EMERGÊNCIA DE NOVAS TECNOLOGIAS

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 3000140-96.2024.8.06.0034

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE

JUIZ FRANCISCO HILTON DOMINGOS DE LUNA FILHO

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - 1º Grau
PJe - Processo Judicial Eletrônico

Número: **3000140-96.2024.8.06.0034**

Classe: **REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA DE CRIME**

Órgão julgador: **Vara Única Criminal da Comarca de Aquiraz**

Última distribuição : **15/02/2024** Valor da causa: **R\$ 0,00** Assuntos: **Simples**

Nível de Sigilo: **0 (Público)**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Advogados	
BRUNO BARROS GONCALVES (NOTICIANTE)			
		FERNANDO CAIO CANDEA MINA (ADVOGADO)	
JEMEISOM BERNARDO DE FREITAS (REPRESENTADO)			

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
86619754	23/05/2024 11:06	Decisão	Decisão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
VARA ÚNICA CRIMINAL DA COMARCA DE AQUIRAZ

DECISÃO

PROCESSO Nº 3000140-96.2024.8.06.0034

Vistos, etc.

Cuida-se de Queixa-Crime ofertada por **BRUNO BARROS GONÇALVES** em desfavor de **JEMEISON BERNARDO DE FREITAS**, pela suposta prática da infração penal prevista no art. 140, c/c art. 141, III, do Código Penal (CP), consoante narrado na peça inicial (id. 79693499).

Com vista do feito, o MINISTÉRIO PÚBLICO opinou pela designação de audiência para fins de composição civil dos danos (id. 86249425).

Analizando os autos firmo convicção no sentido de que a presente Queixa deve ser rejeitada, diante da ausência de justa causa para o prosseguimento da demanda.

Explico.

É firme na jurisprudência o entendimento de que os crimes contra a honra (arts. 138, 139 e 140 do CP) exigem, para a configuração penal, a presença de elemento subjetivo específico do tipo, consistente na vontade deliberada de lesar a honra alheia, de ofender ou insultar, proferindo insultos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém, ou seja, a presença do *animus injuriandi vel diffamandi* (**STF: Inq. nº 1.937/DF**, julgado em 24.09.2003; **STF: HC nº 72.062/SP**, julgado em 14.11.1995; **STJ: AgRg no HC nº 395.714/CE**, julgado em 02.04.2019; **STJ: APn nº 887/DF**, julgado em 03.10.2018; **TJCE: Recurso em Sentido Estrito nº 0008293-42.2018.8.06.0112**, julgado em 14.07.2020).

Assim, conforme didática lição do STJ, a queixa-crime ou denúncia “*deve estampar a existência de dolo específico necessário à configuração dos crimes contra a honra, sob pena de faltar-lhe justa causa, sendo que a mera intenção de caçoar (animus jocandi), de narrar (animus narrandi), de defender (animus defendendi), de informar ou aconselhar (animus consulendi), de criticar (animus criticandi) ou de corrigir (animus corrigendi) exclui o elemento subjetivo e, por conseguinte, afasta a tipicidade desses crimes*” (HC nº 234.134/MT. STJ: 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ. Julgado em 06.11.2012. Publicado em 16.11.2012 – grifei).

In casu, a inicial acusatória se fundamenta em postagem na internet, realizada pelo que-relado no dia 14.02.2024, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Mentiroso, hipócrita, safado, **desprovido de políticas públicas**, enganador, etc...”. [Grifei]

Ora, diante do contexto em que a frase foi dita, conforme se pode extrair da própria queixa, está evidenciado que as palavras foram proferidas por pessoa que não apoia, não concorda e/ou se coloca em oposição política ao querelante, que atualmente ocupa o cargo eletivo de prefeito municipal.

A publicação foi realizada em contexto de descontentamento/divergência de uma parte (o querelado) com o trabalho e/ou o posicionamento político adotado pelo querelante, pessoa pública, o qual deve suportar críticas e insinuações acima do que há de tolerar aquele que não assume tais responsabilidades, pois o peso do mandato eletivo impõe aos eleitores e cidadãos incessante fiscalização e eventual crítica aos atos dos políticos. A vida privada, a intimidade e a imagem da pessoa que ocupa cargo público sofrem natural mitigação frente a liberdade de expressão, a livre manifestação do pensamento e as prerrogativas de opinar e criticar daí advindas.

Isso não configura o dolo de injuriar ou de difamar (*animus injuriandi vel diffamandi*), senão o de criticar (*animus criticandi*). Com efeito, é direito a todos garantido o de criticar agentes políticos sujeitos a maior exposição e, por conseguinte, a juízos mais ásperos com base em opinião subjetiva.

As críticas estão inseridas, como se vê, no campo da divergência política e voltadas, sobretudo, a figura pública e ao cargo político ocupado pelo querelante, não se verificando a indispensável justa causa para a instauração de um processo criminal.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

HABEAS CORPUS. QUEIXA-CRIME. CRIMES CONTRA A HONRA. AUTORIDADE PÚBLICA. JORNALISTA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI.

I. Queixa crime apresentada por autoridade pública (Procurador-Geral da República) contra jornalista, após publicação, em revista nacional, de reportagem crítica à atuação no cargo por ele ocupado.

Imputação dos crimes de calúnia, difamação e injúria.

I. Críticas dirigidas exclusivamente à atuação profissional do queixoso que, apesar de grosseiras e deselegantes, não extrapolam os limites da liberdade de imprensa.

II. A autoridade pública, em razão do cargo exercido, está sujeito a críticas e ao controle não só da imprensa como também da sociedade em geral. Supremacia, aqui, do interesse público sobre o interesse privado, no que se refere a notícias e críticas pertinentes à atuação profissional do servidor público.

III. 'A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.' (ADI 4451, Rel. Min. Alexandre de Moraes)

[...]

V. Ausência de demonstração por meio de elementos concretos da intenção do paciente de acusar levemente o queixoso do crime de prevaricação.

VI. **Manifestações por parte da imprensa de natureza crítica, satírica, agressiva, grosseira ou deselegante não autorizam, por si sós, o uso do direito penal para, mesmo que de forma indireta, silenciar a atividade jornalística.**

VII. **Não estando presente o *animus injuriandi* é caso de se prover o agravo regimental para se conceder a ordem e trancar a ação penal.**

(AgRg no HC nº 691.897/DF. STJ: 6ª Turma, Rel. Min. OLINDO MENEZES (DESEM-BARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO). Julgado em 17.05.2022. Publicado em 26.05.2022) – grifei.

A Constituição Federal trouxe um verdadeiro arcabouço protetivo à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento (arts. 5º, IV e IX, 53 e 220), em perfeita sintonia com a proteção à liberdade de pensamento e expressão prevista no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Nesse velejar, a pretensão do querelante de responsabilizar criminalmente o querelado também não passa pelo crivo do **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**.

O **controle de convencionalidade**, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), constitui-se na obrigação de *“afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos”*, desde que a norma do direito interno traga *“proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos”*. Enquanto o tradicional e conhecido controle de constitucionalidade orienta-se pelo critério hierárquico, dispondo-se o ordenamento jurídico interno na forma de **pirâmide**, o **controle de convencionalidade** orienta-se por um critério puro e estritamente **material**, existindo uma relação verdadeiramente **horizontal** entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e as leis e a Constituição do Estado-parte, de modo que **a norma a ser aplicada será aquela que trazer maior proteção à dignidade da pessoa humana**. O guia no **controle de convencionalidade** é o **Princípio Pro Persona**, segundo o qual *“a interpretação deve otimizar a garantia, efetividade e o gozo dos direitos humanos em seu conjunto, **dando preferência sempre à interpretação que mais fortemente implemente sua eficácia jurídica, bem como àquela que proteja tais direitos com maior amplitude**”*.

Nessa ordem de ideais, fica claro que o magistrado brasileiro, atuando verdadeiramente como um juiz interamericano, **quando estiver diante de um caso concreto que demande a proteção de direitos humanos**, deve sempre dar prevalência à norma e à interpretação mais protetiva, não importando a sua hierarquia¹.

1 Na prática o juiz pode até mesmo afastar um tratado internacional, desde que a norma interna seja mais efetiva ou estabeleça menores restrições aos direitos humanos.

Sobre a matéria cabe citar, por fim, a posição da Corte IDH, expressada no **Caso Tristán Donoso vs Panamá (2009)**, onde fica clara a especial proteção conferida à liberdade de expressão e de crítica a autoridades públicas:

[...] A Corte assinalou que, em uma sociedade democrática, os funcionários públicos estão mais expostos ao escrutínio e à crítica do público. [...] Essa proteção da honra de maneira diferenciada se explica porque o funcionário público se expõe voluntariamente ao escrutínio da sociedade, o que o leva a um maior risco de sofrer danos à sua honra, como também pela possibilidade, associada a sua condição, de ter uma maior influência social e facilidade de acesso aos meios de comunicação para dar explicações ou responder sobre os fatos que o envolvem. [...] o Judiciário deve tomar em consideração o contexto em que se realizam as expressões sobre assuntos de interesse público; o juiz deve ponderar o respeito aos direitos e à reputação dos demais com o valor que tem em uma sociedade democrática o debate aberto sobre temas de interesse ou preocupação pública.

(Corte IDH: Caso Tristán Donoso vs Panamá (2009), parágrafos 115, 122 e 123) – grifei.

Ante o exposto, com fundamento no art. 395, inc. III, do CPP e no Enunciado Criminal nº 73 do FONAJE², **REJEITO A QUEIXA** formulada pelo querelante, por falta de justa causa para o exercício da ação penal.

Sem custas (art. 54, *caput*, da Lei nº 9.099/95).

Publique-se, registre-se, intime-se o querelante por seu advogado.

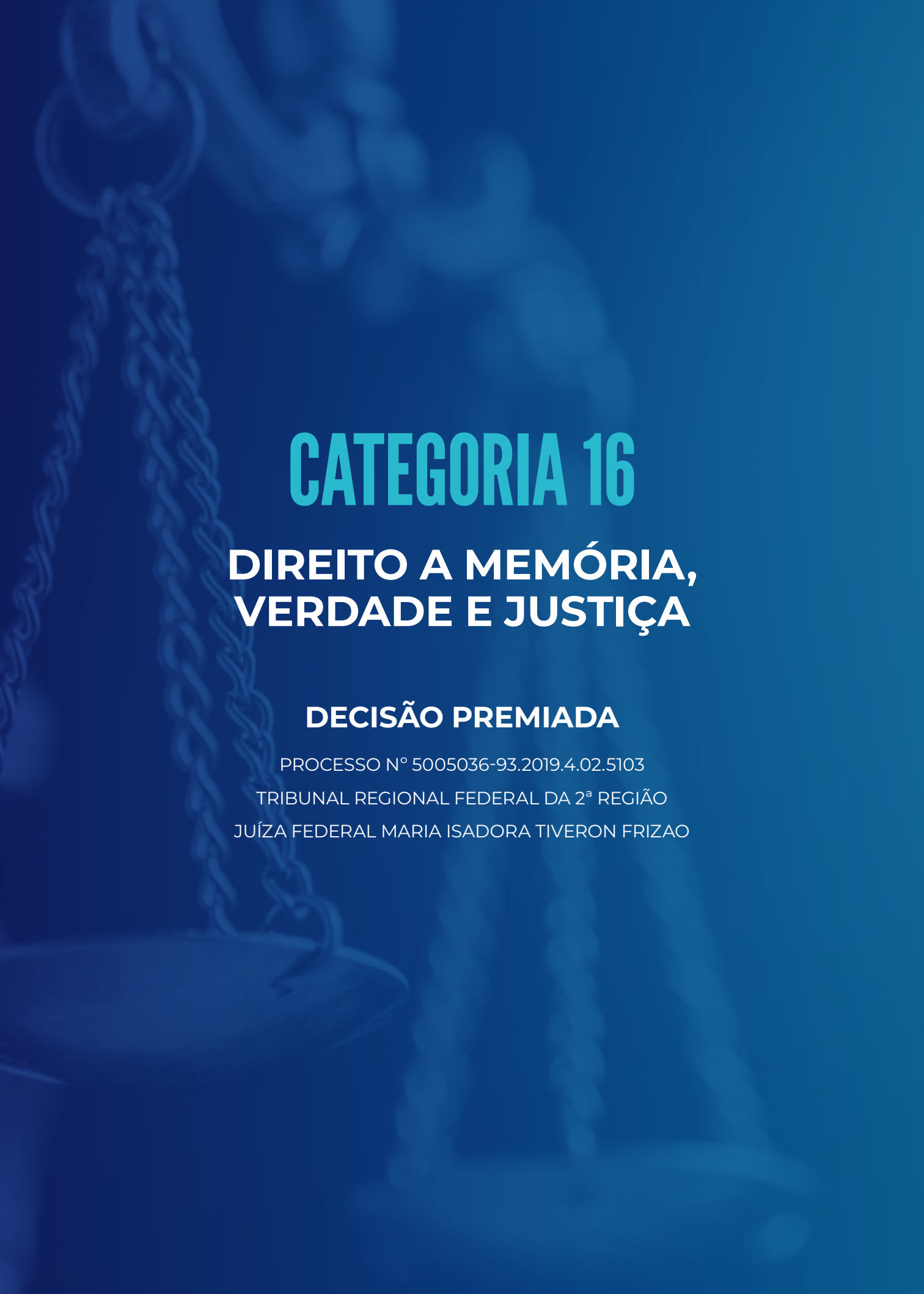
Ciência ao MINISTÉRIO PÚBLICO.

Após decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, promova-se o **arquivamento** deste feito, com as cautelas de praxe.

Aquiraz/CE, na data registrada pelo sistema.

FRANCISCO HILTON DOMINGOS DE LUNA FILHO
Juiz de Direito

2 ENUNCIADO 73 – O juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalendo tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ).



CATEGORIA 16

DIREITO A MEMÓRIA, VERDADE E JUSTIÇA

DECISÃO PREMIADA

PROCESSO Nº 5005036-93.2019.4.02.5103

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

JUÍZA FEDERAL MARIA ISADORA TIVERON FRIZAO

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
2ª Vara Federal de Campos

Praça Santíssimo Salvador, 62, 7º Andar - Bairro: Centro - CEP: 28010-000 - Fone: (22)3054-3223
- WhatsApp institucional: (21)97103-6281 - Email: 02vf-ca@jfrj.jus.br

AÇÃO PENAL Nº 5005036-93.2019.4.02.5103/RJ

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: CLAUDIO ANTONIO GUERRA

SENTENÇA

"(...) o fato de o cara desaparecer é mais incisivo do que mostrar o cadáver. Morreu, acabou, esquece. Mas quando some, fica aquela situação: cadê o fulano? Até hoje tem essa repercussão. Não vão achar nunca, mas fica essa esperança."

Paulo Malhães, tenente-coronel reformado e ex-agente do Centro de Informações do Exército (CIE) durante a ditadura militar, em depoimento à Comissão Nacional da Verdade.

I. Relatório

O **Ministério Público Federal** ofereceu denúncia em face de **Claudio Antonio Guerra**, imputando-lhe a prática, em tese, do delito previsto no artigo 211 c/c o artigo 61, inciso II, alíneas "a", "b" e "g", por 12 (doze) vezes, na forma do artigo 69, todos do Código Penal (evento 1, INIC1).

Na peça acusatória, em que indicadas 20 (vinte) testemunhas, o *Parquet* requereu, paralelamente à deflagração da ação penal e responsabilização do acusado, o cancelamento de eventual aposentadoria ou provento por ele percebidos em virtude de sua atuação como agente público, nos termos do artigo 71, inciso I, c/c artigo 68, inciso I, ambos da redação então vigente do Código Penal. Em cota, foram descritos os arquivos que acompanham a peça inicial, dentre eles o Procedimento Investigatório Criminal nº 1.30.002.000105/2012-04.

Em atenção ao pedido do **Ministério Público Federal** (evento 2), promoveu-se a retificação do sigilo atribuído ao feito e à documentação que o instrui (evento 4).

Em decisão proferida em 22/10/2019 (evento 9), o Juízo procedeu à análise da peça acusatória sob a ótica do artigo 395 do Código de Processo Penal e recebeu a denúncia ofertada. Para tanto, discorreu acerca (a) das exigências formais da exordial acusatória, a teor do art. 41 do Código de Processo Penal; (b) dos pressupostos processuais e condições para o exercício da ação penal, nesta incluída a caracterização de eventual causa de extinção de punibilidade à luz da Lei n. 6.683/79, do art. 111, III, do Código Penal e de diplomas internacionais; e, ainda, (c) da presença de justa causa, considerados os indícios mínimos de autoria e materialidade.

Na sequência, foi determinada a citação do réu para apresentação da resposta à acusação, sendo-lhe concedido, para tanto, o dobro do prazo legal, em homenagem à *par conditio* (evento 9).

Após várias diligências infrutíferas, o acusado foi citado pessoalmente, ocasião em que declinou o Dr. *Marco Antônio Guerra*, OAB/ES 34.008, como seu advogado (evento 53).

Comunicada a impetração do *Habeas Corpus* nº 5004466-22.2021.4.02.0000 pela defesa constituída pelo réu (evento 55), foram prestadas as informações solicitadas pelo e. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (evento 57).

A defesa constituída (evento 58, PROC1) apresentou resposta à acusação na qual invocou, *preliminarmente*, a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação penal, rogando pela rejeição da peça, na forma do art. 395, incisos I ou III, do Código de Processo Penal. No *mérito*, negou os fatos constantes da imputação e requereu a improcedência da pretensão ministerial. Ao fim, pugnou pela concessão do benefício da gratuidade de justiça e protestou pela produção de provas, arrolando as mesmas testemunhas arroladas pela acusação, além de outras 02 duas (evento 58, DEFESA PRÉVIA2).

Comunicado o trânsito em julgado do referido *Habeas Corpus*, no bojo do qual a Segunda Turma Especializada da Corte Federal concedeu a ordem, em parte, a fim de determinar a redistribuição do processo a outro juiz, dado o reconhecimento do impedimento da magistrada subscritora da decisão que recebeu a denúncia contra o acusado (evento 71).

Em decisão (evento 72), este Juízo, após destacar a alternância da magistrada substituta responsável pela 2ª Vara Federal desta Subseção, na forma do Ato nº TRF2-ATP-2021/00044, de 8 de fevereiro de 2021, conferiu regular processamento ao feito.

Na ocasião, apreciando a peça de resistência, foram rejeitados os pedidos visando à rejeição tardia da denúncia e afastada a absolvição sumária do acusado, uma vez não identificadas as hipóteses talhadas no art. 397 do Código de Processo Penal. Ao fim, foi

concedido prazo para apresentação de dados das testemunhas arroladas pelas partes e designada audiência de instrução e julgamento.

Impetrado o Mandado de Segurança Criminal nº 5015475-78.2021.4.02.0000 em face da decisão proferida pelo Juízo, âmbito em que indeferido o pedido liminar formulado no interesse da redistribuição da ação penal (eventos 79 e 81).

Em petição, a defesa técnica de **Claudio Antonio Guerra** requereu a participação remota do acusado e de seus advogados nas solenidades designadas, ou, subsidiariamente, mediante videoconferência a ser realizada junto às sedes da Justiça Federal nos respectivos municípios em que fixadas suas residências. Na oportunidade, foram anexados documentos e apresentados os dados para intimação das testemunhas (eventos 78 e 80).

Informações prestadas ao i. Relator do Mandado de Segurança Criminal nº 5015475-78.2021.4.02.0000 (evento 83).

Em seguida, o **Ministério Público Federal** apresentou os dados para intimação das testemunhas arroladas (evento 84).

Deferida pelo juízo a participação remota do acusado e sua defesa técnica nas audiências (evento 87), autorização esta estendida ao membro do Ministério Público Federal após requerimento (eventos 111 e 112).

Em petitório (evento 94), a defesa de **Claudio Antonio Guerra** pugnou pelo sobrestamento do processo, invocando, em síntese, a pendência do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 320 pelo Supremo Tribunal Federal.

Instado a se manifestar, o *Parquet* contrapôs-se ao pedido, ao fundamento de inexistir óbice ao prosseguimento da marcha processual (evento 97).

O requesto foi indeferido pelo Juízo (evento 112)

Representada, a testemunha *Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky* apresentou petição na qual requereu a sua inquirição em formato remoto ou, alternativamente, perante a Justiça Federal no Rio de Janeiro (evento 171).

Externada a desistência na inquirição das testemunhas *José Rodrigues Gonçalves* e *Miriam Marreiro Meirelles* pelo *Parquet* (evento 174).

Em virtude de alterações do contexto epidemiológico associado à pandemia do novo coronavírus e do advento da Resolução nº TRF2-RSP-2022/00007, foi autorizada pelo juízo a participação remota das testemunhas nas audiências designadas. Ao ensejo, determinou-se a intimação das partes visando eventual substituição das testemunhas comuns falecidas *Emanuel Matos Pontes*, *Dawson Rangel Gomes* e *Odette Roselli Garcia Maranhão* (evento 174).

Sequencialmente, o **Ministério Público Federal** indicou *Nilson Ferreira de Almeida* como testemunha (evento 206), tendo então determinada a sua intimação para comparecimento à solenidade, com ciência à defesa técnica (evento 219).

Por meio de advogado constituído, as testemunhas *Jorge Augusto Lysandro de Albernaz Gomes* e *Erval Gomes da Silva* apresentaram petições, em que pugnaram pela oitiva de ambos em formato presencial e em caráter preferencial, por razões de saúde (eventos 229 e 230).

Claudio Antonio Guerra, após ratificar o pedido de desistência em relação às testemunhas comuns supramencionadas, requestou a dispensa da oitiva de *Maria Célia Soyka*, tendo em perspectiva o vínculo conjugal desta com o acusado e seu estado clínico. Foram juntados documentos (evento 223).

Instado, o *Parquet* pugnou pelo prosseguimento do feito, com o exame de eventual recusa ao dever de depor, caso suscitada pela testemunha, ao tempo da solenidade (evento 232).

Anexados documentos aos autos pela defesa técnica (evento 237), dentre elas o recibo do protocolo da Reclamação nº 51.379,

A testemunha *Jone Romaguera Trote*, por meio de advogados constituídos, requereu a juntada do instrumento de mandato e o acesso à íntegra da ação penal (evento 242).

Em audiência realizada no dia 25 de janeiro de 2022, procedeu-se à inquirição da testemunha de acusação *Nilson Ferreira de Almeida* e das testemunhas comuns *Erval Gomes da Silva*, *Marival Chaves Dias do Canto*, *Maria Célia Soyka* e *Gildásio Westin Cosenza*. Ao ensejo, foram indeferidos os pedidos da defesa técnica no interesse da suspensão da solenidade e da dispensa da oitiva de *Maria Célia Soyka*, igualmente não tendo sido acolhida a recusa externada pela própria testemunha em relação ao dever de depor.

Ao fim, homologou-se a desistência exprimida pelas partes em relação à oitiva da testemunha *Ecila Francisca Massena Melo*, sendo redesignada a oitiva das testemunhas *Bernardo Kucinski* e *Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky* para o dia subsequente (evento 244, TERMOAUD6).

Na solenidade realizada na data de 26 de janeiro de 2022, foram ouvidas as testemunhas comuns *Maria Cristina Capistrano, Jorge Augusto Lysandro de Albernaz Gomes, Jone Romaguera Trotte, Cristiano Monteiro de Sampaio e Bernardo Kucinski*, bem como a testemunha de defesa *Pedro Antero Gusmão Machado*.

Na ocasião, o Juízo homologou a desistência externada por ambas as partes em relação às testemunhas comuns *José Rodrigues Gonçalves, Miriam Marreiro Meirelles e Cecília Capistrano*, assim como em relação à testemunha *Antonio Carlos Pimenta dos Santos*, em atenção à manifestação da defesa. Foram deferidos os pedidos de juntada de documentos formulados pelas partes. Dada a insistência apresentada apenas pela defesa técnica na oitiva da testemunha ausente *Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky*, foi designada nova solenidade para sua inquirição (evento 245, TERMOAUD7).

Anexada aos autos a documentação requerida pela defesa técnica em audiência (evento 250), em relação a qual manifestou-se o **Ministério Público Federal** (evento 262).

Em audiência sucedida no dia 10 de março de 2022, foi inquirida a testemunha *Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky* e interrogado **Claudio Antonio Guerra**, sendo concedido às partes prazo amplificado para apresentação de memoriais (evento 266, TERMOAUD1).

Em alegações finais, o **Ministério Público Federal** requereu a condenação do acusado, nos termos pleiteados na denúncia. Para tanto, sublinhou a licitude da investigação criminal por ele promovida e enfatizou o teor dos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, concluindo pela presença de lastro probatório firme e seguro quanto à materialidade e autoria delitivas (evento 270).

Em contraposição, a defesa de **Claudio Antonio Guerra** suscitou, em sede preliminar, a ilicitude da iniciativa persecutória, vez que amparada em elementos cognitivos angariados no âmbito da atuação da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Aduziu, nesse particular, que as informações foram colhidas por motivos humanitários e sem caráter jurisdicional ou persecutório, razão pela qual o seu emprego para tal finalidade se afigura ilícito. Contrapôs-se, na oportunidade, ao emprego da obra *“Memórias de uma Guerra Suja”* a título de prova, dado seu cariz fictício e não bibliográfico.

Em tese prejudicial ao mérito, invocou a extinção da punibilidade do acusado com amparo na validade, vigência e eficácia da Lei da Anistia, assentando a sua recepção pela Constituição da República de 1988 e a sua convencionalidade, aliada à inadmissibilidade de sua revisão por parte do Poder Judiciário, considerado o princípio da separação dos poderes, de modo a impor a incidência do art. 107, inciso II, do Código Penal à espécie.

Em outro tópico, defendeu a prescrição do crime de ocultação de cadáver, a teor do art. 107, inciso IV, do Código Penal, seja em razão da não retroatividade da lei penal *in malam partem*, considerada a não subscrição, pelo Brasil, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, seja à vista do cariz instantâneo do delito.

No que concerne à produção probatória, assentou a sua insuficiência para o fim de comprovar a materialidade e autoria delitivas, a atrair o juízo de absolvição secundado no art. 386, incisos V e/ou VII, do Código de Processo Penal, à luz do brocardo *in dubio pro reo*. Destacou, ainda, restar caracterizada a excludente de culpabilidade corporificada na obediência hierárquica, ou, pelas mesmas razões, a excludente de ilicitude consistente no cumprimento de dever legal, nos termos dos arts. 22, *caput*, e 23, inciso III, ambos do Código Penal.

Subsidiariamente, requereu (i) o arbitramento da pena-base no patamar mínimo legal; (ii) o afastamento das agravantes constantes do inciso II, alíneas *a*, *b* e *g*, do art. 61 do Código Penal; (iii) o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, inciso I e inciso III, alíneas *a*, *c* e *d*, do Código Penal, bem como no art. 66 do mesmo diploma legal; (iv) a concessão do direito de recorrer em liberdade; (v) o afastamento do concurso de crimes ou, *ad eventum*, a aplicação do art. 70 do Código Penal ou, em última hipótese, do art. 71 do mesmo Códex, aplicando-se o acréscimo de pena decorrente em grau mínimo; (vi) a isenção da pena de multa ou, ao menos, sua fixação em valor proporcional, assegurado o parcelamento, a teor do art. 169, *caput*, da Lei de Execução Penal; e, por fim, (vii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro no art. 44 do Código Penal.

Pugnou, por fim, a suspensão do feito até o julgamento da Reclamação nº 51.379 pelo e. Supremo Tribunal Federal com o fito de se evitar eventuais decisões colidentes acerca da aplicabilidade da Lei de Anistia à espécie. Foram juntados documentos (evento 274).

II. Fundamentação

II.I. Questões prévias, preliminares e prejudiciais

II.I.I. Da suspensão do trâmite processual à conta da pendência do julgamento da Reclamação nº 51.379 pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Em memoriais, a defesa técnica de **Claudio Antonio Guerra** requereu a suspensão da marcha processual até o julgamento da Reclamação nº 51.379 pelo e. **Supremo Tribunal Federal** com o fito de se evitar eventuais decisões colidentes acerca da aplicabilidade da

Lei de Anistia à espécie, dada a pendência do julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 e 320.

Na esteira dos fundamentos declinados por este Juízo em duas ocasiões (evento 112, DESPADEC1 e evento 244, TERMOAUD6), não há razões que amparem a suspensão do trâmite desta ação penal.

Como se sabe, a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 320**, em trâmite perante a Suprema Corte, tem por desiderato, *inter alia*, reconhecer o efeito vinculante da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no famigerado *Caso Gomes Lund*, inibindo interpretações judiciais de dispositivos da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) em desconformidade com o controle de convencionalidade empreendido pela instância internacional, à luz dos preceitos estabelecidos no art. 1º, inciso III; art. 4º, inciso II; art. 5º, §§ 1º e 2º, estes da CRFB/88, e art. 7º do ADCT.

Por sua vez, encontram-se pendentes embargos declaratórios apresentados em face do acórdão proferido no âmbito da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153**, no qual se declarou a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79.

Sem embargo da identidade entre os temas ali versados e a presente ação penal, há de se observar que não houve pronunciamento do Pretório Excelso no sentido de suspender processos ou os efeitos de decisões judiciais correlatas, conforme lhe era dado fazê-lo, à luz do art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

Inclusive, a partir de consulta processual aos autos da **Reclamação nº 51.379**, por meio do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se que também não foi concedida a medida liminar pretendida pela defesa técnica no interesse da suspensão do presente feito. Em 18/01/2022, a então i. Vice-Presidente assentou a ausência de situação de emergência e determinou o encaminhamento dos autos à douta Ministra Relatora, encontrando-se os autos a ela conclusos na quadra atual.

É dizer: a despeito do cenário factual exposto acerca da diversidade de interpretações sobre o art. 1º da Lei nº 6.683/79, a Corte competente se absteve de suspender ações penais em trâmite, seja no âmbito das ações abstratas de constitucionalidade, seja no caso concreto ora posto a julgamento.

Ademais, malgrado enfatize a defesa técnica o teor do acórdão proferido na ADPF nº 153, há de se observar que a mera declaração da constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 não necessariamente implicará na sua incidência no caso concreto, seja porque, conforme doravante se exporá, os fatos sob persecução transcendem aos lindes de aplicação da

anistia, seja porque a referida lei deverá ser submetida ao controle de convencionalidade a ser empreendido pelo Poder Judiciário.

No presente estágio de desenvolvimento das relações humanas, maximizado pela consagração de um sistema jurídico universal a tutelar a dignidade, a constitucionalidade não basta. Resplandece imperativa, ainda, a análise das leis internas tendo por parâmetro os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos internalizados na legislação brasileira, assim como a jurisprudência das cortes internacionais acerca da interpretação e aplicação de seus dispositivos.

Consoante leciona *Valerio de Oliveira Mazzuoli*, no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito,

(...) a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno (MAZUOLLI. Valerio Oliveira de. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. v. 181, a. 46. Brasília, jan./mar. 2009)

Gize-se que aludida tarefa não se encontra circunscrita aos tribunais internacionais de direitos humanos, ainda que a eles cumpra exercê-la com primazia. Também àqueles que integram a estrutura do Poder Judiciário das nações cumprirá promover o referido exame, eventualmente reconhecendo normas inconventionais, sem prejuízo da posterior apreciação pelas instâncias internacionais.

Nesse particular, calha a síntese da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a invocar a atuação dos magistrados brasileiros no exame da convencionalidade:

*176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. **No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes.***

Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

(CIDH, Sentença Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, 2010. No mesmo sentido, vide Sentença Caso Funcionários demitidos do Congresso versus Peru, 2009, e Sentença Caso Gelman versus Uruguai, 2011; Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile, 2006, § 124).

Tem-se, aqui, a aplicação da denominada *teoria do duplo controle (ou duplo crivo) dos direitos humanos*, idealizada por André de Carvalho Ramos, segundo a qual devem coexistir o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade a fim de que uma norma possa ser validamente aplicada, nos termos expostos pelo Juízo ao tempo da apreciação da denúncia ofertada (evento 9, DESPADEC1).

Em último lugar, não cabe olvidar que ambas as ações de constitucionalidade encontram-se pendentes de julgamento *há mais de cinco anos*, sem qualquer perspectiva de deslinde, ao passo que a vertente ação penal encontra-se em trâmite desde o mês de julho de 2019.

Frente a tal cenário, a paralisação da marcha processual por este próprio Juízo, *a par de não apresentar amparo legal*, traduziria afronta aos princípios da duração razoável do processo e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88). Em última análise, estar-se-ia a determinar a suspensão indefinida deste feito, na contramão, aliás, e paradoxalmente, das pretensões que substanciam o próprio trâmite da ADPF nº 320 e da ADPF nº 153, assim como da jurisprudência consolidada no âmbito dos sistemas global e interamericano de direitos humanos.

Assim porque, iteradamente, a Comissão e a Corte Interamericana têm reconhecido que, em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e outras graves violações de direitos humanos, o Estado tem o dever de promover, por iniciativa própria (*ex officio*) e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva, a ser realizada por todos os meios legais disponíveis e que esteja orientada à determinação da verdade (Nesse sentido: Sentença Caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia*, de 2006; Sentença Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, de 2010).

Na leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos, compõe o *princípio da tutela judicial efetiva* o dever de os Estados agirem em prazo razoável, constituindo a demora prolongada uma violação às garantias judiciais, hábil a justificar a responsabilização dos Estados (A propósito: Sentença Caso *Sales Pimenta versus Brasil*, de 2022).

Em idêntico sentido, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU estatuiu, como Princípio nº 19 do *Conjunto de Princípios para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante*

a Luta contra a Impunidade, que “os Estados empreenderão investigações rápidas, minuciosas, independentes e imparciais das violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário e adotarão medidas apropriadas quanto aos perpetradores, especialmente na esfera penal, para que sejam devidamente processados, julgados e condenados”.

Por consectário, espaço não há para delongas indefinidas no processamento da vertente ação penal, não se afigurando juridicamente legítima a pretensão de sua suspensão.

Acrescente-se, por fim, que eventual sentença que venha a discrepar de futuro pronunciamento da Suprema Corte no âmbito das referidas ações constitucionais poderá ser desconstituída mediante *revisão criminal*, conforme entendimento consolidado na jurisprudência pátria (A propósito: STF. RE nº 113.601, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJe 12/06/1987; RvC nº 5.457/SP-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 11/10/17; HC 153.805 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 17/10/2018).

Nesses termos, **rejeito** o requerimento formulado pela defesa técnica.

II.I.II. Extinção da punibilidade: prescrição

Em outro tópico, defendeu **Claudio Antonio Guerra** a prescrição do crime de ocultação de cadáver, a teor do art. 107, inciso IV, do Código Penal, seja à vista do cariz instantâneo do delito, seja em razão da não retroatividade da lei penal *in malam partem*, considerada a não subscrição, pelo Brasil, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade.

A tese não pode ser acolhida, na esteira das razões anteriormente declinadas e ora substanciadas nas premissas abaixo minudenciadas.

i. Qualificação das condutas submetidas à persecução penal sob a insígnia dos crimes contra a humanidade

Os **crimes contra a humanidade** (ou *lesa-humanidade*) corporificam categoria jurídica de matriz universal, convencionada a partir do Estatuto e das sentenças proferidas pelo Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento dos crimes perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, sendo então positivada nos denominados *Princípios de Nuremberg*, de 1950.

No afã de conferir adequada definição a condutas que, por atentarem contra a dignidade humana a mais não poder, reclamavam a repreensão de toda a comunidade mundial, máxime à luz das experiências vivenciadas pelos seres humanos ao redor do planeta, o referido conceito evoluiu, paulatinamente à construção do arcabouço de normas internacionais.

Hodiernamente, encontra-se positivado no artigo 7º do **Estatuto de Roma**, norma esta ratificada pelo Brasil em 2002 e internalizada por intermédio do Decreto nº 4.388/2002 que igualmente criou o Tribunal Penal Internacional, talhado no artigo 5º, § 4º, da CRFB/88.

Em breve síntese, caracterizam-se os crimes contra a humanidade pela prática de atos *desumanos*, cometidos em um contexto de ataque *generalizado* e *sistemático* contra uma população civil, seja em tempo de guerra ou de paz, inserindo-se este ataque no âmbito de uma política de Estado ou de uma organização. Albergam, assim, condutas como o homicídio, a tortura, o desaparecimento forçado, a agressão sexual e, ainda, “*outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*” (art. 7º, 1, “k” e 2, “a”).

Não é demais relevar que, a despeito das alterações das definições de crimes de lesa-humanidade nos diversos diplomas e sentenças internacionais, três elementos constitutivos mantiveram-se incólumes: (a) o caráter e a natureza de atos inumanos; (b) a enunciação não taxativa da enumeração dos atos, visando atender fundamentalmente ao caráter e à natureza de inumanidade; e (c) o direcionamento dos atos contra a população civil como ataque generalizado ou sistemático (A propósito: Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias, elaborado pelo Centro Internacional para a Justiça Transicional, Nova York, 2008, p. 5)

Frente às diretrizes edificadas pela comunidade internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando instada a se pronunciar sobre a temática, tem reconhecido que a vedação à prática de crimes contra a humanidade corporifica *norma inderrogável de direito internacional*, estabelecida a partir do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, integrando a categoria das **normas ius cogens**. de modo a tornar obrigatória a punição de tais atos, à luz do que dispõe o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Referido dever integra o núcleo das *garantias de não repetição*, que consistem em uma das formas de reparação por violação de direitos humanos tencionada a assegurar que os Estados não reproduzam as violações à Convenção (PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*, 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 435).

Para o referido Tribunal, em lição reproduzida em diversos outros precedentes (CIDH, *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile*, 2006; *Caso La Cantuta versus Peru*, 2006),

Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. (...)

Os crimes de lesa humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. Em reiteradas oportunidades, o Tribunal indicou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, o que a Corte definiu como “a falta, em seu conjunto, de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”. Ademais, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, persecução, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando agentes estatais estão ou possam estar envolvidos. (g.n., CIDH, Sentença Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile, 2006, § 110 e 111).

Idêntica compreensão tem sido esposada pelo Comitê do Pacto de Nações Unidas, para quem a não investigação sobre as causas e circunstâncias do desaparecimento e da morte de pessoas desaparecidas, bem como a não informação sobre os locais nos quais foram enterradas, produzem angústia e sofrimento em seus familiares, o que configura uma violação do artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992) (Nesse sentido: ONU, Relatório do Comitê de Direitos Humanos, Caso Bósnia-Herzegovina).

Singularmente quanto à **ocultação de cadáver** – conduta objeto da imputação sobre análise –, é de se observar que a sua subsunção ao conceito de crimes de lesa-humanidade se estabelece sob duas óticas diversas, coexistentes, na medida em que tais atos (i) corporificam ‘*outros atos inumanos*’, perpetrados subsequentemente a outras ações inumanas (v.g., homicídios, torturas) e aptos a propiciar grave sofrimento e afetação da integridade e saúde mentais dos familiares das vítimas diretas (art. 7º, 1, “k”, do Estatuto de Roma); e, ainda, (ii) amoldam-se à conceituação de desaparecimento forçado, aqui representado pela ocultação do destino e do paradeiro da pessoa desaparecida (art. 7º, 1, “l”, do Estatuto de Roma e art. 5º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006).

Sob esse último enfoque, cabe salientar o **desaparecimento forçado** se perfaz a partir da prisão, detenção, sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas que atuem sob sua autorização, apoio ou aquiescência, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei (CIDH, Caso *Gómez Palomino versus Peru*, 2005).

Aludida definição se abriga na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, internalizada por intermédio do Decreto nº 8.767/2016, assim como na Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, internalizada pelo Decreto nº 8.766/2016. Por meio

destas, o Brasil se comprometeu a responsabilizar penalmente todo aquele que venha a praticar, induzir ou omitir-se em relação a um desaparecimento forçado.

A normatização estabelece, ainda, a *permanência* da infração, que subsistirá enquanto permanecer o desaparecimento. Como consectário, cumpre a um Estado, tão logo se torne parte das convenções referenciadas, investigar e punir os desaparecimentos forçados não esclarecidos que tenham se sucedido em seu território, ainda que iniciados anteriormente à entrada em vigor (Nesse sentido: CIDH, Caso *Blake versus Guatemala*, de 1999). Aliás, segundo a Corte, tal obrigação se impõe ainda que a perseguição se dê sob outras roupagens (v.g., crime de sequestro, ocultação de cadáver), permanecendo como dever dos Estados, de toda forma, tipificar o *desaparecimento forçado* em seus diplomas internos (CIDH, Caso *Heliodoro Portugal versus Panamá*, 2008).

Estabelecidas tais proposições, manifesto está o dever do Brasil em investigar e punir os atos de desaparecimento forçado perpetrados no período da ditadura militar, à luz dos tipos penais correlacionados, lastreado, *normativamente*, na Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, na Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, e na obrigação, de caráter *ius cogens*, de submeter à perseguição penal os potenciais responsáveis por crimes de lesa-humanidade.

Como reconhecido pelo Centro Internacional para a Justiça Transicional,

“(...) à época da ditadura militar no Brasil (1964 a 1985) e de fatos transcorridos enquanto durou, constitutivos de graves violações de direitos humanos, os Princípios de Nuremberg já haviam sido aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Estes Princípios reúnem e confirmam o status de direito imperativo ou ius cogens, que já tinha, para esse momento, a proibição dos crimes contra a humanidade” (op. cit.).

Volvendo ao caso em análise, tem-se que as diversas condutas supostamente perpetradas por **Cláudio Antonio Guerra**, consubstanciadas na ocultação de corpos de cidadãos integrantes da sociedade civil torturados e/ou executados, sucederam-se durante os anos de 1974 e 1975, em plena ditadura militar.

Ademais, teria agido o acusado na qualidade de agente de repressão, responsável pelo cumprimento de uma política estatal de perseguição e de ataque empreendidos, de forma *sistemática* – isto é, a partir de um plano organizado – e *generalizada* – pois dirigido a múltiplas vítimas –, contra dissidentes políticos do regime de exceção.

Como reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao abordar *precisamente* o contexto histórico ora versado ao tempo do julgamento do Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*,

Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões [t]odos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores” (g.n.).

Os episódios narrados, portanto, e na linha do precedente internacional referido, devem ser contextualizados à luz de uma série de condutas criminosas perpetradas por agentes estatais, a fim de concretizar uma política de Estado coordenada pela mais alta cúpula governamental, com o desiderato de atacar a população civil e perseguir dissidentes do regime militar.

Nessa medida, ainda que perpetrados em tempos remotos, inexoravelmente amoldam-se às conceituações de *desaparecimento forçado* e de *outros atos inumanos*, e, de forma mais ampla, de *crimes contra a humanidade*, e como tal devem ser considerados.

ii. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

Consectário à atribuição da referida qualificação é o reconhecimento do **regime de imprescritibilidade** a eles aplicável.

No marco da consagração dos crimes de lesa-humanidade, estabeleceu expressamente a comunidade internacional, representada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a existência do *princípio do direito internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade*, o qual deveria substanciar futura convenção. Na ocasião, foi formalizada a **Resolução da ONU nº 2.338, de 18 de dezembro de 1967**, na qual se assentou que “*em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o ajuizamento e o castigo por crimes de guerra e por crimes de lesa-humanidade, foi prevista limitação no tempo*”.

A austera resposta dos organismos internacionais encontra cerne na repulsa e horror provocados à consciência mundial pelas ações praticadas durante a Segunda Guerra

Mundial e na compreensão de que a *preservação da memória* e a *punição dos responsáveis* figuraria como medida imperativa para dissuadir a propagação de ideologias criminosas e evitar a reiteração de atos de tal natureza, que, de resto, *haviam se reproduzido durante toda a história da humanidade*.

Considera-se que, em crimes de tal magnitude, a teoria do esquecimento – fundamento clássico da prescrição penal –, não encontra lugar, uma vez que, *instalados na memória coletiva*, referidas ações tendem a se perpetuar, de modo que a impunidade exerce sobre a comunidade mundial efeitos muito mais nocivos que o castigo tardio dos criminosos.

Assim, foi editada a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968) e reconhecido, em diversos instrumentos, o dever internacional dos Estados de promover a apuração e punição de crimes que tais, finalmente consagrado no art. 29 do Estatuto de Roma.

Em especial, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi consagrada ainda na **Resolução da ONU nº 3.074, de 3 de dezembro de 1973**, na qual se reforçou o dever dos Estados atuarem ativamente na identificação e punição dos responsáveis por crimes dessa natureza:

*“1. Os crimes de guerra e os **crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos**, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as que existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas. (...)*

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade”

O arcabouço normativo supra referenciado ilustra a existência de uma norma internacional, estabelecida inicialmente por meio do costume, segundo a qual os mais graves dos crimes, por atentarem contra a universalidade de pessoas que habitam o planeta – e, pois, à sua própria existência da humanidade –, não se sujeitam à prescrição. Na síntese de Marcos Zilli, «*são valores universais cuja existência não pode ser reduzida aos tradicionais processos de positivação, daí a impossibilidade de compreensão do tema à luz da clássica acepção da legalidade penal*” (Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Coord. Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 111).

Aferida a existência de uma norma consuetudinária de matriz internacional, será ela impositiva a todo e qualquer Estado, ainda que não seja ele parte em um tratado internacional, nos ditames do art. 38 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Aliás, ao ratificar a Convenção concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907, reconheceu o Brasil, no longínquo ano de 1914, “o caráter normativo dos princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”.

Em paralelo, a obrigação dos Estados de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, em especial os crimes de lesa-humanidade, conduz à impropriedade de óbices que sejam por eles próprios criados ao cumprimento de seus deveres, tal como a prescrição estabelecida na legislação interna, sob pena de esvaziamento da normatividade internacional.

Bem demonstra a experiência, na síntese do Min. Celso de Mello, que “a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à descon-sideração da pessoa humana, enquanto valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado” (em voto proferido na ADPF nº 153/DF, Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 6/8/2010), lição que não pode ser olvidada em tempos de estabilidade democrática, sob pena de se franquear caminho para o desmantelamento dos avanços da civilização.

Imbuída desse espírito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou sua jurisprudência no sentido da *incompatibilidade da aplicação de regras ordinárias internas de prescrição com a Convenção Americana de Direitos Humanos*, o que foi expressamente consignado em diversos precedentes (vide *Barrios Altos versus Peru*, 2001; *La Cantuta versus Peru*, 2006; *Almonacid Arellano e outros versus Chile*, 2006), inclusive formalizados à luz de fatos a envolverem a ditadura militar brasileira (*Caso Gomes Lund versus Brasil*, 2010; *Caso Herzog e outros versus Brasil*, 2018).

No último caso referenciado, estabeleceu o Tribunal que

(...) a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quanto se trata de graves violações dos direitos humanos nos termos do Direito Internacional, conforme destacou a jurisprudência constante e uniforme da Corte. (...) a exigência de não aplicação da garantia de prescrição leva em conta que certos contextos de violência institucional – além de certos obstáculos na investigação – podem propiciar sérias dificuldades para a devida investigação de algumas violações de direitos humanos. Em cada caso concreto, considerando argumentos específicos sobre prova, a não procedência da prescrição num determinado momento pode se relacionar ao objetivo de impedir que o Estado se furtar precisamente de prestar conta sobre as arbitrariedades que cometam seus próprios funcionários no âmbito desses contextos e, desse modo, evitar que se repitam (...)

(...) a Corte constata que, para o caso concreto, **a aplicação da figura da prescrição como obstáculo para a ação penal seria contrária ao Direito Internacional e, em especial, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para esta Corte, é claro que existe suficiente evidência para afirmar que a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade era uma norma consuetudinária do direito internacional plenamente cristalizada no momento dos fatos, assim como na atualidade.**

Concluiu, portanto, que “o Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, **sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais**, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria” (g.n.).

Consoante se denota, há *pronunciamento vinculante* da Corte Interamericana de Direitos Humanos a assentar a inaplicabilidade das normas de prescrição como óbice à persecução penal e eventual punição de crimes praticados durante a ditadura militar, o qual não pode ser, *sic et simpliciter*, afastado pelo Poder Judiciário, considerado o seu compromisso para com os cânones globalmente estabelecidos para a proteção da humanidade, inclusive à luz do art. 4º, inciso II, da Constituição da República.

Ademais, e à luz das objeções da defesa técnica, cumpre frisar que a circunstância de somente ter o Brasil aderido à jurisdição da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1988 não interdita e tampouco influi a análise do caso em estima sob a ótica jurídica supra exposta.

Como ponderado pela Corte ao rejeitar a cláusula *ratione temporis* suscitada pelo Brasil durante o julgamento do caso *Gomes Lund e outros*, os desaparecimentos forçados sucedidos no período da ditadura militar brasileira *se perpetuaram para o período posterior à submissão do país à referida instância internacional*, considerada a permanência da ocultação dos corpos das vítimas, legitimando que fossem eles submetidos a julgamento.

Em adição, a partir da adesão do país ao referido sistema interamericano se lhe impôs o cumprimento das obrigações de investigar e responsabilizar autores de violações de direitos humanos, inclusive compatibilizando sua legislação interna para tal fim, nos termos dos artigos 1.1. e 2 do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, a traduzir, portanto, situação de descumprimento atual das normativas internacionais (PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *op. cit.*, p. 436).

Ainda que assim não fosse, é de se ver que as premissas ora expostas não se esteiam *exclusivamente* nos pronunciamentos vinculantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas em normas internacionais e precedentes que compõem o sistema universal

de proteção de direitos humanos, que teriam lugar independentemente do reconhecimento da competência jurisdicional da CIDH.

A estas considerações cumpre ainda acrescentar que o reconhecimento da **normatividade do costume internacional** em referência não ofende a principiologia que rege o Direito Penal, particularmente à luz das garantias de lei escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) e da irretroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), invocadas pela defesa técnica.

Para tanto, há de se delimitar as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito Internacional Penal (na expressão cunhada por *Jeremy Bentham*), situando neste último o caso vertente, a teor de suas nuances.

Com efeito, o Direito Penal Internacional vem a ser o “conjunto de normas de conteúdo substantivo ou material, que tipificam comportamentos criminais especialmente graves, pelo contexto em que se praticam ou pelas dimensões adquiridas, e que supõem um atentado contra as mais elementares normas de humanidade, e, por outro lado, um conjunto de normas, de conteúdo adjetivo ou processual, que estabelecem as técnicas para tornar efetivas a responsabilidade dos seus autores” (Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP, volume 1 – 3. ed., p. 485).

Como destaca *Kai Ambos*, no âmbito do Direito Internacional Penal, o poder punitivo não se fulcra no império do Estado, *sic et simpliciter*, mas nos direitos humanos interculturalmente reconhecidos, como o respeito ao indivíduo e sua dignidade. A sua função é, pois, proteger os direitos humanos de todos os cidadãos do planeta, emergindo a punição dos infratores, nesse quadro, como forma de solidariedade da cidadania mundial.

Nessa trama, o Direito Internacional Penal se fortalece à luz do *pressuposto consuetudinário*, que reflete o seu enraizamento contra contingências políticas e dificuldades técnicas que acompanham a sua trajetória. Assim, são suas fontes os tratados e convenções, os costumes e os princípios gerais do Direito, o que se reflete, a propósito, no art. 21 do Estatuto de Roma, a estabelecer a hierarquia de fontes de direito penal internacional. Ali se estatui, inclusive, a prevalência dos princípios de direito internacional sobre os princípios estabelecidos pelos Estados, que somente terão lugar desde que compatíveis com as leis internacionais (AMBOS, Kai. A parte geral do Direito Penal internacional: bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 16/44).

Enfatize-se que a aplicação dos cânones do Direito Internacional Penal não deve se circunscrever aos Tribunais e demais organismos internacionais, haja vista que a responsabilização é tarefa primeira dos Estados, outorgando-se às Cortes Internacionais, tais como o

Tribunal Penal Internacional, papel *subsidiário/complementar*, cuja legitimidade desponta apenas nas hipóteses em que os Estados não sejam capazes ou não possuam interesse em solucionar o caso de forma satisfatória, a teor do que prevê, em seu preâmbulo e no art. 17, 1, “a”, o Estatuto de Roma.

Resplandece como implicação decorrente, portanto, a revisitação das categorias do Direito Penal de *tradição romano-germânica*, tais como a estruturação do princípio da legalidade estrita, especialmente no que concerne às normas que circundam a incidência dos tipos penais. Sob este olhar universal, encontra-se em descompasso com a dogmática jurídica atual qualquer hermenêutica que desconsidere tais diretrizes na interpretação da legislação penal interna, destacadamente à luz das técnicas do *diálogo das fontes* e do *duplo controle*, pelas quais se possibilita a coexistência de normas internacionais e de direito interno na consagração de um sistema universal de proteção à pessoa humana.

Nessa ordem de ideias, não se legitima a objeção quanto à ausência de ratificação, pelo Brasil, da **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968)**, na medida em que tenha ela, apenas, conferido positividade a uma norma internacional penal preexistente.

Aludida conclusão encontra sintonia com as considerações componentes do Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias, elaborado pelo Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ):

“(...) antes da aprovação da Convenção no ano de 1968 e de sua entrada em vigor em 1970, a Assembleia Geral das Nações Unidas havia expressamente reconhecido o caráter de princípio do direito internacional de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. O objeto da Convenção era o de reafirmar um princípio internacional já existente e o de poder garantir, por meio de um tratado, sua aplicação universal (...)

(...) A não ratificação da convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade por um Estado não o exime de sua obrigação de investigar e punir estes crimes, porque a Convenção ampara um princípio de direito internacional vigente antes de sua aprovação” (Op. cit., p. 21)

Em idêntico sentido colhe-se o escólio de André de Carvalho Ramos:

“A ausência de ratificação pelo Brasil desta Convenção não altera o regime jurídico gravoso consuetudinário dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Há sólido costume internacional de imprescritibilidade desses crimes formado a partir da edição da Resolução n. 95, de 1946, da Assembleia Geral da ONU, que sucinatamente afirmou os ‘princípios do direito internacional’ reconhecidos nos julgamentos realizados pelo Tribunal de Nuremberg (...)

Na jurisprudência internacional, o Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia reconheceu o caráter costumeiro dos "princípios de Nuremberg" no julgamento do Caso Tadic. A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui, entre outros precedentes, os julgamentos dos casos La Cantuta, Almonacid Arellano. Neste último julgamento, a Corte IDH determinou que a imprescritibilidade desses crimes não foi criada pela Convenção ora analisada, mas sim foi constatada por ela (...) (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. pp. 196/197).

Logo, antecedendo à prática dos fatos sob apuração a norma a torná-los inalcançáveis pela prescrição, não se divisa a alegada retroatividade *in malam partem*, homenageada no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República.

Consigne-se, no ponto, que o fato de as ações sob persecução supostamente não se amoldarem às espécies de crimes talhadas como imprescritíveis pelos mandados de criminalização cristalizados na Constituição da República de 1988, não interdita o reconhecimento da imprescritibilidade de ações delitivas outras, como invocado pela defesa técnica.

Assim porque o texto constitucional não alça a prescrição, seja expressamente, seja por meio de seus princípios e normas implícitas, como *garantia fundamental*, o que legitima leis ordinárias ou supralegais que venham a discipliná-la, destacadamente se assim o fizerem a fim de concretizar o comando constitucional que importa na *prevalência dos direitos humanos* como princípio que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, II e VIII, da CRFB/88).

A propósito, a própria submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pela ratificação do Estatuto de Roma, conduziu à ampliação do rol de crimes imprescritíveis pela via da legislação infraconstitucional

Por fim, não se olvida da existência de um pronunciamento da Suprema Corte brasileira no sentido de afastar a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade (EXT nº 1.362/DF, Rel. Ministro Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 05/09/2017). Referida decisão, porém, porque longínqua, não vinculante e anterior à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Herzog e outros versus Brasil*, de 2018, não ostenta densidade persuasiva hábil a desconstituir a linha argumentativa ora trilhada.

Como fundamento último, a imprescritibilidade dos crimes sob apuração encontra esteio também no **art. 5º, inciso XLIV, da CRFB/88**, que determina como não sujeitos aos efeitos do tempo “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Versa a denúncia sobre fatos supostamente perpetrados por agente público a integrar, secretamente, o aparato estatal brasileiro edificado durante o regime ditatorial, em concretização à realização de um projeto governamental militar que romperia com a democracia brasileira, o que se amolda, em princípio, ao aventado mandado de criminalização.

Em que pese a ação de ocultação de cadáveres tenha se sucedido antes da promulgação da Carta Magna de 1988, há de se anotar que o caráter permanente dos referidos crimes atrai a incidência da referida disposição, haja vista que o crime se perpetuara para o período posterior à sua vigência. Portanto, também sob a ótica constitucional firmam-se como imprescritíveis os delitos sob apuração.

Dessarte, a responsabilização dos autores de graves violações de direitos humanos – em especial, daquelas sucedidas durante a ditadura militar brasileira – encontra-se em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio e internacional, interpretado à luz da compreensão jurisprudencial internacional, não podendo ser compreendida como objeto de retórica política ou mero produto de emoção, como objetiva a defesa técnica.

Nessa ordem de ideias, há de se reconhecer a **imprescritibilidade dos crimes** sob apuração, aqui considerados como *crimes contra a humanidade (ou de lesa-humanidade)*, em atenção à Constituição da República, às normas internacionais de direitos humanos e à jurisprudência sedimentada no âmbito dos sistemas global e interamericano de proteção aos direitos humanos.

iii. Natureza permanente das infrações

A prescrição ainda encontra óbice na **natureza permanente** das condutas sob persecução, quer sob a perspectiva do regime jurídico aplicável ao desaparecimento forçado, quer à luz das normas de direito interno a proscreverem a ocultação de cadáver.

Com efeito, dispõe a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006, internalizada por intermédio do Decreto nº 8.767/2016, em seu art. 8º, item 1, alínea “b”, que a prescrição somente se inicia “no momento em que cessar o desaparecimento forçado, considerando-se a natureza contínua desse crime”.

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos igualmente se positivou o *cariz autônomo e permanente* do **desaparecimento forçado de pessoas**, o que, de resto, tem sido realçado pela Corte Interamericana, conforme ilustra o excerto, abaixo transcrito, da sentença proferida no *Caso Goiburú e outros versus Paraguai*:

A necessidade de considerar integralmente o delito de desaparecimento forçado de forma autônoma e com caráter continuado ou permanente, com seus múltiplos elementos complexamente interconectados e fatos delitivos conexos, decorre não apenas da própria tipificação do referido artigo III na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, dos travaux préparatoires a esta, preâmbulo e normativa, mas também do artigo 17.1 da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1992, que inclusive agrega um elemento adicional, ligado ao dever de investigação, ao indicar que o delito de referência deve ser considerado “um crime continuado enquanto os seus autores continuarem a esconder o destino e o paradeiro das pessoas desaparecidas e estes fatos não ficarem esclarecidos”. A jurisprudência internacional reflete também este entendimento e em termos similares se referem os artigos 4 e 8 (1) (b) da indicada Convenção Internacional das Nações Unidas na matéria. (g.n., CIDH, Sentença Caso Goiburú e outros versus Paraguai, 2006, § 83).

Singrando por estes mares, o **Supremo Tribunal Federal**, instado a se pronunciar em processos de extradição, tem reconhecido, amiúde, que o *desaparecimento forçado*, a equivar ao crime de sequestro ou de ocultação de cadáver, qualifica-se como permanente, de modo a afastar a incidência de normas de prescrição durante a sua consumação. A título de ilustração, confira-se:

EXTRADIÇÃO. ARGENTINA. TRATADO BILATERAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. ADITAMENTO QUANTO AO CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. DUPLA TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXTRADICIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO. I - O Decreto 1.003/89, expedido pelo

Governo da Argentina, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/7/2006, razão pela qual não se presta a afastar o exame das condutas supostamente cometidas pelo extraditando. **II - Crime de sequestro de menor que, em tese, subsiste. III - Delito que encontra correspondência no ordenamento jurídico pátrio.** IV - Extradição deferida em parte.

(Ext. 974, Relator p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03/12/2009, g.n.)

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E **SEQUESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA.** EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. **CRIME PERMANENTE DE SEQUESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.** ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE

DEFERIDA. (...) 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. (...) 6. **Crime de sequestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes.** (...) (Ext 1.150, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 17/06/2011, g.n.)

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e **desaparecimento forçado de pessoas**. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. **Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina.** (...) 9. Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro).

(Ext 1278, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 03/10/2012, g.n.)

Numa síntese: a permanência do crime perdura enquanto os fatos não forem esclarecidos, isto é, até que se estabeleça, *de fato*, o destino ou paradeiro das vítimas.

Sob premissa diversa e independente da linha argumentativa acima apresentada, há de se observar que o **crime de ocultação de cadáver**, delineado no art. 211 do Código Penal, classifica-se como *permanente*, na medida em que sua execução se prolonga no tempo.

Ora, como o agente possui domínio do encobrimento, podendo desfazê-lo quando assim desejasse, axiomático reconhecer o estado de permanência, que somente cessará no instante em que descortinado o paradeiro do cadáver. Somente então fluirá o prazo prescricional, à luz da regra talhada no art. 111, inciso III, do Código Penal.

Cuida-se da compreensão reinante, perfilhada pelos **Tribunais Regionais Federais**, pelo **Superior Tribunal de Justiça** e pela **Suprema Corte**, consoante a seguir ilustrado:

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CRIME NA MODALIDADE OCULTAR. DELITO PERMANENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MODUS OPERANDI. FUGA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E RESGUARDAR A FUTURA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO

ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) **2. O crime de ocultação de cadáver, na modalidade ocultar, é crime permanente.** Assim enquanto o corpo estiver escondido, consuma-se a infração penal, perdurando o flagrante delito. (...) (**STJ**, HC n. 390.045/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/10/2017, g.n.)

RECURSO ESPECIAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DELITO PERMANENTE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. I - **O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente.** Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda, que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos (Precedentes). (...) (**STJ**, REsp n. 900.509/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 27/08/2007, g.n.).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA MENOR, COM QUATRO ANOS DE IDADE, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORAS E AGRAVANTES. 1. Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não

será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, crime de ocultação de cadáver. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido. Crime consumado, que pode ser apenado em concurso com o de homicídio. (...) (STF, HC n. 76.678, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 08/09/2000, g.n.).

DECISÃO RECLAMAÇÃO. PENAL. DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO DO PRESENTE PROCESSO. (...) Dessa forma, reitro as considerações de mérito já apresentadas pelo Ministério Público Federal, em especial no que diz respeito à necessidade de assegurar a vedação à proteção deficiente, ao reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de tortura, aos precedentes internacionais relacionados ao tema e, em especial, a necessidade de reflexão a respeito do alcance da anistia reconhecida na ADPF 153 DF. No tocante à conexão de crimes, vale lembrar que a natureza permanente do crime de ocultação de cadáver afasta por completo qualquer cogitação de prescrição. (STF, Rcl n. 18.686. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018, g.n.)

HABEAS CORPUS - TRANCAMENTO AÇÃO PENAL - HOMICÍDIO - OCULTAÇÃO DE CADAVER - FRAUDE PROCESSUAL - QUADRILHA ARMADA - SUJEITO ATIVO MILITARES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - ART. 109 DA CF/88 ART. 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - ANISTIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - CRIMES PERMANENTES - CRIMES CONTRA A HUMANIDADE (...) VIII - Inocorrência de prescrição em relação ao delito de ocultação de cadáver, por sua natureza de crime permanente, bem como em relação aos demais, que por sua forma e modo de execução se caracterizam como crimes de lesa-humanidade, imprescritíveis de acordo com princípios de Direito Internacional; (...) (TRF 2, HC nº 0104222-36.2014.4.02.0000, Segunda Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJe 17/09/2014, g.n.).

Defronte a tal cenário, há de se reconhecer que, na espécie, não se deflagrou o início do prazo prescricional, haja vista permanecer encoberto, até a quadra atual, o efetivo destino das 12 (doze) supostas vítimas das ações imputadas ao acusado.

Gize-se que não se está a vincular o *dies a quo* do prazo de prescrição à efetiva localização dos corpos, como ponderado pela defesa técnica, mas apenas à elucidação sobre o real paradeiro destas, o qual ainda hoje não teve lugar.

Nesse particular, aliás, há de se sublinhar que o reconhecimento da ausência e/ou morte presumida das vítimas, nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei nº 6.683/79, ou ainda a integração destas ao rol de desaparecidos, nos moldes da Lei nº 9.140/95, não influi na proposição supra alinhada, dado o caráter meramente formal de tais atos, que nada mais fizeram senão atestar o paradeiro ignorado. Tampouco possuem aptidão para tanto as coleções de informações indicativas do paradeiro dos desaparecidos, obtidas por seus familiares, na medida em que incompletas, incomprovadas e, não raro, desconectadas da realidade, especialmente à luz dos esforços envidados pelos agentes da repressão no interesse da ocultação e do próprio falseamento das informações.

Numa síntese: o desconhecimento do paradeiro das vítimas, cujos corpos foram supostamente ocultados, permanece até a quadra atual, inibindo a deflagração do prazo prescricional. O ordenamento jurídico repele, portanto, o almejado reconhecimento da extinção da punibilidade pelos efeitos do tempo.

A tese em dedilha, aliás, fora objeto de apreciação pelo e. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**, ao tempo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 5004466-22.2021.4.02.0000, impetrado pela defesa técnica do acusado, oportunidade em que reconheceu a Segunda Turma Especializada, por unanimidade, a *não sujeição dos fatos ora sob persecução à prescrição da pretensão punitiva estatal*. Por curial, confira-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CRIME PERMANENTE E DE LESA-HUMANIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI DA ANISTIA PERANTE A CONVENÇÃO AMERICANA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. IN DUBIO PRO SOCIETATE. ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO. IMPEDIMENTO. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO.

I - Habeas corpus que objetiva o trancamento da ação penal que imputa ao paciente os crimes previstos nos arts. 211 do Código Penal, c/c o artigo 61, inciso II, alíneas "a", "b" e "g", e na forma do artigo 69, do mesmo diploma legal, por ter agido, quando ocupava o cargo de delegado de polícia que exercia no Estado do Espírito Santo (DOPS/ES), como autor intelectual e participado diretamente na ocultação e destruição de 12 cadáveres, entre 1974 e 1975, pessoas estas dadas por desaparecidas e cujos nomes contam no Anexo I, da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995.

II - A ocultação de cadáver é crime permanente, conforme a jurisprudência do próprio STJ (HC nº 2017.00.41673-4, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 05/10/2017) circunstância que, por si só, afasta a tese de prescrição do crime imputado ao paciente, salientando-se, ainda, não ser admitido o reconhecimento do transcurso do prazo prescricional em perspectiva. (...) (TRF2, HC 5004466-22.2021.4.02.0000, Rel. Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado, Segunda Turma Especializada, julgado em 22/06/2021).

Logo, uma vez não fulminada a pretensão punitiva estatal pela prescrição, **rejeito** a tese arguida pela defesa técnica.

II.I.III. Extinção da punibilidade: anistia

Em tese prejudicial ao mérito, a defesa técnica invocou a extinção da punibilidade do acusado com amparo na validade, vigência e eficácia da Lei da Anistia, assentando a sua recepção pela Constituição da República de 1988 e a sua convencionalidade, aliada à inadmissibilidade de sua revisão por parte do Poder Judiciário, considerado o princípio da separação dos poderes, de modo a impor a incidência do art. 107, inciso II, do Código Penal à espécie.

O caso versando, entretanto, repele a incidência da **Lei nº 6.683/79**, tendo em perspectiva as proposições abaixo sumarizadas.

i. Inaplicabilidade da Lei de Anistia: limites temporais da indulgência estatal

Gestada pelo Congresso Nacional no declínio da era militar brasileira, a Lei nº 6.683/79, como uma das primeiras iniciativas tencionadas à redemocratização do país, concedeu anistia às ações delituosas de *cunho político ou a elas conexas* que hajam sido perpetradas “no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979”, nos termos de seu artigo primeiro.

Em norma explicativa, o § 1º do citado dispositivo cunhou como *conexos* “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, excetuando da abrangência dos efeitos da anistia, expressamente, “os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

No caso em estima, imputa-se ao acusado a ocultação de 12 (doze) cadáveres, perpetrada com abuso de poder e violação do dever inerente ao cargo e com o objetivo de assegurar a impunidade de crimes de tortura e homicídio, por ações que tiveram início nos anos de 1974 e de 1975, e que ainda hoje se perpetuam, uma vez permanecer encoberto o efetivo paradeiro dos corpos.

Conforme amplamente explicitado no tópico retro, está-se diante da prática de *crime de natureza permanente*, cuja conduta se protraiu no tempo, na exata medida em que o Estado Brasileiro, por seus representantes – incluído o acusado –, ocultou dados sobre o destino dos perseguidos políticos, deliberando assim perpetuar a violação da norma de proibição positivada no art. 211 do Código Penal não só no período subsequente ao fim do regime militar senão também após a consolidação democrática brasileira.

Logo se vê, portanto, que os episódios descritos na denúncia transcendem ao período delimitado em lei para fins de *esquecimento*, considerado o indeclinável **recorte temporal em relação aos fatos anistiados pela Lei nº 6.683/79**, consoante positivado em seu artigo primeiro, o que indeclinavelmente afasta a sua incidência no caso concreto.

Impera relevar que a *anistia* corresponde a uma manifestação de indulgência soberana de competência exclusiva do Congresso Nacional (arts. 21, XVII, e 48, VIII, CRFB/88), de caráter impessoal, capaz de extinguir todos os efeitos penais de determinados fatos. Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “na hipótese de anistia, o poder político criminalizador descriminaliza o fato e, assim, não existe lesão do princípio constitucional da separação de poderes” (Direito Penal: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 660).

À luz de tal pressuposto – i.e., a separação dos poderes –, e à vista do cariz excepcional que reveste o *direito de graça*, não é dado ao Poder Judiciário promover interpretações

extensivas do texto legal a fim de nele albergar contextos que não se amoldem aos precisos lindes da indulgência estatal concedida.

Por isso mesmo, não há espaço para a pronúncia da extinção da punibilidade do acusado com lastro na Lei nº 6.683/79, sob pena de manifesta usurpação da competência atribuída ao Congresso Nacional.

ii. Inconvencionalidade da Lei de Anistia

Ainda que assim não fosse, há de se observar que a Lei de Anistia Brasileira não transpõe o controle de convencionalidade, tendo em estima a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a jurisprudência consolidada no âmbito das Cortes Internacionais e, mais especificamente, o teor do julgamento dos Casos *Gomes Lund e Herzog e outros*.

Conforme alinhavado, não se olvida da pronúncia da constitucionalidade da **Lei nº 6.683/79** pelo e. Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADPF nº 153. Não obstante, referida norma não satisfaz o crivo de convencionalidade, o que interdita a sua aplicabilidade no caso em concreto.

Ao apreciar casos a envolverem ações praticadas durante o regime militar brasileiro, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** reconheceu que o Estado brasileiro violou os deveres de investigar e punir as graves violações de direitos humanos reveladas, consignando expressamente, para tanto, a incompatibilidade da Lei nº 6.683/79 com o Pacto de San José da Costa Rica.

Confira-se, no ponto, trecho da paradigmática sentença internacional, proferida no ano de 2010, ao se analisar especificamente o Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*:

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. [...]

*[...] O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual **aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda)**. Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, **os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais**. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam*

todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (effet utile) no plano de seu direito interno (...). (CIDH, Sentença Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, 2010).

Em suas conclusões, a Corte determinou ao Estado brasileiro, *inter alia*, o dever de “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”, de modo a assentar a recusa ao esquecimento pretendido pela Lei nº 6.683/79.

No ano de 2018, novamente instada a se pronunciar sobre a aplicabilidade da Lei de Anistia, a Corte reforçou que a excludente de punibilidade nela prevista não teria lugar diante de crimes de lesa-humanidade praticados no decorrer dos anos de chumbo. Para o referido Tribunal,

(...) as anistias aprovadas no ocaso de algumas das ditaduras sul-americanas da época – como foi o caso brasileiro, no qual a Lei de Anistia antecede o advento da democracia – pretenderam legitimar-se sob a ilusória existência de um conflito armado, cujos supostos vencedores, magnanimamente, encerravam o alegado conflito declarando típicos os crimes cometidos por todos os intervenientes. Não obstante, infere-se do contexto do presente caso a total ausência de atos bélicos, apresentando-se, no máximo, crimes de motivação política, que deviam ser julgados e punidos conforme o direito, mas que, na realidade foram reprimidos por meios criminosos e serviram de pretexto para a perseguição de políticos, militantes, sindicalistas, jornalistas, artistas e qualquer pessoa que o regime ditatorial considerasse dissidente ou perigosa para seu poder.

(...) A característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada.

(...) a primeira obrigação dos Estados é evitar que essas condutas [crimes contra a humanidade] ocorram. Caso isso não aconteça, o dever do Estado é assegurar que essas condutas sejam processadas penalmente e seus autores punidos, de modo a não deixá-las na impunidade

(...) A particular e determinante intensidade e importância dessa obrigação em casos de crimes contra a humanidade significa que os Estados não podem invocar: i) a prescrição; ii) o princípio *ne bis in idem*; iii) as leis de anistia; assim como iv) qualquer disposição análoga ou excludente similar de responsabilidade, para se escusar de seu dever de investigar e punir os responsáveis. Além disso, como parte das obrigações de prevenir e punir crimes de direito internacional, a Corte considera que os Estados têm a obrigação de cooperar e podem v) aplicar o princípio de jurisdição universal a respeito dessas condutas. (CIDH, Sentença Caso Herzog e outros versus Brasil, 2018).

Não é demais salientar que o referido pronunciamento encontra-se em sintonia com a jurisprudência internacional, tendo a Corte Interamericana pronunciado a incompatibilidade de diversas leis de anistia editadas em períodos posteriores às ditaduras latino-americanas (vide Sentença Caso *Barrios Alto versus Peru*, 2001; Sentença Caso *La Cantuta versus Peru*, 2006).

Na perspectiva da Corte Internacional, as anistias concedidas a agentes do Estado – as denominadas *autoanistias* – corporificam uma contradição em sua gênese, um contrassenso inescusável, na medida em que deslegitimam a própria concepção do Estado enquanto detentor do monopólio *legítimo* da violência, negando a própria razão do direito enquanto limite ao emprego da força entre civilizados.

Como expôs Marcus Oriane Gonçalves Correia,

“A anistia atinge o próprio crime em si, que se considera como jamais existente, para todos os fins penais. Ora, o Estado não pode apagar crime cometido por agente que lhe presta serviços e que se encontra a seus préstimos, exatamente porque a ordem jurídica, inclusive e especialmente, foi ele mesmo que impôs (...) seria como desmanchar a própria razão e lógica de existência do Estado e de todo o seu ordenamento jurídico - criando uma impunidade institucional (...)” (in Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Coord. Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 145).

A orientação não discrepa, ainda, daquela preconizada pelo Comitê de Direitos Humanos, o qual tem reconhecido que as leis de anistia, a respeito das violações aos direitos humanos, são incompatíveis com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, considerado o dever dos Estados em investigar tais violações e assim zelar para que tais violações não sejam cometidas em seus territórios (Nesse sentido: C.D.H., Caso *Hugo Rodríguez versus Uruguai*, 1994; Orientação geral nº 20, Relatório Anual, Chile, 2007).

Em sentido semelhante, em sua Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, o Grupo de Trabalho da ONU concebeu como incompatíveis as leis de anistia, inclusive se houver sido aprovada em referendo ou procedimento de consulta similar, se, direta ou indiretamente, viabilizar ela a cessação do dever um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos, ou quando permita ela o sigilo ou a irresponsabilidade dos seus autores (Relatório ONU, 2005).

Com efeito, pressuposta a existência de um sistema jurídico de proteção à humanidade, devem as ordens interna e internacional coexistirem harmonicamente no interesse de sua concretização. Eventuais antinomias, nessa perspectiva, deverão ser solucionadas

de modo a acomodar ambos os ordenamentos e respectivas jurisdições, à luz do papel desempenhado por cada qual.

Impera conferir, no ponto, a lição de André de Carvalho Ramos, que em sua exposição acerca da *teoria do duplo controle* tangencia exatamente a inconveniência da Lei de Anistia:

Os direitos humanos, então, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. (...)

De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que o formato amplo de anistia foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a Lei da Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura.

Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153 houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destruída no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional.

A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana (...)

Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direito humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. pp. 637/638).

De se concluir, portanto, que não há espaço para a aplicação da **Lei nº 6.683/79**, sendo de rigor afastar a sua incidência na hipótese em tela.

A propósito, assim reconheceu o **Tribunal Regional Federal da Terceira Região**, em caso análogo ao ora apreciado sob diversas vertentes:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. REGIME MILITAR. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. PRESENÇA. RESTOS MORTAIS NÃO LOCALIZADOS. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUJEIÇÃO DO BRASIL ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO GOMES LUND. DESAPARECIMENTO FORÇADO. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. EQUIVALÊNCIA COM A OCULTAÇÃO DE CADÁVER. NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE ANISTIA. INVALIDADE PERANTE A CONVENÇÃO AMERICANA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DISTINÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA. ADPF 153. COMPATIBILIDADE COM A DECISÃO

INTERNACIONAL. 1 - Indícios da adoção de procedimentos destinados a ocultar e dificultar a localização do cadáver. Tentativas de localização infrutíferas até a data de hoje. 2 - Conhecimento pelos agentes do DOI-CODI da identidade de Hirohaki Torigoe desde sua captura. Sepultamento com nome distinto. Negativa de informações à família. 3 - Indícios de materialidade e autoria presentes. **4 - A ocultação de cadáver é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo até a localização do cadáver ou restos mortais. Precedente do STF. Inocorrência da prescrição.** 5 - **A Lei de Anistia abrange delitos cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Como o cadáver ou restos mortais não foram localizados, sendo o crime permanente, não se verifica a anistia.** 6 - **A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no "Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e outros vs. Brasil" é de observância obrigatória pelo Brasil, que reconheceu a jurisdição da Corte através do Decreto 4463/2002.** 7 - **A ressalva temporal feita pelo Brasil quando do reconhecimento da jurisdição da Corte ("atos posteriores a 10 de dezembro de 1998") foi levada em conta na decisão. Entendimento de que o desaparecimento forçado é conduta permanente que, portanto, ultrapassa o marco temporal em questão.** 8 - **Ocultação de cadáver ainda em curso que se mostra equivalente ao conceito de desaparecimento forçado utilizado pela Corte.** 9 - **Inaplicabilidade da Lei de Anistia aos casos de desaparecimento forçado e execução extrajudicial. Regime de exceção vivido pelo Brasil e por outros países latino-americanos. Jurisprudência sedimentada da Corte Interamericana, baseada nos princípios e normas da Convenção Americana e do Direito Internacional.** 10 - **Decisão do E. STF na ADPF 153. Recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988. Tal decisão não se mostra incompatível com a decisão da Corte Interamericana. Controle de convencionalidade que não se confunde com o controle de constitucionalidade.** 11 - **A jurisprudência do STF reconhece a necessidade de a norma ser compatível tanto com a Constituição quanto com a Convenção Americana, como nas decisões que resultaram na Súmula Vinculante nº 25.** 12 - **Ademais, o STF confere hierarquia supralegal aos tratados previstos no art. 5º, §2º, da Constituição.** 13 - **Competência da Corte Interamericana reconhecida pelo Brasil para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica.** 14 - **Recurso a que se dá provimento.**

(TRF3, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0004823-25.2013.4.03.6181, Relator Desembargador Federal André Nekatschlow, Quinta Turma, DJe 15/01/2015)

Por consectário, há de se concluir, **rejeitando** a tese preliminar arguida, que não há extinção da punibilidade a ser pronunciada.

II.I.IV. Ilícitude da iniciativa persecutória

A defesa de **Claudio Antonio Guerra** suscitou, em sede preliminar, a ilicitude da iniciativa persecutória, vez que amparada em elementos cognitivos angariados no âmbito da atuação da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Aduziu, nesse particular, que as informações foram colhidas por motivos humanitários e sem caráter jurisdicional ou persecutório, razão pela qual o seu emprego para tal finalidade se afigura ilícito. Contrapôs-se, na oportunidade, ao emprego da obra *Memórias de uma Guerra Suja* a título de prova, dado seu cariz fictício e não bibliográfico.

Sem embargo, não se vislumbra ilicitude a ser reconhecida.

Como se sabe, a prova será considerada *ilegal* sempre que, por ocasião da sua obtenção, tenha lugar a violação de normas jurídicas, sejam de natureza material – hipótese em que são classificadas como *ilícitas* –, seja de direito processual – quando então serão denominadas como *ilegítimas*.

Ressalvadas tais hipóteses, afiguram-se válidas as provas que venham a ser produzidas pelas partes, tendo em perspectiva assegurar a legislação brasileira o *princípio da atipicidade dos meios de prova*. É dizer, desde que produzido em estrita observância aos limites constitucionais e processuais, um elemento capaz de influir no processo de convencimento poderá ser considerado como prova (Nesse sentido: LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p. 613)

Importa esclarecer, em primeiro lugar, que o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) e os trechos da obra *Memórias de uma Guerra Suja*, ora timbrados como ilegais, compuseram o Procedimento Investigatório Criminal nº 1.30.002.000105/2012-04, promovido pelo Ministério Público Federal, que subsidiou a denúncia ofertada em desfavor de **Claudio Antonio Guerra**. A partir destes, foram promovidas diversas diligências investigativas tencionadas a avaliar e verificar a idoneidade dos relatos e da reconstrução factual promovida, em especial a oitiva de testemunhas e do próprio investigado, com o que se pôde produzir material hábil à deflagração da ação penal.

Singularmente quanto ao arcabouço documental oriundo da Comissão Nacional da Verdade (CNV), há de se destacar que sua produção encontra amparo na concretização de uma das quatro dimensões básicas da Justiça de Transição, qual seja, o *direito à verdade*, que se edifica em paralelo aos ideais de (i) promoção da justiça, (ii) de reparação e (iii) de reformulação e democratização das instituições.

Conforme o Conselho de Segurança da ONU, a **Justiça de Transição** pode ser conceituada como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para

exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades (UNITED NATIONS. Security Council. *The rule of law and transitional justice in conflict and post- conflict societies*. 23.08.2004. Disponível em: < <https://www.unhcr.org/protection/ruleoflaw/4506bc494/rule-law-transitional-justice-conflict-post-conflict-societies-report-secretary.html>>. Acesso em: 10.01.2023).

Nesses termos, e a partir da jurisprudência consolidada no âmbito das Cortes Internacionais, cumpre a cada Estado, no afã de concretizar a justiça transicional, (a) adotar medidas razoáveis para prevenir violações de direitos humanos; (b) oferecer mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência; (c) dispor de um aparato legal que possibilite a responsabilização dos agentes que tenham praticado as violações; e (d) garantir a reparação das vítimas, por meio de ações que visem a reparação material e simbólica.

Nesse enredo tem lugar a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), efetivada por intermédio da Lei nº 12.258/2011 com o desiderato de conferir concretude ao direito à verdade sobre as graves violações de direitos sucedidas no período entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, em irrestrito cumprimento à sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

As atividades desenvolvidas pela Comissão envolveram a coleta de testemunhos, dados, documentos e informações, além de perícias, diligências e audiências públicas. Os depoimentos foram voluntariamente prestados pelos interessados ou por aqueles convocados para tanto, que assim agiram. Inclusive, assegurou a Lei nº 12.258/2011 a não identificação do depoente, caso assim solicitasse (art. 4º, inciso I, *in fine*).

Em dezembro de 2014, sobreveio o relatório final da CNV, no qual se desmistificaram graves e sistemáticas violações aos direitos humanos durante a ditadura militar brasileira. Nele foi expressamente recomendada a responsabilização criminal, civil e administrativa de 196 (cento e noventa e seis) pessoas.

Estatuídas tais premissas, afere-se que **Cláudio Antonio Guerra**, de forma laudável, *optou* por participar ativamente da reconstrução histórica dos fatos e depor, no exercício da liberdade que lhe é ínsita, sobre episódios por ele vivenciados nas condições de ator e observador. Em momento algum invocou anonimato, tendo inclusive reproduzido as declarações ali prestadas em diversos meios de comunicação, destacando com veemência que a assunção de responsabilidades decorreria de crenças religiosas e/ou espirituais.

Gize-se que a frisada ausência do *caráter jurisdicional e persecutório* das atividades da Comissão Nacional da Verdade (CNV), delineada no art. 3º, § 4º, da Lei nº 12.258/2011,

mais não significa senão a reafirmação de seu compromisso primeiro com o direito à memória e à verdade – em outras letras, a luta contra o esquecimento (*struggle against forgetting*) –, com os propósitos de esclarecer e publicizar fatos e circunstâncias a envolverem as graves violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura militar, sem implicar na substituição dos misteres atribuídos aos membros do Poder Judiciário, da Polícia ou do Ministério Público.

Em outras letras: ao referido órgão, vinculado ao Poder Executivo, somente cumpriria viabilizar uma das dimensões da justiça transacional mediante *medidas administrativas*, a serem efetivadas em paralelo à atuação obrigatória dos demais entes do Estado Brasileiro, *cada qual a desempenhar o seu papel institucional*.

Não por outra razão, previu-se cumprir à Comissão Nacional da Verdade (CNV) “*promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior*” e “*colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos*” (art. 3º, incisos II e V), tendo o arcabouço documental por ela produzido sido empregado em diversas outras iniciativas e ações, jurisdicionais e não jurisdicionais, referentes ao período da ditadura militar (v.g., instrução de ações indenizatórias, requerimentos pautados na Lei nº 10.559/2002). Logo, não houve qualquer abdicação pelo Estado Brasileiro de seu compromisso para com as demais dimensões da Justiça de Transição, em especial a promoção da justiça e responsabilização dos infratores.

De se concluir, pois, que o depoimento prestado à CNV por **Cláudio Antonio Guerra**, de forma *espontânea, voluntária e não anônima*, não se corporifica como prova ilícita, podendo ser aquilatado no processo de convencimento judicial em cotejo com os demais elementos angariados, em especial os depoimentos por ele concedidos, após, ao Ministério Público Federal.

Aliás, por ocasião de sua oitiva, o réu, que se fez acompanhar de defesa técnica, *foi expressamente cientificado de que esta se dava no interesse da instrução de três procedimentos investigatórios criminais* – sendo um deles o presente. Na oportunidade, fora ele cientificado expressamente de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, ainda que parcialmente, e de não produzir prova contra si (evento 1, VÍDEO12, 02min15seg), tendo optado livremente por renunciar e ele.

No que concerne à obra *Memórias de uma Guerra Suja*, há de se anotar que a menção a sua existência vem apenas a ilustrar a gênese do descortino dos fatos ora investigados, visto que a sua publicação, em 2012, antecede as declarações e relatos prestados pelo acusado quanto aos episódios em tela, seja perante a Comissão Nacional da Verdade, seja perante o Ministério Público Federal.

Assim, pois, não se está a atribuir valor probante, *per se*, ao teor da citada obra biográfica, não se olvidando, nesse particular, dos vieses cognitivos e idiossincrasias próprias do jornalismo. Não obstante, cabe situá-la no contexto das confissões empreendidas pelo réu, as quais de fato lastreiam a tese acusatória, sem que disso se deflúa qualquer ofensa aos limites constitucionais e processuais na produção probatória.

Em suma, não há amparo a justificar a invalidação do arcabouço documental produzido pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) e dos demais documentos que respaldam a iniciativa acusatória, sem embargo, a toda evidência, da atribuição do valor probatório que cada qual há de merecer.

Nesses termos, **deixo de acolher** a tese arguida pela defesa técnica.

II.II. Mérito

II.II.I. Imputação fática e capitulação jurídica

Narra a inicial acusatória, em apertada síntese, que **Claudio Antônio Guerra**, com o fito de assegurar a impunidade de crimes de tortura e homicídio praticados por terceiros, mediante abuso de poder e violação do dever inerente ao cargo de delegado de polícia que exercia no Estado do Espírito Santo (DOPS/ES), teria sido “*o autor intelectual e participante direto*” na ocultação e destruição de 12 (doze) cadáveres, entre os anos de 1974 e 1975, identificados como os seguintes indivíduos: (i) Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira; (ii) Eduardo Collier Filho; (iii) Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva; (iv) Wilson Silva; (v) David Capistrano da Costa; (vi) Joaquim Pires Cerveira; (vii) João Batista Rita; (viii) José Roman; (ix) Luiz Ignácio Maranhão Filho; (x) Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto; (xi) João Massena Melo; e (xii) Armando Teixeira Frutuoso (evento 01, INIC1).

Segundo a narrativa, o acusado teria confessado voluntariamente os delitos por diversas vezes, seja no livro “*Memórias de Uma Guerra Suja*”, seja em depoimentos prestados perante a Comissão Nacional da Verdade (CNV) e perante o Ministério Público Federal, ao relatar haver recolhido, no imóvel conhecido como “Casa da Morte”, no Município de Petrópolis/RJ, e no Destacamento de Operações de Informação e Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), então situado na Rua Barão de Mesquita, no Rio de Janeiro/RJ, os corpos das 12 (doze) pessoas supracitadas, e os levado para o Município de Campos dos Goytacazes/RJ, onde teriam sido incinerados nos fornos da Usina Cambahyba (evento 01, INIC1).

Acrescenta o *Parquet*, ainda, que as doze pessoas citadas por **Cláudio Antônio Guerra** na referida obra constam da lista de 136 (centro e trinta e seis) pessoas dadas por desaparecidas pelo Anexo I da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995 (evento 01, INIC1).

No que concerne à capitulação jurídica conferida, mister destacar que, a partir da promulgação do Código Penal em vigor, sucedida em 1940, as condutas de *destruir*, *subtrair* ou *ocultar* cadáver ou parte dele formataram o artigo 211 do Código Penal, tipo de injústo que visa a tutelar o sentimento de respeito à memória das pessoas falecidas.

A partir de tais fatos, o **Ministério Público Federal** imputou ao acusado a prática do crime de ocultação e destruição de cadáveres, previsto no art. 211 do Código Penal, c/c o artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, na forma da legislação vigente à época dos fatos.

II.II.II. Materialidade e autoria delitivas

Após minucioso exame do arcabouço probatório produzido, tem-se por comprovadas, *para além de dúvida razoável*, a materialidade e a autoria, expressas na *ocultação* e a *destruição* de 12 (doze) cadáveres, levadas a feito por **Cláudio Antônio Guerra**, entre os anos de 1974 e 1975.

Aludidas ações foram perpetradas em contexto de violações graves e sistemáticas aos direitos humanos da população civil brasileira, por razões de perseguição política promovida pelo Estado Brasileiro, ora representado pela atuação do então agente público federal vinculado aos órgão de repressão do Exército, **Cláudio Antônio Guerra**.

Os elementos de prova puderam evidenciar que, no início da década de 1970, o acusado, que então exercia o cargo de Delegado de Polícia Civil no Estado do Espírito Santo, aceitando o convite apresentado pelo então Procurador da República *Geraldo Abreu*, passou a atuar reservadamente na repressão política empreendida pelo regime militar, tendo sido alçado, em um segundo momento, à condição de delegado do Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) (evento 1, VÍDEO12 e evento 1, VÍDEO14).

Nesse período, **Cláudio Antonio Guerra** atuava de forma extraoficial e era subordinado diretamente ao coronel *Freddie Perdigão Pereira* (cujo codinome era Dr. *Nagib* ou Dr. *Flávio*), o qual atuou no comando do DOI-CODI (Rio de Janeiro e São Paulo) e na manutenção de um endereço clandestino de tortura, execuções e de desaparecimentos forçados (a “Casa da Morte”), no início da década de 70.

Impera relevar, no particular, que o Centro de Operações de Defesa Interna e o Destacamento de Operações de Informação (CODI-DOI) encontravam-se submetidos ao comando de oficiais do Exército, sendo integrado em seu aparelhamento por membros das Forças Armadas, investigadores e delegados de polícia civil, policiais militares, policiais federais e procuradores da República. Por sua vez, o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) correspondia ao órgão executor, vinculadas às Secretarias de Segurança Pública nos estados, equivalendo a uma espécie de polícia política inserida no regime de execução.

Como agente secreto do referido sistema de repressão, a par de sua participação em reuniões e execuções, o réu foi incumbido de fazer desaparecer as evidências dos crimes perpetrados pelo Estado Brasileiro contra os opositores políticos. Assim, a partir de 1974, no marco do contexto de torturas, mortes e desaparecimentos, uma estratégia em particular veio proposta pelo acusado e então adotada pelas forças de opressão: o transporte de cadáveres até Campos dos Goytacazes, a fim de que aqui fossem incinerados nos fornos da Usina de Açúcar Cambahyba.

A ocultação dos corpos se fez possível a partir de uma reunião entre os superiores hierárquicos, Coronel Freddie Perdigão e o Comandante Vieira, o acusado e Heli Ribeiro, então proprietário da Usina de Açúcar Cambahyba e correligionário do regime ditatorial, o qual condescendeu com o emprego dos fornos para a ocultação dos restos mortais dos dissidentes políticos.

Assim, em ao menos sete oportunidades, o réu realizou o transporte terrestre de pessoas executadas pelas forças de repressão, entre especificamente o trajeto entre as cidades do Rio de Janeiro e de Campos dos Goytacazes, e, com o auxílio de terceiros – funcionários da usina –, procedeu à incineração dos cadáveres, inserindo-os, com pás, nos fornos destinados à produção açucareira, os quais permaneciam em funcionamento ininterrupto.

Todo o enredo veio a lume com a confissão de **Cláudio Antônio Guerra**, voluntária e espontânea, à sociedade brasileira: inicialmente, por meio da mídia e da publicação de uma obra; em um segundo momento, por depoimentos prestados a Comissões da Verdade, criadas pelo Estado Brasileiro; e, em último lugar, por declarações prestadas às autoridades de persecução penal.

Em 19 de agosto de 2014, **Cláudio Antônio Guerra** foi inquirido na sede da Procuradoria da República situada neste município, tendo por referência o Procedimento Investigatório Criminal nº 1.30.002000105/2012-04, instaurado a partir da divulgação pública da ocultação de cadáveres sucedida por meio da incineração nos fornos da Usina Cambahyba, o qual instrui a vertente ação penal.

Na oportunidade, o acusado confessou circunstanciadamente a forma como as ocultações dos corpos de perseguidos políticos se sucedera. Fatos, datas, locais e nomes foram especificados pelo acusado em seu relato, repleto de detalhes e pormenores sobre cada circunstância expressada. Confira-se:

“(…) aproximadamente nos idos de 73 a 74 havia uma preocupação nos órgãos de informação, por parte do coronel Malhães, Perdigão e Vieira, como já estava havendo preocupação nas imprensas nacional e internacional, acerca das pessoas que estavam sendo sumidas, na medida em que os corpos daqueles que eram eliminados pelo regime acabavam sendo descobertos, **surgiu, em reunião do depoente com o coronel Fred Perdigão (Dr. Flavio) , Coronel Malhães (Dr. Pablo) e Comandante Vieira, a ideia de incineração dos corpos.** Nesse sentido, **o depoente sugeriu o forno da Usina Cambahyba. O depoente já utilizava a Usina e seus canais para desova de criminosos comuns vindos do Espírito Santo com a conivência do João Lysandro e do Vavá,** que só o conhecia à época por Vavá. Que o depoente levou o Cel. Fred Perdigão e o Comandante Vieira para um almoço no casarão da Usina Cambahyba, tendo sido recepcionados pelo Sr. Heli. O almoço consistiu em um carneiro com batata. Disse o depoente que Vavá teria providenciado alfavaca para temperar a carne. **Que neste dia o Sr. Heli ficou sabendo dos planos de incineração nos fornos da Usina e por ser um homem de direita, contrário ao comunismo, foi convencido a ceder o espaço pretendido;** Que a única participação do Sr. Heli teria sido neste dia, em que autorizou a incineração. **Que o depoente era ligado ao grupo secreto do Cel. Perdigão e este por sua vez era uns dos cabeças na chamada “Casa da Morte” em Petrópolis/RJ. Pouco tempo após a reunião, teve início a nova estratégia de incineração. O depoente era contatado via telefone pelo Cel. Perdigão que havia trabalho a ser feito na Casa da Morte; Que informa que este trabalho consistia em ir à casa da morte e apanhar os cadáveres que seria incinerados;** Que o depoente não ingressava nas dependências da casa da morte, porque as informações eram compartimentadas; **Que parava o carro numa rampa na entrada da casa da morte e aguardava ali mesmo a entrega dos corpos, o que era feito por 2 ou 3 militares à paisana; Que os corpos vinham ensacados, em um saco preto com uma corda presa ao mesmo; Que sempre olhava os cadáveres e que dentre os que trouxe para Campos apenas um veio sem um dos braços;** Que declara que embora tenha matado pessoas, não gostava de tortura pois considerava uma covardia; Que matou 3 pessoas em São Paulo; Em Recife matou uma pessoa; Que matou uma pessoa em Belo Horizonte (...) Que para pegar os cadáveres já usou seu carro de marca Chevette por uma única vez; Que nessa ocasião em que usou seu Chevette este incendiou quase chegando em Campos e que foi socorrido por Vavá, João e Zé Crente; Que recebeu um Opala de presente por conta do ocorrido com o seu carro, pago pela Usina; **Que deve ter feito aproximadamente umas 6 viagens trazendo corpos dali casa da morte e do quartel para a Usina Cambahyba;** Que não vinha dirigindo os carros trazendo os corpos; Que na Usina havia a chamada Casa do Gerente, onde ficavam o João e o Vavá, este cozinheiro da casa; Que chegava na usina sempre a noite e ia direto para a casa do gerente; Que era recebido tanto por João quanto por Vavá; Que Vavá e João eram bem conhecidos, inclusive João ajudou Vavá até financeiramente, Vavá era motorista de caminhão da Usina e João o ajudou a tornar-se um homem de confiança; **Que Zé Crente dava um jeito de distrair os trabalhadores, e era quem comandava as ações; Que os corpos eram levados para os fornos por Vavá, João e Zé Crente, sendo que o depoente sempre presenciou,** exceto o corpo de Odilon, assassinado pelo depoente, já que este precisava seguir viagem para o Rio de Janeiro; **Que os corpos eram colocados na boca do forno e empurrados com**

algum instrumento que lembrava uma pá; Que se usava o expediente de colocar mais lenha na fogueira para despistar; Que o cheiro dos corpos queimados não chamavam atenção porque era superado pelo forte cheiro do vinhoto; (...) Que Vavá e João ficaram encarregados de queimar o corpo de Odilon, já que o depoente precisava viajar; Que, segundo o depoente, os mesmos lhe disseram que executaram o serviço; Que o sofá da sala teve que ser queimado porque ficou cheio de sangue e o corpo foi enrolado no tapete da sala; (...) Que Vavá andava armado e era credenciado como agente do serviço reservado do DOPS, pelo próprio depoente, que à época era delegado do DOPS; Que esse credenciamento era oficial e que provavelmente encontra-se arquivado no arquivo do Serviço de Informação da Polícia Civil ou no arquivo público; Que provavelmente um policial civil, de alcunha “Camarão”, ligado ao Cel. Malhães (Dr. Pablo), tenha notícias acerca da cremação de corpos; Que a esposa do depoente, a senhora Maria Célia Soyka, conhece Vavá, uma vez que a referida senhora vinha a Campos com o depoente; (...) Que atribui a negativa de Vavá em reconhecer a amizade entre ele e o depoente em razão da lealdade de Vavá à família Ribeiro ou ao medo da família ou ainda ao medo de ser preso (...) (evento 1, ANEXO5, pp. 33/38).

Enfatize-se que **Cláudio Guerra**, o qual possui curso superior em teologia e exerce hoje a atividade de pastor evangélico, tem invocado imperativos de consciência para com a lei dos homens e com a justiça divina a fim de motivar a sua decisão de, voluntariamente, por luzes às sombrias ações perpetradas durante a era militar, confessando os crimes por ele praticados e delatando terceiros.

Uma vez mais, ao ser ouvido por Procuradores da República em Vitória/ES o réu reproduziu as narrativas confessionais. A fim de assegurar a fidedignidade, são transcritas as suas palavras:

[evento 1, VÍDEO20, 01min18seg] **Procurador da República:** Agora vamos perguntar mais sobre Campos. Sr. Cláudio, extrai-se do relato que o Sr. fez no livro que dez corpos...

Acusado: Mais tem mais. Depois eu fui lembrando, né? Eu creio que tenha, não que eu levei, mas outros levaram.

Procurador da República: O Sr. confirma que corpos humanos foram queimados na Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes no Rio de Janeiro?

Acusado: Sim. Foi.

Procurador da República: O Sr. se lembra a época, a data?

Acusado: Sei que foi em 74, depois tem um que foi 75, um em 75, e depois nós lembramos aí, uma pessoa até comentou, que nós estávamos em uma festa – isso é bom porque vocês podem levantar – eu estava em uma festa de aniversário da filha do João Bala, filho do Heli, isso já em 1981, chega lá o Coronel Perdigão com uma pessoa morta, em Campos, nós estávamos em um aniversário e saiu eu, o João, o Vavá e o Zé Crente. Fomos, saímos, fomos lá para poder cremar esse cadáver. Não sei quem era. (...) Essa pessoa que estava falando falou que nós saímos para queimar uma pessoa no canavial, porque ela não sabia da Usina., mas ela tá viva e pode esclarecer para os Senhores, porque ela estava comigo no local. Gostaria de falar depois para o Senhores porque quero preservar essa pessoa (...)

Procurador da República: Quando esse episódio aconteceu em Campos, o Sr. estava baseado onde? (...) O Sr. estava no Espírito Santo?

Acusado: Sim.

Procurador da República: Como é que se dava esse contato, como o Sr. sabia, o Sr. era comunicado “olha, tem um corpo tal para ser cremado”?

Acusado: Era chamado no Rio e eu ia para o escritório, e recebia as funções (...)

Procurador da República: O Sr. se lembra o primeiro encontro?

Acusado: Foi lá na Casa da Morte.

Procurador da República: (Após demonstração de documentos) Esses dois aqui foram os dois primeiros?

Acusado: Os dois primeiros.

Procurador da República: O Sr. apanhou na Casa da Morte, em Petrópolis, esses dois aqui e fez o percurso de carro até Campos?

Acusado: De carro.

Procurador da República: Sozinho?

Acusado: Não, me acompanhavam dois policiais. Sempre acompanhado de dois policiais. Era uma operação muito reservada, eram sempre as mesmas pessoas, para não espalhar.

Procurador da República: E esse carro, no qual o Sr. transportava?

Acusado: Teve um que era no meu próprio carro, que pegou fogo.

Procurador da República: Uma vez que o Sr. transportava os corpos, chegando em Campos, eu gostaria que ficasse claro para registro a dinâmica. O Sr. pegava os corpos na Casa da Morte em Petrópolis...

Acusado: Não só lá. Fui apanhar também na Barão de Mesquita, no Rio, onde era o DOI-CODI.

[evento 1, VÍDEO21, 00min01seg] **Procurador da República:** Então o Sr. chegou a pegar corpos nas dependências do DOI-CODI?

Acusado: Apanhava nas dependências do DOI-CODI. (...) Eles entregavam prontos já, estava morto, ensacado...

Procurador da República: Os corpos eram esquartejados, estavam inteiros...?

Acusado: Não. Teve um só, que estava cortado o braço dele... Assim, com fraturas expostas, mas não esquartejados. (...)

Procurador da República: Então (...) O Sr. chegava com os corpos já prontos, ensacados, na Usina, não é isso?

Acusado: Ensacados, em uma casa, em frente da Usina...

Procurador da República: Nós todos sabemos que uma Usina naquela época era fortemente protegida...

Acusado: Muito...

Procurador da República: Então você passava?

Acusado: Ali na Usina eu era conhecido como uma pessoa da família pelos funcionários. Estranhamente a filha hoje fala uma coisa, mas isso é provado por A mais B... Era identificado visualmente e ia para uma casa que tinha de frente para o lugar das caldeiras. A casa está perfeita lá hoje.

Procurador da República: O Sr. viu a casa por último quando?

Acusado: Agora quando eu estive lá... Mês passado... Tem um muro, e a gente entrava lá dentro. Tinha os policiais (...) o João Lysandro, o Vavá, Zé Crente... Era mais esse grupo... O Zé Crente era o gerente da Usina e o Vavá era empregado de confiança. (...) Eles tinham um carro deles, e tirava do meu carro. O Casarão é bem em frente à caldeira. O carro deles ficavam ali na porta. (...) Ali, tinha gente o tempo todo, é verdade, mas tinha quem o Zé Crente queria que estivesse. E esse ato, de colocar os corpos ali, era depois das 22h. Não é que ficava vazio não, mas era menos turbulência, e ele tinha o poder de articular as pessoas, de quem é que estava ali (...)

Procurador da República: Quando os corpos eram levados à caldeira, o Sr. acompanhava?

Acusado: Eu acompanhei duas ou três vezes. Depois a gente ficava no casarão, tomando um uísque, conversando... Eu queria que vocês entendessem, hoje eu reputo um ato abominante, horrível, mas na época era um trabalho (...)

Procurador da República: Nas vezes que o Sr. assistiu, que o Sr. acompanhou, o Sr. fez pessoalmente?

Acusado: Eu vi colocando. Não vi dificuldade nenhuma em colocar. Não coloquei... Eu era metido a besta, metido a ser autoridade, né? Normalmente eram os subalternos que faziam. Eu tô lá, mas... (...)

Procurador da República: E tem essa orientação de que os corpos não caberiam...

Acusado: Mas cabe, a perícia mesmo vai constatar isso, que cabe tranquilo (...) O escrivão da Polícia Federal fez uma pergunta: "E o cheiro"? E eu respondi "o cheiro da usina, do vinhoto, é um fedô (sic) do caramba, pode ter mil pessoas queimando ali que não se sente o cheiro de nada" (...) Era um calor horrível, não sei quantos graus...

[evento 1, VÍDEO22, 00min03seg] **Procurador da República:** A fabricação do açúcar era feita então 24h, não parava..

Acusado: Não, não parava... (...)

Procurador da República: Qual era o tipo de relacionamento que o Sr. mantinha com o Sr. Heli Ribeiro?

Acusado: Muito amigado (...) E chegou (...) meu carro pegou fogo ali, ele mandou me dar um Opala zero. Foi tirado em uma agência lá em Campos.

Procurador da República: Esse episódio em que o carro pegou fogo, foi o carro que transportava cadáver?

Acusado: Era. Era um casal.

Procurador da República: Kuscinski?

Acusado: Isso. Eram esses dois. (...) Um Chevette. Começou o fogo no motor e começou a incendiar. Não tinha mais condições de o carro andar. Veio o João, o Zé e outra pessoa, com outro carro, tiramos os dois dentro do carro e passamos para o outro (...) Dali meu carro foi rebocado lá para usina e ele mandou comprar...

Procurador da República: E os corpos?

Acusado: Foram cremados. (...)

[evento 1, VÍDEO23; 04min30seg] **Procurador da República:** No caso específico destes corpos que o Sr. participou da cremação, conduziu, participou da cremação, quando Sr. recebia o Sr. tinha plena consciência...

Acusado: De que tinham sido torturados. Eu chegava ali, via a pessoa machucada, foram mortos sob tortura. Não tinha marca de tiro (...)

Procurador da República: Então, Sr., eu quero fazer essa pergunta...

Acusado: Eu sei, isso está me criminalizando, eu sei.

Procurador da República: Pelo contrário, nós vamos estar repetindo aqui que o Sr. tem o direito de não dizer nada que o incrimine.

Acusado: Não, mas eu não tenho nada a esconder, eu falei para os Senhores antes que eu sei a responsabilidade. Eu não quero clemência. Se eu tiver que pagar por alguma coisa a mais, que eu pague (...)

[evento 1, VÍDEO24; 04min50seg] **Acusado:** Nós estamos falando de como eu cheguei a essas pessoas... Eu não sabia quem que era. (...) A gente abria para ver quem era. Tinha contato visual. E como eu fui chegando a quem é quem? Foi através do livro... Eu não saberia nominar, porque foi àquela época, eu não fiz anotação de 'ah, foi cremado Fulano de Tal'. Naquela época ninguém ia guardar segredo desse, ter documento...

Procurador da República: Já que o livro é de domínio público... Eu fiz algumas anotações.

Acusado: De aspecto físico, eu lembrava de algumas coisas. (...)

Procurador da República: O Sr. não recebia com identificação civil?

Acusado: Não, não. A gente olhava ali e tal mas não sabia nome. Eu vi a Ana, vi que ela estava muito torturada. (...)

[evento 1, VÍDEO25] **Procurador da República:** Os cadáveres estão mortos há muito tempo, já estavam em estado de decomposição, estavam novos...?

Acusado: (...) Não estavam com mau cheiro, em decomposição, não.. Inclusive tinha sangue seco (...)

Do trecho supratranscrito se infere, portanto, que os corpos lhe eram entregues na Casa da Morte, em Petrópolis/RJ, ou no DOI-CODI do I Exército, situado na Rua Barão de Mesquita, no Rio de Janeiro/RJ, já ensacados para que fossem transportados e ocultados, em uma operação realizada às escusas.

Em que pese não houvesse identificação das vítimas – praxe adotada, conforme evidenciado, com o fito de assegurar o êxito no desaparecimento e a eliminação de vestígios –, os cadáveres foram vistos pelo acusado previamente à incineração. A partir da conexão entre identidades visuais, lista de desaparecidos, fotografias e circunstâncias de tempo e local, o réu logrou proceder à identificação dos cadáveres submetidos ao fogo.

Releve-se que, naquela ocasião, **Cláudio Guerra** confirmou, um a um, todos os nomes de pessoas cujos cadáveres foram destruídos e ocultados por intermédio do referido proceder (01min05seg; evento 1, VÍDEO25).

A partir de tais diretrizes, diligências foram empreendidas a fim de localizar e ouvir as pessoas citadas e/ou envolvidas nos fatos narrados.

Assim, em 09 de outubro de 2014, *Maria Célia Soyka*, esposa do acusado, depôs perante o Ministério Público Federal, em um relato livre e absolutamente consentâneo com as declarações veiculadas pelo acusado, nos limites do que lhe fora dado vivenciar e conhecer.

Nesse sentido, expôs ter acompanhado **Cláudio Antônio Guerra**, o qual atuava como Delegado de Polícia do DOPS, em diversas visitas à Usina Cambahyba, frisando a relação de proximidade para com a família Ribeiro e os empregados desta. Afirmou inclusive que, em uma das oportunidades, o réu lhe confessara ter incinerado um corpo com o auxílio de *João Lysandro*, filho do proprietário da usina, e o funcionário *Erval Gomes da Silva*, vulgo Vavá.

Mister, no ponto, transcrever trechos de seu relato:

QUE se casou com o delegado Cláudio Guerra quando tinha de 13 para 14 anos (entre 1976 e 1977); (...) **quando conheceu o Sr. Cláudio Guerra, este já era delegado de polícia, mais precisamente do DOPS em Vitória**; QUE não é a primeira vez que vem à cidade de Campos; QUE, ao contrário, esteve aqui várias vezes; dentre elas, pode relatar as seguintes: **em que todas as vezes em que vinha, ia direto para a Usina Cambahyba; QUE quando chegava, ia para um casarão, que era na Usina; QUE passava neste casarão o dia, às vezes a tarde, até decidirem para onde iriam**; QUE para entrar na Usina, passava-se por um casarão antigo e que lhe diziam que aquele casarão guardava histórias da escravidão; QUE, na primeira vez que esteve em Campos, passou pela Usina, e seguiu para uma casa em Grussaí; QUE a casa onde ficou ficava ao lado da casa do Sr. Eli; que, quando diz Sr. Eli, está se referindo ao Sr. Eli Ribeiro, que segundo se recorda, teria sido governador da Guanabara; QUE chegava de carro a Campos, com o Sr. Cláudio Guerra e um motorista, que geralmente era um policial; QUE na Usina, eles eram recebidos pelo João Lisandro, pelo Vavá, pelo Zé Crente, que afirma ter visto a pessoa que conhece com o Vavá da época da Usina nas dependências do Ministério Público Federal na data de hoje, mesmo tendo o referido Vavá agido como se não a conhecesse, acrescentando que pode ser que ele não se lembre dela; QUE já ficou numa outra casa em Grussaí, apenas um pouco mais distante; QUE ficou ainda numa outra casa e nesta passou quase um mês de férias; QUE estava sempre acompanhada do Sr. Cláudio Guerra, da filha e dos pais da depoente, que nessas estadas conheceu várias pessoas ligadas ao Sr. João Lisandro (...) QUE, durante as estadas nas casas em Grussaí, recebia a visita do Sr. Eli, do Zé, do João constantemente, do Vavá, do Zé Crente; QUE todas essas casas eram arrumadas pela família do Sr. Eli Ribeiro (...); QUE Cláudio, João e Vavá saíram por volta de 14 horas mais ou menos; **QUE não se lembra o dia da semana que Cláudio, João e Vavá chegaram atrasado ao aniversário; QUE a roupa do Sr. Cláudio Guerra estava fedendo muito a fumaça e que João Lisandro arrumou uma camisa para o Sr. Cláudio Guerra, até porque a depoente é bastante alérgica**; QUE, algum tempo depois, o Sr. Cláudio Guerra comentou com a depoente que, neste dia em chegaram atrasados para a festa, haviam os três participado de incineração de um corpo na Usina; QUE informa que Cláudio Guerra, Vavá, João e Zé Crente eram muito amigos; QUE inclusive já viajaram juntos ao Rio de Janeiro (a depoente, Vavá, Cláudio e João) e foram à casa de Jones Romaguera Trotter e foram também ao apartamento de Jones na Tijuca, esclarece que Jones era um vendedor de armas e que o Sr. Cláudio Guerra comprava armas com ele; QUE, no apartamento de Jones, tinha uma foto da esposa dele com o ator Carlos Zara, já que a referida esposa de

Jones teria feito uma participação numa novela da qual não se recorda o nome; (...) QUE o Sr. Vavá, o Sr. João Lisandro e o Sr. Zé Crente costumavam ir à Vitória, na casa da depoente, na Delegacia; QUE o Sr. Vavá e o Sr. João Lisandro iam com mais frequência; informa ainda que o Sr. Vavá levava até carneiro para o Sr. Cláudio Guerra; QUE já viu o Sr. João Lisandro armado e que este gostava de armas; QUE viu também o Sr. Vavá armado; QUE, em 1981, voltavam do Rio a depoente, o Sr. Cláudio Guerra, João Lisandro e Vavá, que retornavam da casa do referido Jones Romaguera Trotter, que vinham no veículo Landau pertencente ao Sr. Lisandro e que o veículo caiu num buraco e quebrou a roda e estes tiveram que esperar por socorro; QUE João e Vavá só andavam juntos; **QUE, numa das vezes em que esteve no Rio em companhia de Vavá, João e do próprio Cláudio Guerra, foram ao escritório do Dr. Flávio, que a depoente sabe agora, por intermédio de seu marido e depois da mídia, se tratar do coronel Fred Perdigão Pereira (...)** QUE o Sr. Cláudio Guerra não dizia para a depoente exatamente o que estava acontecendo, dizia que estava a serviço do governo (...) (evento 1, ANEXO5, pp. 132/136).

Sob o crivo do contraditório, *Maria Célia Soyka* declarou não se recordar dos fatos sob apuração, apontando fazer uso de medicamentos controlados (evento 244, VÍDEO22). Sem embargo, o seu depoimento colhido em sede pré-processual encontra-se em sintonia com a confissão empreendida por **Cláudio Guerra**.

A confissão do acusado também encontra respaldo nas declarações de *Emanuel Matos Pontes*, colhidas no dia 30 de janeiro de 2015 no âmbito do procedimento investigatório criminal subjacente.

Este, na condição de então motorista particular de **Cláudio Guerra**, declarou ter aceito convite para prestar serviços como agente oculto da repressão após servir na Aeronáutica e que, no exercício de tal atividade, transportou o réu até o Rio de Janeiro para que participasse de reuniões do SNI (Serviço Nacional de Informações), promovidas pelos Coronéis *Perdigão* e *Vieira*, além de tê-lo levado até Campos dos Goytacazes em quatro ou cinco oportunidades.

Demonstrando conhecimento acerca das escusas atividades desenvolvidas pelos réu e pelos referidos militares, a testemunha declarou tê-los conhecido e ter obtido informações sobre atentados e extermínios levados a efeito por eles por ocasião de reuniões e encontros que, tal como exposto por **Cláudio Guerra**, ocorriam em Vitória/ES e no Rio de Janeiro/RJ, neste último caso, no afamado restaurante Angu do Gomes e em um hotel, situados nas adjacências da Praça Mauá, no centro da cidade.

Acresceu ainda que também desenvolvera atividades de inteligência a pedido do acusado, sendo incumbido de observar, gravar, fotografar e filmar pessoas, em contextos envolvendo tanto crimes comuns como políticos. Impera, no ponto, conferir trechos de seu depoimento:

“que havia servido na Brigada Aeroterrestre em 1964 e 1965 como paraquedista do Exército e o Coronel Serrano, à época capitão, havia sido seu comandante; (...) que Cel. Serrano o recebeu com alegria e perguntou-lhe sobre sua vida, ao que o declarante respondeu que estava desempregado e que iria voltar ao Rio; que em razão disso recebeu uma proposta de trabalho do Cel. Serrano; que a proposta era fazer um curso de perito criminalístico para trabalhar na Polícia Civil; **que o declarante aceitou a proposta e recebeu um cartão com instruções para se apresentar no DOPS ao Delegado Cláudio Antônio Guerra, que era o Delegado Chefe do DOPS no Espírito Santo; que recebido pelo Delegado Cláudio Guerra, recebeu o convite de trabalhar diretamente com ele, inicialmente assessorando de forma geral e em seguida assumindo a função de motorista particular do Delegado, recebendo uma remuneração informal, não fixa, formada por quantias incertas; que em seguida recebeu uma carteira numerada do DOPS como se fosse agente, embora sem integrar os quadros do Estado, sem remuneração fixa; que recebia salário pago com recursos próprios do Delegado Chefe; que chegava a receber até mais do que os próprios agentes do quadro remunerados pelo Estado; que foi afiliado à Escuderia LE COQ durante a sua permanência do DOPS, pagando mensalidade; (...) que no DOPS fazia o serviço de inteligência a mando do Delegado Cláudio, de quem recebia ordens exclusivamente;** que conheceu o Cabo Povorelli no Rio de Janeiro; que conheceu o tenente Odilon em Vitória; que conheceu também o “miserável” do Cel. Perdigão, de quem não gostava; que o viu duas ou três vezes no restaurante Angu do Gomes, na Praça Mauá, do Rio, que pertencia a um ex-agente federal, conhecido por “Augustão”; que Cel. Perdigão era asqueroso, torturador e malvado; que quem armou para matar Zuzu Angel foi Perdigão e ouviu comentários sobre isso no restaurante Angu do Gomes e num churrasco em Vitória (...) **que quando estava trabalhando com Delegado Cláudio, este integrou o SNI, pois era do DOPS; que reuniões do SNI ocorriam no Rio de Janeiro, onde havia um escritório do SNI; que, porém, as reuniões para tramar coisas hediondas eram feitas numa sala de um hotel situado no final da Av. Rio Branco, perto da Praça Mauá e do Angu do Gomes; que dirigia para Delegado Cláudio levando-o até o Rio de Janeiro para participar dessas reuniões; que quem participava das reuniões eram o Delegado Cláudio, Perdigão e Vieira;** que eles se reuniam a portas fechadas e o declarante não participava dessas reuniões; que não sabe exatamente os atos decididos na reunião, mas coisas boas não era; que somente conheceu Dr. Geraldo Abreu de nome, mas nunca esteve no gabinete dele; que, contudo, **já levou o Delegado Cláudio para encontros no escritório de Dr. Abreu no centro de Vitória umas duas vezes; (...) que durante o período em que trabalhava no DOPS foi em Campos dos Goytacazes umas quatro ou cinco vezes; que numa delas foi no aniversário de cinco anos da filha de João Lisandro, o dono da Usina Cambaíba, conhecido como João Bala;** que João Bala era amigo de Cláudio Guerra; que o aniversário foi num casarão em que ele residia no centro da cidade de Campos; que foi a Campos dirigindo para Cláudio Guerra; que em Campos ficavam hospedados às custas de João Lisandro, num motel de estrada pertencente à família deste; que nas outras vezes em que esteve em Campos dirigindo para Cláudio Guerra, o levava à sede da Usina, para reuniões com João Lisandro; que o declarante deixava Cláudio Guerra lá e voltava para o motel da família, por isso não sabe o que era tratado nas reuniões; que na Usina conheceu Zé Crente, que era o gerente e Vavá, que era o capataz; **que nunca presenciou a queima de corpos na Usina Cambaíba, até porque não ficava lá e somente levava Cláudio e o deixava com João Lisandro e ia embora (...)** que quando ainda trabalhava no DOPS, além de motorista, também fazia parte da inteligência, executando tarefas indicadas por Cláudio Guerra; que essas tarefas consistiam em observar, gravar, fotografar e filmar pessoas; que as tarefas eram ligadas a crimes comuns e políticos; que, como já afirmou, essas tare-

fas continuaram sendo realizadas de 76 a 78, paralelamente ao seu trabalho na Vale, quando estava de folga, e recebia de Cláudio por isso; que prestou esses serviços para Cláudio até novembro de 1979 (...)” (evento 1, ANEXO7, pp. 26/29).

Conforme se denota, o relato de *Emanuel Matos Pontes* encontra amparo nos demais elementos de prova, reforçando a versão de **Cláudio Guerra** quanto à integração deste ao serviço secreto e às reuniões com demais agentes da repressão. Externalizou a testemunha, nesse particular, não só a orquestração de ações criminosas pela cúpula do DOPS senão também as visitas frequentes do acusado à Usina Cambahyba, marcada pela relação de amizade entre estes e os proprietários e trabalhadores do local. Em paralelo, reproduziu ela aspectos secundários, mas que, por exatamente coincidirem com a narrativa do acusado, confere-lhe especial signo de fidedignidade.

Vale destacar que, malgrado arrolado como testemunha, *Emanuel Matos Pontes* não pode ser ouvido em juízo, dado o seu óbito. Assim, o seu depoimento prestado em sede investigativa é alçado à condição de prova irrepetível, a atrair o disposto no art. 155, *in fine*, do Código de Processo Penal [Nesse sentido: STJ. AgRg no AREsp n. 2.073.570/MT, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe 11/11/2022; STJ. HC n. 360.574/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe 10/08/2016].

Durante a instrução processual, a testemunha *Jorge Augusto Lysandro de Albernaz Gomes*, assistida por defesa técnica constituída, foi ouvida, declarando ter ciência da imputação por ser sócio da Usina Cambahyba, juntamente com seus irmãos, por força de herança de seus pais (evento 245, VÍDEO11, evento 245, VÍDEO12, e evento 245, VÍDEO13).

Na ocasião, narrou que, à época dos fatos descritos na denúncia, cursava a faculdade de química no Rio de Janeiro, onde residia com seu irmão, *João Lysandro*, o qual lá trabalhava. Confirmou que *Zé Crente* e *Erval Gomes* laboraram na Usina, acrescentando que o primeiro atuava, sobretudo, na prestação de serviços domésticos.

Em seu relato, negou conhecer o acusado, destacando que nunca o vira nas oportunidades em que esteve na usina, junto a seu pai, *Heli Ribeiro Gomes*. Expôs não ter conhecimento dos fatos narrados pelo acusado, incluída, sobretudo, a incineração de corpos na usina. Enfatizou, ainda, a impossibilidade fática de que os cadáveres fossem submetidos aos fornos ali existentes. Acresceu, por fim, que ao tomar conhecimento das declarações de **Cláudio Guerra**, como “*responsável pela Usina e pela família*”, imediatamente contratara advogado, em seus dizeres, “*revoltado*” com o teor das imputações (evento 245, VÍDEO12, 11min a 13min).

Em que pese a entonação presente em seu relato, inelutável que o seu valor probatório há de ser calibrado: *a uma*, porque declaradamente nada presenciara sobre os fatos em estima; *a duas*, porque figura na condição de filho de *Heli Ribeiro Gomes* e irmão de *João Lysandro*, os quais, *segundo a versão apresentada pelo acusado*, figurariam como coautores das ações delitivas sob apuração.

Em última análise, referendar minimamente a tese acusatória representaria admitir o emprego da Usina Cambahyba para os repulsivos fins de um regime de exceção e assim macular a honra, a reputação e a história de sua tradicional família, especialmente de seu genitor, notória figura pública no Rio de Janeiro, Estado do qual se elegeu, em 1968, como vice-governador.

Ainda em sede judicial, foi inquirido *Jone Romaguerra Trotte*, o qual, segundo o acusado, seria responsável por fornecer armamentos para grupos de viés político liberal (a “*direita rural*”), dentre eles *João Lysandro* (cf. evento 1, VÍDEO22, 00min03seg).

Na presença de seu advogado, a testemunha expôs conhecer o acusado, com quem teria mantido contato socialmente, por aproximadamente um ano, segundo se recorda, no início dos anos 80. Frisou que, até então, conhecia o réu em razão do seu trabalho como Delegado de Polícia no Estado do Espírito Santo, estritamente, e que não conhecera a esposa deste, Sra. *Maria Célia Soyka*. Negou conhecer *Erval* (vulgo *Vavá*) e *João Lysandro*, expondo ter processado a editora responsável pela publicação da obra escrita por **Cláudio Guerra** à conta da inveracidade das informações ali contidas respeitantes a ele (evento 245, VÍDEO16 e evento 245, VÍDEO17).

Em relação a *Erval Gomes da Silva*, verifica-se que, em juízo, referida testemunha, que também se fez acompanhar pelo advogado retrocitado, expôs pouco se recordar em virtude de sequelas de sua contaminação pelo novo coronavírus.

Declarou ter nascido em uma fazenda pertencente a *Heli Ribeiro Gomes*, para quem o seu pai trabalhava como lavrador, e, a partir do ano de 1974, trabalhado como motorista na Usina Cambahyba, a qual se encontrava à época sob a administração de *José Lysandro*. Afirmou desempenhar atividades de transporte da família e da cana-de-açúcar e conhecer “*Zé Crente*”, o qual também trabalhava na localidade no período, diretamente para o Sr. *Heli Ribeiro*.

Negou laborar nas caldeiras, acrescentando que havia trabalhadores que ali permaneciam ininterruptamente, alimentando-as. Frisou o intenso calor próximo às caldeiras e destacou a inviabilidade de se inserir corpos em seu interior, destacando que não participava de tais atividades (evento 244, VÍDEO13).

Questionado, relatou ter tido contato com o acusado em duas oportunidades, em uma festa de aniversário de familiares de *João Lysandro* e em um escritório da Usina (evento 244, VÍDEO14 e evento 244, VÍDEO15). Negou a veracidade das narrativas de **Cláudio Guerra** que o inseriam em diversos episódios, assim acrescentando:

Testemunha: Eu vi as notícias no jornal, na imprensa, aí a minha filha comprou o livro, aí eu li, vi, inclusive olhei nessa página que constava o meu nome. Eu fiquei muito apreensivo com isso, pois como consta o meu nome em um negócio desse? A minha família ficou toda apavorada...

A testemunha ainda redarguiu as declarações prestadas pelas testemunhas *Emanuel Matos Pontes* e de *Dawson Rangel Gomes*, negando que exercesse papel de proeminência ou mesmo a atividade de realização de pagamento de funcionários. Por fim, asseverou não ter se submetido à acareação com o acusado, então proposta em razão das divergências entre os depoimentos colhidos em sede investigativa, por reputá-la desnecessária.

Nesse ponto, cabe sinalar que *Dawson Rangel Gomes* foi ouvido em sede investigativa, tendo exposto haver laborado na Usina Cambayba sob as ordens de seu tio, *Erval Gomes da Silva*, o qual ali atuaria na condição de “administrador, com carta branca” para gerenciar o local, considerada a íntima relação entre ele e *Heli Ribeiro Gomes*. Asseverou ainda que *Erval* (vulgo *Vavá*) andava armado e era o responsável pelo pagamento dos funcionários (evento 1, ANEXO4, pp. 38/44). Gize-se que a testemunha apresentou comprovantes de pagamento subscritos por Emanuel Matos Pontes (cópia de cheques em seu nome), os quais se encontram anexos ao caderno investigativo.

Em sede pré-processual, *Erval Gomes da Silva* asseverou ter laborado na Usina Cambayba como motorista da família e, depois, no transporte da cana-de-açúcar. Declarou que, à época, *Zé Crente*, o qual frequentemente estava em companhia de *João Lysandro*, já trabalhava no local como tratorista da usina e, mais tarde, passou a atuar como “uma espécie de administrador”, também incumbido de prestar serviços ao Sr. *Heli Ribeiro* (evento 1, ANEXO3, pp. 22/30).

O teor das declarações de *Erval Gomes da Silva* deve ser analisado não só à luz de sua condição – trabalhador rural de confiança de *Heli Ribeiro* e sua esposa, como ele próprio declarou (evento 244, VÍDEO14, 13min30seg a 15min) –, com também em cotejo com as declarações de **Cláudio Antonio Guerra**, as quais implicaram na delação da participação da testemunha nas ações criminosas praticadas.

Merece nota, no particular, a sintomática dispensa do compromisso com a verdade requerida por seu próprio advogado antes da coleta de seu depoimento em juízo (evento 244, TERMOAUD6). Ainda que a testemunha tenha declarado sua imparcialidade e sido então

compromissada, o próprio causídico por ele constituído acenou para a falta de condições desta última em depor de forma isenta e sob as penas da lei.

Em que pesem as dúvidas opostas quanto à veracidade do relato do **Cláudio Antonio Guerra**, sua coerência, uniformidade e embasamento documental desautorizam as tentativas de desconstituir a sua versão sobre os fatos ora perseguidos.

Em momento algum puderam as referidas testemunhas esclarecer como o réu teria tido conhecimento sobre o funcionamento das fazendas, funcionários da localidade, estrutura familiar e circunstâncias pertencentes à vida privada dos envolvidos.

A relação entre o réu e os funcionários e proprietários da usina de açúcar, o odor da combustão dos cadáveres, a adequação do tamanho dos fornos para tal finalidade, a presença de funcionários no local ao tempo da execução dos delitos, enfim, todos estes pontos arguidos, tencionados a desqualificar o seu depoimento, não subsistiram diante das explicações fornecidas. Numa síntese: as diversas hipóteses contrárias, lucubradas pela defesa técnica e por testemunhas descrentes, não foram capazes de infirmar a confissão do acusado.

Merece realce, no ponto, a existência de diversos registros de ameaças à vida do réu, as quais tiveram lugar após a publicidade de sua narrativa, conforme se infere da documentação anexada e do teor de suas declarações perante o Ministério Público Federal (evento 1, ANEXO2, p. 70 e evento 1, ANEXO5, pp. 33/38 e pp. 139/141). Tampouco tal contexto, porém, levou-o a refluir de suas declarações ou modificá-las: sempre que ouvido, **Cláudio Guerra** manteve a sua versão sobre os fatos ora investigados, sempre lastreado em imperativos de consciência para com a lei dos homens e de Deus, compromisso esse reforçado no depoimento do pastor evangélico, a testemunha *Pedro Antero Gusmão Machado* (evento 245, VÍDEO18).

Conclui-se, portanto, que há prova coesa e substantiva quanto à ocultação de corpos levada a efeito pelo acusado, remanescendo hígida a sua confissão, uma vez roborada pelos demais elementos probatórios.

Doravante, proceder-se-á à análise pormenorizada dos elementos de prova alusivos a cada um dos episódios sob investigação.

(i) *Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva e Wilson Silva*

Segundo as informações consubstanciadas no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, *Ana Rosa Kucinski* – cujo nome passou a ser *Ana Rosa Silva* após seu casamento

–, desapareceu no **dia 22 de abril de 1974** na companhia da também vítima, seu marido *Wilson Silva*, quando foi presa por agentes do Estado brasileiro, na cidade de São Paulo (evento 1, ANEXO61, pp. 325/338).

Ana Rosa Kucinski era professora universitária no Instituto de Química da Universidade de São Paulo (USP), com formação em química e doutorado em filosofia. Por sua vez, *Wilson Silva* era físico, com formação pela Universidade de São Paulo (USP).

Ambos eram dissidentes políticos, afetos à causa operária, e integrantes da Ação Libertadora Nacional (ALN).

O desaparecimento forçado de *Ana Rosa Kucinski* e *Wilson Silva* promovido pelos agentes de repressão não fora inicialmente reconhecido pelo Estado Brasileiro, que os classificou, em nota pública oficial expedida pelo então ministro da justiça, *Armando Falcão*, em 1975, como “*terroristas foragidos*”. No ano de 1993, porém, relatório encaminhado ao Ministério da Justiça pela Marinha confirmou que *Wilson Silva* havia sido “*preso em São Paulo a 22 de abril de 1974, e dado como desaparecido desde então*”.

Em que pese a incansável luta envidada pelos familiares para descortinarem o paradeiro das vítimas – que envolveu desde a apresentação de solicitação à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) até mesmo a extorsão promovida por agentes públicos para que informações lhes fossem repassadas (evento 1, ANEXO55) –, nada foi esclarecido.

As circunstâncias da subtração somente vieram a lume após as iniciativas promovidas pela Comissão Nacional da Verdade, especialmente a partir de relatos de agentes públicos, os quais, cotejados, ilustraram que as vítimas foram encaminhadas à Casa da Morte, em Petrópolis – local em opositores políticos capturados ilegalmente eram mantidos em cárcere e torturados –, e, por fim, foram mortos, sendo seus corpos ocultados na Usina Cambahyba, nesta cidade.

No citado relatório, **Cláudio Antônio Guerra** figura como um dos autores de “*graves violações de direitos humanos*”, tendo em perspectiva as suas declarações no sentido de haver incinerado os corpos de *Ana Rosa Kucinski* e *Wilson Silva*.

Em juízo, a testemunha *Bernardo Kucinski*, irmão da senhora *Ana Rosa Kucinski*, assim narrou sobre os acontecimentos:

[evento 245, VÍDEO9] **Ministério Público Federal**: Eu queria queria fazer algumas perguntas a respeito a respeito da sua irmã, a senhora Ana Rosa Kucinski, ok? O

senhor poderia descrever as circunstâncias do desaparecimento da prisão da senhora Ana Rosa Kucinski?

Testemunha: A minha irmã, ao que tudo indica, o que já está comprovado por diversos depoimentos, juntamente com meu cunhado Wilson Silva... Eu só soube dos acontecimentos posteriormente pois já me encontrava no exterior. As circunstâncias do desaparecimento, segundo vim a saber depois, paulatinamente, através dos depoimentos de várias pessoas na Comissão Nacional da Verdade e, principalmente, quase que recentemente, pelo livro chamado "A casa da Vovó", escrito por Marcelo Godoy (...) Testemunhas relatam os lugares, as circunstâncias em que foram detidos, primeiro meu cunhado Wilson Silva, no Vale do Anhangabaú, no dia 22 de abril de 1974, e pouco tempo depois, provavelmente algumas horas depois, a minha irmã Ana Rosa Kucinski, na região dos Perdizes. Isso está ali descrito neste livro do Marcelo Godoy (...)

Ministério Público Federal: A partir da prisão do casal, da Ana Rosa e do Wilson, o Senhor tem conhecimento de onde a sua irmã e seu cunhado foram levados?

Testemunha: Olha, a partir dessa reportagem do Marcelo Godoy, que eu citei, descreve, a partir dos agentes da segurança que os prenderam, que eles foram levados para a famosa "Casa da Morte", de Petrópolis, provavelmente, aliás, está dito ali, na mesma noite do dia em que foram sequestrados. Eles foram na verdade sequestrados, não houve ordem de prisão de um juiz, prisão em flagrante, nada disso. Eles foram sequestrados por agentes do Estado, de forma criminosa, e levados, também de forma criminosa, para o Rio de Janeiro, para essa casa de Petrópolis.

Ministério Público Federal: Em uma carta que o senhor elaborou, dirigida ao Ministério da Justiça, em relação aos mortos e desaparecidos políticos, o senhor cita o nome de um cabo, senhor José Rodrigo Gonçalves, um cabo reformado do Exército, e que segundo o relato ele estaria envolvido nessa prisão do casal. O senhor teria conhecimento a respeito?

Testemunha: Sim, eu tomei conhecimento da participação desse cabo porque eu fui vítima, pouco depois do sequestro, eu fui vítima de uma extorsão, de uma promessa de receber notícias a respeito do paradeiro da minha irmã em troca de uma quantia e era tudo uma fraude da qual ele participou.

Ministério Público Federal: O senhor se recorda nesta carta, o senhor cita o nome de um médico (...). O senhor falava na carta que, em contato com Amílcar Lobo, ele disse que Wilson seria uma pessoa que teria passado pela casa de Petrópolis.

Testemunha: (...) Dr. Amílcar Lobo eu tomei conhecimento da existência dele através de entrevistas em jornais e de outras vítimas, outras famílias vítimas do sequestro (...) Eu marquei uma entrevista com ele no Rio de Janeiro e de fato estive com ele, levei fotografias da minha irmã e do meu cunhado. Ele não reconheceu formalmente, claramente, a minha irmã ou meu cunhado como pessoas, mas ele demonstrou pela fisionomia, houve uma alteração fisionômica, ao se deparar com a fotografia de Wilson. Isso me levou a convicção de que ele, de fato, reconheceu Wilson, embora não tenha admitido.

Ministério Público Federal: O senhor tem conhecimento de qual foi a destinação dos corpos depois de terem sido levados para a casa de Petrópolis? Qual foi a destinação dada?

Testemunha: Eu tomei conhecimento a partir do depoimento do senhor Cláudio Guerra, a Comissão Nacional da Verdade, onde ele disse, menciona a minha irmã e o meu cunhado. Ele, inclusive, descreve o estado em que estavam os corpos, tudo isso está em depoimento formal na Comissão Nacional da Verdade.

Ministério Público Federal: O senhor sabe me informar se o casal participava de algum grupo ou partido político, à época, de oposição ao regime militar?

Testemunha: Sim, eu tomei conhecimento, por vias indiretas, e também por dedução dos fatos, de que eles participavam da (inaudível), que combatia a Ditadura. Ambos mantinham vida formal, tinham empregos. A minha irmã era professora da Universidade de São Paulo. Wilson Silva, pelo que eu saiba, trabalhava com informática, numa grande empresa de São Paulo. E soube do envolvimento da minha irmã em atividades clandestinas, eu só vim a saber depois.

Ministério Público Federal: Além do cabo, que foi citado nessa carta, o cabo Fábio José Rodrigues Gonçalves, o senhor tem conhecimento de algum outro agente das Forças Armadas ou da polícia que estaria envolvido no desaparecimento do casal?

Testemunha: Bom, tem neste livro que eu citei vários nomes e sobrenomes (...)

Ministério Público Federal: Senhor Bernardo, o senhor conhece, fora o livro, o Senhor Cláudio Guerra? Ou o senhor conhece ela apenas através do livro?

Testemunha: Sim, somente através de leituras, não o conheço pessoalmente.

Defesa: Sobre o Cláudio Guerra, tudo o que você soube foi através de notícias e do livro ou o senhor, antes do livro, de notícias, já tinha pelo menos ouvido falar da pessoa Cláudio Guerra?

Testemunha: O senhor Cláudio Guerra já aparece muito antes desse livro, numa reportagem da revista Veja. Salvo engano, ele já aparece nessa reportagem dando declarações sobre as ações.

Defesa: A pergunta é justamente sobre isso. Fora do que o senhor teve conhecimento através da mídia e de livros, o senhor já sabia quem era Cláudio Guerra? O senhor sabia sobre o envolvimento dele com agências de ditadura ou tudo que o senhor soube foi através de matérias jornalísticas e o livros escritos?

Testemunha: Sim, eu só soube através de matérias jornalísticas e através desses depoimentos colhidos pelo Marcelo Godoy.

Juízo: O senhor formulou um pedido, para Comissão de Mortos, para localizar os restos mortais da sua irmã?

Testemunha: Não me lembro de ter feito um pedido formal, mas eu estive no encontro nacional oficial, convocado pelo Ministério da Justiça, através da Comissão de Mortos e Desaparecidos.

Juízo: Teve alguma providência que foi adotada? Teve alguma resposta por parte do Estado...? Por meio da Comissão?

Testemunha: Não, até hoje não recebi, de nenhum órgão público, de nenhuma comissão a respeito da localização dos despojos da minha irmã e do meu cunhado.

À Comissão Nacional da Verdade, o ex-sargento do DOI-CODI de São Paulo, *Marival Chaves Dias do Canto*, ouvido em diversas oportunidades, declarou que *Ana Rosa Kucinski* e *Wilson Silva* foram delatados por um agente infiltrado no âmbito da ALN e, após serem capturados, foram levados à Casa da Morte, em Petrópolis/RJ, pelo coronel do Exército Freddie Perdigão Pereira.

Sob o crivo do contraditório, *Marival Chaves Dias do Canto* rememorou tais declarações:

[evento 244, VÍDEO16, 2min14seg] **Testemunha:** Entre 73 e 75 eu era segundo sargento do Exército. (...) Eu era lotado no DOI-Codi do II Exército e minha função era analista. Eu fazia análise de documentos produzia relatórios períodos de informação e assim por diante (...)

Ministério Público Federal: Seria no DOI-Codi de São Paulo?

Testemunha: Perfeitamente (...) Os dados eram referentes à operações correntes. O analista extrai subsídios que possam servir ou municiar, ou alimentar operações em curso. Era essa a minha atividade.

Ministério Público Federal: O senhor prestou depoimentos à Comissão da Verdade em 2014 e o Sr. mencionou a existência de um esquema de transferência de presos entre Estados e o seu encaminhamento para locais clandestinos de repressão. E foi citada a Casa da Morte, aqui no Estado do Rio. O Senhor Claudio Guerra é acusado de fazer o recolhimento, o transporte e o auxílio na incineração de 12 corpos, entre 1973 e 1975, e algumas dessas pessoas que foram recolhidas, transportadas e incineradas foram citadas pelo Senhor nesse depoimento prestado na Comissão. (...) A imputação é de que ele ia até a Casa da Morte, em Petrópolis, recolhia os corpos e fazia a incineração na Usina Cambahyba, em Campos dos Goytacazes. O outro local onde eram recolhidos seria na Barão de Mesquita, na Tijuca, no Município do Rio de Janeiro. (...) Como funcionava esse esquema de transferência?

Testemunha: As únicas pessoas as quais eu citei que foram transferidas de São Paulo à Casa da Morte, se me lembro bem do depoimento que preste à Comissão da Verdade, à revista Veja e outros órgãos de imprensa aos quais eu me reporte, é um casal que atuava em São Paulo, ele chamava Wilson Silva e ela se chamava Anna Rosa Kucinski, de modo que eu tenho conhecimento que esse casal foi preso em São Paulo e levado para a Casa da Morte por um motorista e um Oficial do Exército chamado Freddie Perdigão Pereira. Se da Casa da Morte o casal foi encaminhado para Usina Cambahyba, ou 'a', 'b' ou 'c', aí eu não sei. A bem da verdade, quero esclarecer o seguinte, eu nunca tinha ouvido falar de Claudio Guerra. (...)

[evento 244, VÍDEO16, 15min44seg] **Ministério Público Federal:** E quando havia a transferência para essa unidade era para fazer o desaparecimento, qual era a finalidade específica?

Testemunha: Por suposição, eu nunca posso afirmar que eles eram pessoas marcadas para morrer... Eu suponho, porque eles eram um casal de nível altíssimo, eram dirigentes nacionais da organização. (...)

[evento 244, VÍDEO17, 00min25seg] **Ministério Público Federal:** O senhor tem conhecimento se os corpos já saíram de São Paulo ou ainda estavam vivos?

Testemunha: Não tenho conhecimento. (...)

[evento 244, VÍDEO17, 03min30seg] **Ministério Público Federal:** Nesses relatórios, quais os tipos de dados que se trazia a respeito desses casos e dessas prisões, além da transferência?

Testemunha: Se foi preso, se foi encaminhado para cárcere privado e depois torturado e morto, isso não constava em relatório. Quer dizer, meu conhecimento cessou no instante em que o casal é preso no Vale do Anhangabaú e foi encaminhado até a Casa da Morte. ()

Tais relatos encontram amparo nas declarações do acusado, o qual, por diversas vezes, enfatizou a sua atuação como agente clandestino da repressão subordinado ao coronel

Freddie Perdigão Pereira, incumbido de ocultar os corpos das vítimas e assim assegurar o silêncio sobre as graves violações sucedidas.

Em seus depoimentos, **Cláudio Antônio Guerra** confessou os fatos, expondo que teria efetuado o transporte e a ocultação dos cadáveres no primeiro semestre do ano de 1974 [evento 1, VÍDEO36, 06min15seg]. Confira-se:

Procurador da República: Voltando nesse caso da Ana Rosa Kusciski e do Wilson, esses corpos que o Sr. levava do Rio para Campos, eram postos no porta-malas, é isso? Em sacos...

Acusado: Sim.

Procurador da República: Então aí, em relação ao caso da Ana Rosa, em primeiro lugar, em que momento o Sr. viu que eles estavam muito machucados? Na Barão de Mesquita ou na Usina?

Acusado: Usina.

Procurador da República: Quando o carro pegou fogo..

Acusado: Foi a parte da frente.

Procurador da República: Os corpos foram preservados é isso? Estavam no porta-malas..

Acusado: Sim..

Procurador da República: Esses corpos que o Sr. pegava vinham vestidos ou nus?

Acusado: A maioria seminus... Cueca, bermuda, calção...

[evento 1, VÍDEO28, 05min10seg] **Procurador da República:** Os cadáveres, ao exame ocular, havia sugestão de abuso sexual?

Acusado: A Ana eu acredito que sim, porque ela estava com mordidas no pescoço. Uma pessoa poderia perguntar, mas não era mordida de cachorro, e eu digo não, de boca de homem... Então eu acredito que ela foi abusada sexualmente, p or causa das mordidas, justamente no mamilo e no pescoço. E hoje eu sei, o esposo dela estava com as genitais todas sangrando. Eles cortaram. Estava cheio de sangue. (...) Esses marcaram mais porque eu vi com mais detalhes. Esse me marcou mais. Foi em 74. A data não lembro. O sangue estava seco, geralmente (...)

Vale, no ponto, conferir também trecho de seu depoimento, prestado à Comissão Nacional da Verdade:

Eu me lembro muito bem do casal, Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva e Wilson Silva, por conta de um incidente no caminho entre a rua Barão de Mesquita e a usina. **Eu e o sargento Levy, do DOI, fomos levar seus corpos. Os dois estavam completamente nus. A mulher apresentava muitas marcas de mordida no corpo, talvez por ter sido violentada sexualmente. O jovem não tinha as unhas da mão direita. Tudo levava a crer que tinham sido torturados.** Não havia perfuração de bala neles. Quem morre de tiro não sofre. Morte por tortura é muito mais desumano. Eu não prestava muita atenção nos cadáveres que transportava. Até porque eles nos eram entregues dentro de um saco. O problema é que, quando estávamos indo do Rio em direção a Campos, já quase chegando lá, bem naquela reta da estrada, o Chevette que via-

jávamos simplesmente pegou fogo. Os corpos do casal não tinham sido afetados pelo incêndio do carro. O que fizemos? Simplesmente saímos do veículo. Naquela época não havia celular, era tudo mais difícil. O sargento Levy pegou carona até um telefone público, ligou para a usina [Usina Cambahyba] e eles vieram nos resgatar na estrada (evento 1, ANEXO61, pp. 328).

Impera relevar que o episódio envolvendo o incêndio do veículo Chevette foi citado em diversas outras oportunidades pelo acusado, em idênticos moldes, assim como as minúcias a envolverem o óbito e a desapareição do casal, cujos restos mortais, ainda hoje, não foram localizados.

Nesse enredo, conclui-se haver prova substantiva, para além de dúvida razoável, quanto à ocultação dos cadáveres de *Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva* e *Wilson Silva*, promovida por **Cláudio Antonio Guerra**.

(ii) *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira e Eduardo Collier Filho*

Unidos por uma amizade iniciada na infância, pela militância política e pela integração à Ação Popular Marxista Leninista (APML), *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira* e *Eduardo Collier Filho* foram capturados juntos no **dia 23 de fevereiro de 1974**, na residência deste último, em Copacabana, na cidade do Rio de Janeiro (RJ), conforme dados substanciados no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (evento 1, ANEXO61, pp. 274/286).

Diversas figuras públicas e os organismos foram acionados por familiares de ambos os desaparecidos no interesse do esclarecimento da desapareição, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Anistia Internacional e o Tribunal Bertrand Russell. O Estado Brasileiro se circunscreveu a declarar, em 1975, que ambos se encontravam foragidos e na clandestinidade e, 1993, admitiu, por meio do Relatório da Marinha, que *Eduardo Collier Filho* haveria desaparecido em fevereiro de 1974 e que *Fernando Augusto de Santa Cruz* havia sido preso na data supracitada.

Em 07 de fevereiro de 2014 o ex-sargento do Exército *Marival Chaves Dias do Canto* expôs à Comissão Nacional da Verdade a existência de um “*esquema de transferência de presos entre estados e seu encaminhamento para locais clandestinos da repressão, como a Casa da Morte*”. Naquele contexto, acresceu que “*Eduardo Collier Filho e Fernando Santa Cruz teriam sido vítimas dessa operação*”.

Em depoimento prestado à Comissão Nacional da Verdade, o réu voluntariamente expôs se recordar de haver transportado os cadáveres de ambos até a Usina Cambahyba. Na ocasião, reconheceu formalmente uma foto de *Eduardo Collier*.

Sob o crivo do contraditório, a testemunha *Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky* frisou os esforços empreendidos por sua família, ao longo de cinco décadas, no interesse do descortino do paradeiro e da localização do restos mortais de *Fernando Augusto de Santa Cruz*, seu genitor. Acerca do relato de **Cláudio Antonio Guerra**, assim declarou:

[evento 266, VÍDEO4, 02min] **Defesa:** Se eu não estiver enganado, o Sr. Cláudio Guerra participou também da Comissão da Verdade Estadual em Pernambuco. É a primeira pergunta que eu lhe faço. Confere ou não?

Testemunha: Que eu saiba sim, (...) Bem, que eu saiba houve um depoimento, não conheço o teor do depoimento, mas houve um depoimento do Senhor Cláudio Antonio Guerra lá.

Defesa: Antes desse depoimento, do livro, e do depoimento na Comissão da Verdade em âmbito federal, o Sr. ou alguém da sua família tinha alguma notícia do que de fato teria ocorrido com o seu genitor?

Testemunha: Tínhamos indícios né, Dr. Caio, mas não tínhamos dados mais concretos. Sem dúvida nenhuma, o depoimento do Sr. Cláudio Antonio Guerra, dos que eu conheço – já ouvi outras versões, já ouvi questões ditas, digamos assim, nos bastidores, no pé de ouvido –, mas publicamente é o primeiro depoimento com maior grau de esclarecimento que eu conheço e que minha família tem notícia.

Defesa: Quando você fala que surgiram outras versões, o Sr. fala de versões antagônicas a essa que ele apresentou ou versões que desaguavam...?

Testemunha: Não. Versões, é, de indícios, desconfiâncias de que ele estaria – porque o Dr. Cláudio fala que ele foi preso na Casa da Morte e de lá os corpos foram incinerados em Campos... Há outras pessoas que defendem a presença do meu pai em outros cenários, outro locais, seja no DOI-CODI em São Paulo, e há uma versão que saiu na imprensa há pouco tempo – que eu acho absolutamente despropositada – de que meu pai teria sido levado ao Araguaia e lá teria sido executado. Sem dúvida nenhuma, a primeira versão com maior grau de detalhes é a do Sr. Cláudio Antonio Guerra.

Consoante se denota, os corpos de *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira* e *Eduardo Collier Filho* encontram-se dentre aqueles que motivaram o estratagema encabeçado pelo acusado e pelos generais para aniquilar vestígios da violência perpetrada contra os dissidentes políticos durante a era ditatorial brasileira, tendo sido reconhecidos pelo réu como vítimas da referida ação delituosa.

Gize-se que ambos haviam sido então detidos na cidade do Rio de Janeiro e, segundo *Marival Chaves Dias do Canto*, encaminhados à Casa da Morte, local onde seus corpos teriam sido recolhidos, conforme se deduz, ainda, das declarações prestadas pelo réu à Comissão Estadual da Memória e Verdade Dom Hélder Câmara, de Pernambuco, em 21/01/2013 (evento 1, ANEXO61, p. 279).

Nessa esteira, malgrado não se olvide da existência de outra versão sobre a desapareição – segundo a qual ambos teriam sido encaminhados ao DOI-CODI em São Paulo e sepul-

tados como indigentes no Cemitério Dom Bosco, em Perus –, os elementos probatórios afiguram-se coesos e substantivos no sentido de que os cadáveres foram, de fato, encaminhados à Usina Cambahyba, para ali serem ocultados.

Por consectário, há de se reconhecer o envolvimento de **Cláudio Antonio Guerra** na ocultação dos cadáveres de *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira* e *Eduardo Collier Filho*.

(iii) *David Capistrano da Costa* e *José Roman*

A teor da prova documental produzida, em **março de 1974** *David Capistrano da Costa* e *José Roman* foram capturados pelas forças de repressão durante o trajeto realizado entre as fronteiras brasileiras até o Rio de Janeiro, dado o reingresso do primeiro, que se encontrava na Argentina, ao Brasil (evento 1, ANEXO61, pp. 295/304).

David Capistrano da Costa havia integrado o Exército Brasileiro e participado do levante comunista de 1935, liderado por Luís Carlos Prestes. Cumpriu pena e partiu rumo à Europa, onde participou das lutas republicanas na Guerra Civil Espanhola e da resistência francesa contra os nazistas, em 1938. Ao retornar ao Brasil, foi preso em diversas ocasiões por sua militância comunista, exercida especialmente como editor jornalístico. Com o golpe militar, seus direitos políticos foram cassados e ele deixou o país, a ele retornando na oportunidade em que veio a ser preso.

José Roman, por sua vez, na condição de também integrante do Partido Comunista Brasileiro (PCB), foi responsável pelo transporte de *David Capistrano* entre Uruguaiana/RS e São Paulo/SP.

O reconhecimento da morte e desaparecimento, por razões políticas, sobreveio inicialmente com a inserção do nome de *David Capistrano* dentre militantes subversivos em relatório produzido pelo Centro de Informações do Exército (CIE), do Ministério do Exército.

Na década de 90, a partir de declarações do ex-sargento lotado no DOI-CODI de São Paulo, *Marival Dias Chaves*, a jornais, descortinou-se que *David Capistrano* teria sido preso e levado até a Casa da Morte de Petrópolis, onde foi torturado e assassinado. Em depoimento à CNV em 7 de fevereiro de 2014, minudenciou o referido depoente:

David Capistrano foi preso por uma operação desenvolvida pelo CIE que envolveu infiltrados no eixo [...] fronteira do Brasil com Argentina e em São Paulo. Por que eu sei? Porque Capistrano pernitoou no DOI enquanto a equipe chefiada pelo José Brant foi para o hotel. Os dois presos, ele e José Roman dormiram no DOI. E coincidentemente eu estava chegando para trabalhar lá às oito horas da manhã e vi dois presos entrando no porta-malas de uma Veraneio. E quem estava lá? Rubens Gomes Carneiro,

o senhor José Brant Teixeira e mais o senhor cabo Félix Freire Dias. Então eram três pessoas do CIE. De repente, aparece para mim depois o David Capistrano e o José Roman como pessoas desaparecidas. Ora! Eles dormiram no DOI.

Durante a instrução processual, a referida testemunha assim expôs sobre os fatos em tela:

[evento 244, VÍDEO17, 06min02seg] **Ministério Público Federal:** Eu perguntei à testemunha, Sr. Marival, em relação a um trecho de um depoimento que ele prestou à CNV em que ele teria dito que José Roman e David Capistrano foram presos em operação do CIE por equipe chefiada por José Brant Teixeira e levados ao DOI, onde passaram a noite. Se a testemunha confirma essa afirmação e se poderia detalhar melhor.

Testemunha: O que eu sei a respeito dessa operação realizada pelo CIE e conduzida pelo José Brant é que José Roman e David Capistrano foram presos no Brasil ingressando no Brasil pela fronteira. (...) Eu sei que estavam fora, no exterior, regressando ao Brasil. (...) Nesse sentido, eles foram presos e foram encaminhados, passaram pelo DOI do II Exército, pernотaram lá e no dia seguinte viajaram (...) Numa viagem descaracterizada e seguiram para o Rio de Janeiro. Aí depois, a história comenta que eles desapareceram na Casa da Morte. (...) Lá foram mortos. (...) Tenho conhecimento de que foram mortos na Casa da Morte. Tem um indivíduo que era mão-de-obra não especializada que trabalhou por muito tempo na Casa da Morte e ele me confidenciou esses dados. Esse indivíduo era do CIE, tive a oportunidade de trabalhar junto com ele, nós viajavamos juntos... (...) Por isso eu tomei conhecimento. (...) Além do que o seguinte, David Capistrano e José Roman eram do PCB, e existia na naquela época uma política de Estado de que os militantes da cúpula do PCB deveriam morrer. Eles já haviam sido presos no passado, em 35 durante a Intentona, e as prisões não foram suficientes para mudar o rumo dos acontecimentos (...)

[13min05seg] **Ministério Público Federal:** Havia algum direcionamento por parte da direção, dos superiores hierárquicos, no sentido de não deixar os restos mortais da Casa da Morte em Petrópolis ou do outro centro na Barão de Mesquita (...) alguma determinação (...) para sumir com os restos mortais?

Testemunha: A julgar pelo que acontecia em São Paulo, (...) eu acredito que era uma preocupação (...) Tanto foi preocupante a ocultação dos cadáveres que até hoje eles estão em lugares incertos e não sabidos, dado o cuidado que se teve em relação a isso. (...)

Ajunte-se ainda que, segundo as informações consubstanciadas no relatório da Comissão Nacional da Verdade, o médico *Amílcar Lobo* teria declarado haver atendido diversos presos na Casa da Morte, em Petrópolis, encontrando-se *David Capistrano* entre eles. À filha da vítima, teria dito que seu pai fora morto e torturado no local.

Sob o episódio, assim depôs em juízo a filha de *David Capistrano*, a testemunha *Maria Cristina Capistrano*:

Ministério Público Federal: Vou fazer algumas perguntas a respeito do seu pai, o senhor *David Capistrano da Costa*. A senhora se recorda da circunstância desaparecimento do Senhor *David Capistrano*, em 1994?

Testemunha: Meu pai voltou para o Brasil, entrou pela fronteira do Brasil com Argentina, por Uruguaiana, em março de 1974. O que nós sabemos sobre isso foi a partir depoimento do senhor Samuel, e esse depoimento foi dado em 75, onde ele conta que atravessou o meu pai para o Brasil nessa fronteira. Ele conta isso depois que ele foi preso e que meu pai teria sido levado, juntamente com outro também considerado desaparecido, que é o José Roman. E ele também foi levado para São Paulo, para ser entregue como inimigo daquele regime que nós sabemos que era a ditadura militar. A partir daí, nós sabíamos que meu pai chegaria em março de 1974 no Brasil e (...) ele não chegou, então nós concluímos que alguma coisa teria ocorrido nesse trajeto (...)

Ele foi preso em Uruguaiana (...) e os dois desapareceram, tudo isso que eu tô falando foi bem esclarecida nesse depoimento, do Samuel Dib, que foi dado em março de 75. A partir daí, nós passamos a procurar o meu pai de todas as formas. Naquela época da ditadura militar era feita através de habeas corpus, mas a prisão do meu pai foi sempre negada; os órgãos de repressão nunca admitiram a prisão do meu pai. Então, em 78, mais uma vez foi negada a prisão dele e depois pelos órgãos militares. Depois disseram que teria sido preso, mas teria sido solto, sem dizer nem onde teria sido preso, nem porquê, nem coisa nenhuma, e também nem onde teria sido solto. (...)

Posteriormente, já em 87, (...) saiu na revista IstoÉ que o senhor Amílcar Lobo, que era o médico, teria visto meu pai na "Casa da Morte", na chamada "Casa da Morte", em Petrópolis. E ele disse que meu pai foi torturado e em função das torturas faleceu na Casa da Morte. (...) Quando soubemos da publicação desse livro, da autora Taís Morais, cujo título é "Sem vestígios", ela conta que (...) meu pai foi torturado, morto na casa da Morte, esquartejado e levado embora. (...) Posteriormente, o Sr. Cláudio Guerra confessou que levou pessoas até uma usina de Campos para que fossem incineradas (...)

No Relatório Final da CNV, **Cláudio Antônio Guerra** foi arrolado como um dos autores da ocultação dos corpos de *José Roman* e de *David Capistrano da Costa*.

Ouvido pelo Ministério Público Federal, o acusado rememorou que, ao tempo do transporte do corpo de *David Capistrano*, este se encontrava sem um dos braços e que, excepcionalmente, houve menção à militância por ele exercida, reputada de destaque pelas forças de repressão. Confira-se:

[evento 1, VÍDEO28, 04min10seg] **Procurador da República:** E o Freddie Perdigão não falava nada assim "ah, esse aqui é um da ALN, esse aqui é um terrorista da VPR, esse aqui morreu porque não falou"... Ele fazia algum comentário assim, sobre qual era o perfil da pessoa?

Acusado: Uma pessoa que ele falou assim "ah esse aqui é um grande", era esse (...) que lutou na França...

Procurador da República: David Capistrano?

Acusado: Isso. Esse ele mencionou "esse aqui é um grandão". Era um cara sem braço... (...)

Defronte a tal enredo probatório, afere-se que **Cláudio Antonio Guerra** de fato promoveu a ocultação dos cadáveres de *José Roman* e de *David Capistrano da Costa*.

(iv) *Joaquim Pires Cerveira* e *João Batista Rita*

A prova documental certifica que *João Batista Rita* e *Joaquim Pires Cerveira* desapareceram em Buenos Aires no **dia 5 de dezembro de 1973**, o qual fora levado a efeito a partir da coordenação de ações repressivas existentes entre Brasil e Argentina para sistematizar a perseguição política aos opositores dos regimes autoritários (evento 1, ANEXO61, pp. 131/145).

João Batista Rita exercia militância política vinculada ao M3G e, após ser mantido preso no período de 1970 a 1971, foi banido e passou a residir no exterior, residindo inicialmente em Santiago, no Chile, e após na cidade de Panamá, na Argentina. A seu turno, *Joaquim Pires Cerveira* era major do Exército e político, cassado e perseguido em virtude da sua integração à Frente de Libertação Nacional (FLN), tendo sido preso durante a ditadura militar e banido do país, o que o levou a se refugiar na Argentina.

Conforme dados consubstanciados no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, e segundo as informações prestadas ao Alto Comissariado da ONU em Buenos Aires, ambos teriam sido transportados até o Brasil, precisamente ao DOI-CODI do I Exército, situado na Rua Barão de Mesquita, bairro Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, onde foram torturados.

Em depoimento prestado à CNV, **Cláudio Antonio Guerra** afirmou que a ação havia sido capitaneada pelo coronel *Sérgio Paranhos Fleury* e que os corpos de *Joaquim Pires Cerveira* e de *João Batista Rita* lhe foram entregues pelo coronel *Freddie Perdigão*, seu superior hierárquico, no Destacamento de Operações de Informações (DOI), à rua Barão de Mesquita, Rio de Janeiro, para incineração na Usina Cambahyba.

Enfatize-se que o envolvimento do coronel *Sérgio Paranhos Fleury*, delatado pelo acusado, encontra amparo nas informações prestadas por *Rossi*, anfitrião das vítimas em Buenos Aires, o qual, ao relatar uma busca empreendida pela Polícia no local no dia subsequente à captura de *João Batista Rita* e *Joaquim Pires Cerveira*, descreveu que o grupo era chefiado por um homem identificado por uma cicatriz na testa (evento 1, ANEXO61, p. 139).

Importa reforçar que, em sede investigativa, o acusado confessou ao Ministério Público Federal ter ocultado os corpos de *João Batista Rita* e *Joaquim Pires Cerveira* (01min05seg; evento 1, VÍDEO25), inexistindo qualquer elemento probatório a contrastar com suas declarações, as quais, consoante observado, harmonizam-se com os dados obtidos pela

Comissão Nacional da Verdade sobre a prisão e desaparecimento dos citados dissidentes políticos.

Por conseguinte, conclui-se, com firmeza, que **Cláudio Antonio Guerra** promoveu a ocultação dos cadáveres de *João Batista Rita* e *Joaquim Pires Cerveira*.

(v) *João Massena Melo* e *Luiz Ignácio Maranhão Filho*

Extraí-se do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade que *João Massena Melo* e *Luiz Ignácio Maranhão Filho* foram capturados em São Paulo no **dia 3 de abril de 1974**, em companhia de *Walter de Souza Ribeiro*, todos ligados ao Partido Comunista Brasileiro (PCB) (evento 1, ANEXO61, pp. 309/317).

Malgrado a prisão de *João Massena* tenha sido negada pelo Estado Brasileiro, em documento emanado do Centro de Informações da Marinha (Cenimar), datado de outubro de 1974, analistas reconheceram a prisão de *Luiz Ignácio Maranhão Filho*, que o acompanhava ao tempo do desaparecimento, e externaram preocupação em relação às denúncias do partido e de familiares.

Acrescente-se que, àquele tempo, *João Massena Melo* já havia experienciado a prisão e tortura, sucedidas no período de 1970 a 1973, quando capturado por agentes da 2ª Auditoria da Marinha. Consta que, naquela ocasião, sua família também foi presa e sua casa saqueada.

Em 30 de abril de 2012, o ex-sargento do Exército *Marival Chaves* (DOI- CODI/SP) declarou que ambos foram detidos e foram levados para a Casa da Morte, ainda vivos, assim como *Ana Rosa Kucinski* e *Wilson Silva*, os quais também figuram como vítimas das ações delitivas praticadas pelo réu e ora sob perseguição. Em relato elaborado e assinado de próprio punho, assim expôs:

“Foi a operação ‘Radar’ quem localizou, prendeu, em São Paulo, e assassinou, em 1974, os indivíduos João Massena Melo e Luis Inácio Maranhão Filho, integrantes do PCB com atuação em SP. [...] João Massena Melo, Luis Inácio Maranhão Filho e Walter de Souza Ribeiro foram presos pelo DOI-CODI II Exército e interrogados em São Paulo. Logo após, foram encaminhados à Casa da Morte, em Petrópolis, onde foram mortos” (evento 1,

ANEXO61, pp. 310).

Cláudio Antonio Guerra, tanto em depoimento à CNV como ao Ministério Público Federal, reconheceu *João Massena Melo* e *Luiz Ignácio Maranhão Filho* como vítimas levadas até Campos dos Goytacazes para aqui serem incineradas.

(vi) *Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto*

Deflui-se da prova documental que o sociólogo e jornalista *Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto* foi capturado por agentes da repressão entre 10h45 e 11h15 do **dia 7 de maio de 1974**, no Leblon, na cidade do Rio de Janeiro, no instante em que se encontraria com outros dois militantes da ALN (Aliança Nacional Libertadora) que intentavam sair do país.

Tal como o seu monitoramento e perseguição, a sua prisão encontra amparo em documentos sigilosos oficiais do Estado, sendo esta última reconhecida no Relatório da Marinha, remetido ao Ministério da Justiça em 1993. Em 1979, o general de Brigada *Adyr Fiúza de Castro*, o qual exercia à época a função de subchefia do Estado-Maior do I Exército, reconheceu a morte da vítima, tendo o ex-médico militar *Amílcar Lobo* afirmado tê-lo visto nas dependências do DOI-CODI do I Exército (evento 1, ANEXO61, pp. 338/342).

Aos Procuradores da República, **Cláudio Antonio Guerra** expôs haver transportado o cadáver do referido opositor político assinado até Campos dos Goytacazes, a fim de que fosse incinerado na Usina. Por curial, confira-se:

[evento 1, VÍDEO36, 03min35seg] **Acusado:** Eu lembro que depois desse caso do Thomaz eu sai do Rio para vir para o Espírito Santo. Eu fiquei uns dias no Espírito Santo, eu continuava Delegado aqui, fazia as coisas lá mas continuava Delegado. Vinha aqui, fazia uma missão, duas, aparecia e voltava outra vez (...)

Procurador da República: O Thomaz o Sr. conduziu para Campos?

Acusado: Sim.

Procurador da República: O Sr. lembra do rosto dele?

Acusado: Lembro. A época coincide com a que eu levei pessoas (...)

[05min45seg] **Procurador da República:** Tanto o Thomaz quanto Armando você pegou no DOI-CODI do Rio de Janeiro e então levou para a Usina?

Acusado: Sim. Para a Usina.

Conjuntamente apreciadas as provas, conclui-se que ser **Cláudio Antonio Guerra** também responsável pela ocultação do corpo de *Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto*.

(vii) *Armando Teixeira Frutuoso*

Segundo dados extraídos do Relatório Final da CNV, *Armando Teixeira Frutuoso*, operário sindicalista filiado ao PCdoB, foi preso por agentes públicos no âmbito da Operação Radar, no momento em que se dirigia para um encontro político, no bairro de Madureira, zona norte da cidade do Rio de Janeiro, em **30 de agosto de 1975** (evento 1, ANEXO61, pp. 457/459).

Após sua captura, foi levado às instalações do DOI-CODI, no quartel do I Exército, na Tijuca, local onde foi submetido a sessões de tortura por dias seguidos. Consoante denunciaram os presos políticos *Gildásio Westin Cosenza* e *Delzir Antônio Mathias* à Auditoria Militar e em cartas encaminhadas ao presidente do Superior Tribunal Militar (STM), *Armando Frutuoso* foi submetido à acareação com ambos e torturado, tanto por meio de agressões como também pela interrupção de acesso à água e à alimentação. Ambos atestaram seu debilitado quadro de saúde decorrente da violência e os seus gritos, até que fosse ele silenciado, definitivamente.

Em juízo, a testemunha *Gildásio Westin Cosenza* se pronunciou nos seguintes termos sobre a prisão e tortura de *Armando Teixeira Frutuoso*:

[evento 244, VÍDEO20, 01min55seg] **Ministério Público Federal:** Você confirma que o senhor Armando Teixeira Frutuoso e o senhor foram presos e torturados?

Testemunha: Confirmo. Fomos torturados juntos no Ministério da Marinha no Rio e no DOI-Codi no Rio de Janeiro. ()

Ministério Público Federal: O Sr. poderia relatar, detalhar o que de fato aconteceu, os locais onde teriam ocorrido as torturas e o período?

Testemunha: Eu fui sequestrado na rua, no Largo do Campinho, no início de setembro de 75, por volta de cinco ou seis horas da tarde. Todos eles sem identificação, sem farda (...). Fui espancado de imediato, colocado deitado no chão do bando traseiro do veículo e levado direto para uma sede do Ministério da Marinha, no Centro do Rio de Janeiro. Eu comecei a ser torturado de imediato lá (...) primeiro na Sede da Marinha, e depois na Barão de Mesquita () onde, inclusive, eu estive lá com a Comissão da Verdade e identificamos a sala onde fomos torturados. () Nesse local, o Armando tinha sido preso no dia

30 de agosto, se não me engano. Ele estava lá () Armando foi torturado até a morte lá na Barão de Mesquita. (...) Eu testemunhei porque nós fomos torturados juntos na mesma sala, ele sendo extremamente torturado porque era um militante extremamente conhecido e eles tinham verdadeiro ódio por ele ()

Ministério Público Federal: Depois você teve algum contato, alguma outra notícia, com o senhor Armando?

Testemunha: Não, eu continuei preso lá. () Eu fiquei lá sendo torturado. Um dos torturadores falou “esse aí – falando do Armando –, *apagou*”, e depois eu não tive mais qualquer notícia ()

Singularmente quanto à destinação do cadáver, no momento em que ouvido no âmbito do procedimento investigativo criminal subjacente a este feito, **Cláudio Antônio Guerra** externou haver reconhecido *Armando Teixeira Frutuoso* como um daqueles que transportara até a Usina Cambahyba com o objetivo de ocultação.

[evento 1, VÍDEO36, 04min45seg] **Procurador:** No site o Sr. fala de mais uma pessoa, Armando Teixeira Frutuoso, junto com Thomaz?

Acusado: Foi no dia que eu estive lá com a Polícia Federal que eu fui lembrar do Armando. E não lembrei do nome, lembrei dessa pessoa e fui olhar as fotografias e cheguei à conclusão que era. O Armando que eu conheci, que eu passei a informação para eles e eles confirmaram, era moreno, com cabelo ondulado, aparentando mais ou menos cinquenta anos...

Procurador da República: Esse o Sr. levou, pegou no DOI-CODI, é isso?

Acusado: (sinalizando positivamente com a cabeça). E levei lá para a Usina.

Procurador da República: Tanto o Thomaz quanto Armando você pegou no DOI-CODI do Rio de Janeiro e então levou para a Usina?

Acusado: Sim. Para a Usina.

Procurador da República: E o Senhor lembra das mesmas circunstâncias... O Senhor se lembra se eles estavam sem as falanges, com as mãos imputadas...?

Acusado: Todos eles estavam muito torturados...

Consigne-se que o réu reconheceu ter sido tal vítima a última a ser por ele transportada e incinerada em Campos dos Goytacazes, fato este ocorrido no segundo semestre do ano de 1975.

Conforme se denota, há prova para além de qualquer dúvida razoável no sentido de que *Armando Teixeira Frutuoso*, preso, torturado e executado pelo regime ditatorial, foi transportado após a sua morte até a Usina Cambahyba, local em que seu corpo foi submetido.

Logo, importa reconhecer a responsabilidade de **Cláudio Antonio Guerra** pela ocultação do corpo de *Armando Teixeira Frutuoso*.

I.II.III. Da caracterização da figura delitiva: ação típica, ilícita e culpável Consoante amplamente evidenciado, não há dúvida da *realização do tipo*.

Vale pontuar que o **artigo 211 do Código Penal** incrimina as ações de *destruir (destroçar, fazer desaparecer)*, *subtrair* (retirar do local em que se encontra) ou *ocultar* (esconder) cadáver ou parte dele. Cuida-se de *tipo autônomo/misto alternativo*, que apresenta como bem jurídico protegido o *sentimento de respeito à memória das pessoas falecidas*.

Segundo *Luís Regis Prado*, "*trata-se de delito comum, doloso, de resultado, instantâneo ou permanente (na modalidade de ocultar)*", cujo momento consumativo, em se cuidando de ocultação, "*realiza-se com o desaparecimento (ainda que temporário) do cadáver ou parte dele*" (Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, volume 2 – 3. ed., pp. 911/912).

Singularmente quanto à *realização do tipo subjetivo*, verifica-se que esta emana da consciência e vontade do acusado de *destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele*. Gize-se que, conforme o retrocitado autor, “o tipo subjetivo é constituído pelo dolo, ou seja, a vontade e a consciência de destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele, independentemente do fim colimado pelo agente (v.g., necrofilia ou eliminação de vestígios de crimes)”.

Cotejadas tais diretrizes e o arcabouço de provas, conclui-se pela reunião dos elementos do tipo de injusto, haja vista que **Cláudio Antônio Guerra**, dolosamente, promoveu a ocultação de 12 (doze) cadáveres, ainda hoje não localizados.

Vale frisar, frente às arguições defensivas, que o arcabouço documental produzido infirma as razões postas no arquivamento de investigações então empreendidas pelo Ministério Público Estadual que tangenciam os episódios em tela. Naquele âmbito, procedimento investigatório foi instaurado a partir de *notitia criminis* apresentada por *Jorge Augusto Lysandro de Albernaz Gomes*, testemunha ouvida nestes autos, em face das declarações de **Cláudio Antônio Guerra** ilustradas nas páginas da obra “*Memórias de uma Guerra Suja*”, sendo então sumariamente arquivado, no ano de 2012, por autoridade incompetente (evento 250, ANEXO4 a 7).

Nessa medida, não influem na presente persecução penal, estabelecida pelas autoridades constitucionalmente competentes e a partir do aprofundamento das investigações, mormente à vista de elementos informativos supervenientes consubstanciados nas declarações do acusado prestadas às autoridades públicas.

Imperativo ainda registrar, à luz do enredo revelado, que o caráter duradouro das infrações perpetradas – as quais se estenderam desde os marcos temporais retrocitados até os dias que correm –, enseja reflexos correspondentes na aplicação da legislação penal, atraindo a aplicação de todo o complexo normativo cuja vigência seja anterior à cessação da permanência (Nesse sentido: verbete sumular nº 711 do STF).

No que concerne aos demais elementos do delito, vislumbra-se que, em alegações finais, invocou a defesa a incidência da excludente corporificada na obediência hierárquica, ou, pelas mesmas razões, a excludente de ilicitude consistente no cumprimento de dever legal, nos termos dos arts. 22, *caput*, e 23, inciso III, ambos do Código Penal.

Expôs, nesse particular, que **Cláudio Guerra** teria atuado em contexto de uma verdadeira guerra, “na condição de ‘soldado’ do Estado Brasileiro, sem poder de decisão, sempre cumprindo ordens de seus superiores hierárquicos”, enredo tal a ilustrar a inviabilidade de que agisse ele de forma diversa, senão em obediência hierárquica e em cumprimento de seus deveres legais.

Aludida tese, porém, não pode prosperar.

A **obediência hierárquica** dá-se quando um agente público venha a praticar uma infração penal em irrestrito cumprimento a ordem de seu superior, quando *não seja ela manifestamente ilegal* ou *não lhe seja dado conhecer a ilegalidade*, hipótese em que não será o agente culpável, por lhe ser inexigível a adoção de conduta diversa.

Pressuposto da referida causa de inculpabilidade, plasmada no art. 22 do Código Penal, é o *caráter não manifestamente ilegal da ordem*. Assim, na síntese de Luiz Regis Prado, “*se a ordem é manifestamente ilegal, incumbe ao subordinado o dever de não a cumprir. Caso contrário, responde pelo ilícito em coautoria com o superior de quem emanou a ordem*” (Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP, volume 1 – 3. ed., p. 1.033).

Lado outro, o **estrito cumprimento do dever legal** se caracteriza quando o agente “*cumpre exatamente o determinado pelo ordenamento jurídico, realizando, assim, uma conduta lícita (“juris, executio non habet injuriam”)*”. Coexistindo uma norma permissiva e uma norma proibitiva de determinado comportamento, não pode ele ser timbrado como antijurídico (*ibid*, p. 967).

As referida excludentes dialogam com a ideia de *autoria mediata*, a incidir nas hipóteses em que o agente é obrigado a agir por ordem e/ou coação exercida por seu superior, suprimindo a ideia de liberdade de agir, ínsita e imprescindível à responsabilização de um indivíduo.

Entretanto, do arcabouço de provas supra minudenciado se infere, em realidade, que o acusado não figurou como *mero executor* de plano orquestrado por seus superiores – isto é, um *instrumento fungível* – e tampouco agiu em *irrestrita obediência a ordens legais* ou em *cumprimento de seus deveres*.

Em realidade, **Cláudio Guerra**, como agente do próprio Estado, planejou, organizou, conduziu e executou as ações delitivas, inclusive cooptando terceiros para concretizar sua estratégia, o que denota, assim, que integrava ele níveis superiores no âmbito da organização, a atrair mais elevado grau de responsabilização (*AMBOS, Kai. Op. cit.*, 265).

Na seara internacional, a excludente em tela foi inicialmente examinada e rejeitada pelos Tribunais de Nuremberg e Tóquio frente às alegações daqueles submetidos a julgamento por terem participado dos crimes perpetrados, sendo a partir de notabilizada então como inconcebível pelo Direito Internacional Penal. Em especial, foi também suscitada por *Adolf Eichmann* perante a Corte Distrital de Jerusalém, ao tempo de seu julgamento na participação da ‘solução final dos judeus’ (ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999).

Assim, e em consonância com as previsões contidas nos Estatutos dos citados Tribunais Internacionais (artigos 8º e 6º, respectivamente), estabeleceu-se dentre os **Princípios de Nuremberg**, de 1950, que “*o fato de uma pessoa ter atuado sob a obediência de ordem de seu Governo ou de um superior não o exime de responsabilidade perante o direito internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse de fato possível*” (**Princípio IV**, Comissão de Direito Internacional da ONU).

Análoga previsão é encontrada no artigo 6º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, expressa na Resolução da ONU nº 47/133, de 1992, bem como no art. 8º da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, segundo a qual “***não se admitirá como causa dirimente a obediência devida a ordens ou instruções superiores que disponham, autorizem ou incentivem o desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tais ordens tem o direito e o dever de não obedecê-las***” (g.n.).

Por sua vez, em seu art. 33, o Estatuto de Roma assim dispõe sobre *decisões hierárquicas e disposições legais*:

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, **não será isento de responsabilidade criminal**, a menos que:

- a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;
- b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
- c) a decisão não fosse manifestamente ilegal.

2. Para os efeitos do presente artigo, **qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal**.

Na disciplina jurídica, pois, não se concebe a aventada excludente quando em perspectiva condutas atentatórias ao próprio “*status humano*”, em relação aos quais a ilegalidade é manifesta. Comunga solidamente da referida compreensão, ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem

“*são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*” (Caso Barrios Alto versus Peru, 2001; Caso La Cantuta versus Peru, 2006; Caso Massacre de Las Dos Erres versus Guatemala, 2009; Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, 2010).

Na espécie, com consciência e vontade, perpetrou o acusado crimes contra a humanidade, realizando a figura típica delineada no art. 211 do Código Penal para assegurar a concretização e o triunfo de uma política estatal de perseguição e de ataque a dissidentes políticos do regime de exceção. Logo, não lhe são extensíveis as excludentes invocadas pela defesa técnica, as quais pressupõem, irremediavelmente, a aparente licitude da ação desenvolvida ou, ao menos, a ignorância acerca da falta dela.

Calha, pois, a lição de *Luiz Regis Prado*, a estatuir que, “*ainda que o sujeito cumpra um dever de categoria superior ou igual, sua conduta será ilícita sempre que importar um grave atentado à dignidade do ser humano*”(Tratado de Direito Penal: parte geral – arts. 1º a 120 do CP, volume 1 – 3. ed., p. 968).

O caso traduz, em realidade, lídima hipótese de *coautoria*, sob a insígnia do **domínio funcional do fato**, aqui expresso na existência de um plano comum e na divisão funcional de ações entre o réu e os demais envolvidos, as quais contribuíram e foram essencialmente necessárias para a prática do delito.

Nesse particular, a disciplinar a coautoria, *Kai Ambos* preconiza que a ação praticada deve ser essencial e indispensável à obtenção do resultado (*op. cit.*, p. 217). Referidas premissas se perfazem na espécie, haja vista que **Claudio Antonio Guerra** figurou como um dos orquestradores e principal executor da estratégia de ocultação dos corpos das vítimas, nos termos supra minudenciados.

Nesse íterim, é categórico rejeitar a tese, veiculada nas alegações finais ofertadas pela defesa, no sentido de refletir esta perseguição penal a “*sede de vingança*” decorrente do triunfo do Estado Brasileiro, à época, frente a “*uma ameaça real e extremamente perigosa para a democracia*”, expressa na “*ameaça comunista*” (evento 274, p. 11).

Cuida-se, estritamente, de fazer valer o compromisso assumido pela ordem estatal brasileira em, de forma indeclinável e incondicional, tutelar a dignidade de todo e qualquer ser humano. Bastante é a reflexão de *Hannah Arendt*:

(...) a acusação deu substância ao argumento principal do julgamento: que ele fora instaurado não a fim de satisfazer as exigências da justiça, mas para aplacar o desejo e talvez o direito de vingança das vítimas. Os processos criminais, uma vez que são obrigatórios e devem ser iniciados mesmo que a vítima prefira perdoar e esquecer, repousam em leis cuja ‘essência’ (...) é que ‘**o crime não é cometido só contra a vítima, mas primordialmente contra a comunidade cuja lei é violada**’. (...) **A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente; é o corpo político em si que exige ‘compensação’, e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem que ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, e não a vítima, que deve prevalecer**” (*op. cit.*, p. 283)

Evidenciado, de modo inequívoco, não ter agido o réu sob o pálio das excludentes suscitadas, conclui-se ter ele praticado *fato típico*, *ilícito* e *culpável*, a atrair, inelutavelmente, a responsabilização criminal.

I.II.IV. Do concurso de crimes

Por construção legal pautada em razões de política criminal, caso o agente pratique dois ou mais crimes da mesma espécie em idênticas condições de local, tempo e modo de execução, terá lugar a figura da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

Como se sabe, a partir do paradigma *objetivo-subjetivo* adotado pelo e. **Superior Tribunal de Justiça**, a caracterização desta unidade delitiva demanda a identidade de circunstâncias objetivas, expressas na pluralidade de crimes de *mesma espécie* em *mesmas condições de tempo, modo e lugar*, e da unidade de propósito ou desígnio (Enunciado nº 1, Crime Continuado I, Edição 17, Jurisprudência em Teses).

Consoante a instrução processual pôde revelar, **Claudio Antonio Guerra** ocultou os cadáveres de 12 (doze) pessoas, mediante pluralidade de condutas, sucedidas em 07 (sete) episódios no período de dezembro de 1973 a agosto de 1975.

Comprovou-se, nesse sentido, a ocultação de corpos nas datas de **5 de dezembro de 1973, 23 de fevereiro de 1974, março de 1974, 3 de abril de 1974, 22 de abril de 1974, 7 de maio de 1974 e 30 de agosto de 1975**, em condutas perpetradas mediante o mesmo *modus operandi*, a envolver, vale dizer, o transporte dos cadáveres até Campos dos Goytacazes e a sua incineração nos fornos de uma usina de cana-de-açúcar.

É imperioso observar que **Claudio Antonio Guerra** atuou no âmbito, em cumprimento a uma política de Estado, tendo, em um exíguo período de 06 (seis) meses, ocultado 11 (onze) corpos, e promovido, *mais de um ano depois*, a ocultação de um décimo segundo cadáver. Em tal mister, afigurava-se irrelevante conhecer as vítimas cujos corpos seriam transportados e incinerados, vez que o propósito do acusado era, basicamente, executar as ordens advindas da cúpula governamental e fazer prevalecer a ideologia totalitária, fossem quem fossem os ofendidos.

Nesse particular, como por ele próprio narrado, a ocultação dos corpos dos dissidentes políticos vitimados foi proposta e levada a efeito com o fito de eliminar os rastros da violência perpetrada por um Estado de exceção, integrando, por isso mesmo, um programa tracejado por agentes públicos para o qual não importavam o número de ações praticadas ou de corpos ocultados.

Tal enredo corporifica, deveras, o denominado *dolo unitário* ou *de continuação*, o qual, na expressão de *Juarez Cirino dos Santos*, “é determinado pela própria natureza do crime continuado: a relação de continuação só pode existir no contexto de um programa ou projeto de realizar determinadas ações típicas em condições comuns de tempo, lugar, modo de execução etc.” (*op. cit.*, pp. 419/420).

Por isso mesmo, não há espaço para a aplicação do almejado *concurso material* proposto na denúncia (art. 69, CP).

Outrossim, a pluralidade de condutas repele a regra do concurso formal pretendido pela defesa técnica, o qual pressupõe a unicidade da ação. Portanto, em relação a cada cadáver há de se reconhecer a consumação do crime previsto no art. 211 do Código Penal, ainda que por ações ocorridas numa mesma data.

Vale frisar que o crime em perspectiva tem como bem jurídico o *sentimento de respeito à memória das pessoas falecidas*, sendo o seu objeto o *cadáver*, donde se deflui que as práticas criminosas não se perfizeram mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

A conjuntura traduz, portanto, a aplicabilidade da regra plasmada no art. 71, *caput*, do Código Penal quanto às infrações perpetradas em relação a cada uma das vítimas, à exceção da última delas, vez que temporalmente distanciada das demais, em relação a qual incidirá a regra do cúmulo material (art. 69, CP).

Assim a se considerar que, conforme consolidado entendimento da Corte Superior, a continuidade delitiva, em regra, não pode ser reconhecida quando em perspectiva delitos praticados em período superior a 30 (trinta) dias (Enunciado nº 2, Crime Continuado I, Edição 17, Jurisprudência em Teses).

Gize-se, por curial, que não cabe afastar o concurso de crimes, como propõe a defesa técnica em sede de memoriais, a pretexto de omissão do *Parquet* a esse respeito, seja porque a inicial acusatória o narra e o congrega expressamente, seja por cumprir ao magistrado conferir a adequada qualificação jurídica aos fatos forjados na imputação (art. 383, CPP).

Por sua vez, o aumento dar-se-á segundo as diretrizes estabelecidas pelo e. **Superior Tribunal de Justiça**, para quem, “em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações” (*g.n.*, AgRg no HC n. 737.897/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe 11/11/2022).

I.II.V. Das circunstâncias das infrações

Almeja o Ministério Público Federal o reconhecimento das circunstâncias agravantes estatuídas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal, as quais, vale frisar, encontram correspondência no artigo 44, inciso II, alíneas “a”, “b” e “h”, do Código Penal, conforme redação vigente ao tempo do início das ações delitivas.

Singularmente quanto ao *motivo fútil ou torpe*, tem-se que o cenário revela a sua caracterização, sendo irrecusável reconhecer que as ações delitivas, porque motivadas por *perseguição político-ideológica*, denotam especial repulsividade.

Correspondendo o motivo de um crime ao “*complexo psíquico representativo que torna ativa a vontade*”, certo é que, caso esta última se ampare em fazer prevalecer uma ideologia acima do valor da *pessoa humana* – fim primeiro e último do Estado –, especialmente reprovável será a ação dela resultante, a justificar a exasperação pautada no art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal.

Por sua vez, importa reconhecer que o acusado efetivamente praticou as infrações criminais *para facilitar ou assegurar a ocultação e a impunidade de outros crimes*, haja vista que, consoante revelam as provas, a ocultação dos cadáveres corporificou estratégia tencionada a apagar os vestígios dos crimes cometidos pelos agentes militares (v.g., estupros, torturas, sequestros) e assim fazer grassar a *impunidade*.

Por consectário, há de se reconhecer a incidência dos efeitos do art. 61, inciso II, alínea “b”, do Código Penal.

Enfatize-se que não há incompatibilidade entre o reconhecimento da referida agravante e o tipo de injusto em tela, vez que a prática desde último não pressupõe, necessariamente, a finalidade – dotada de maior reprovabilidade – de se “*facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*”. Numa síntese: um cadáver pode ser ocultado por razões outras, que não o fato de ter sido perpetrado um *crime* anterior que propiciara a morte.

Cuida-se da compreensão perfilhada pelo e. **Superior Tribunal de Justiça**, amparada na compreensão de que, “*embora a ocultação de cadáver seja bastante comum após a prática de crime de homicídio, o que o Código Penal buscou tutelar com essa norma não foi o prejuízo para as investigações do crime precedente, mas sim o direito que os vivos tem de prestar reverência aos mortos*” (REsp n. 1.664.607/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018).

Em último lugar, vislumbra-se que as condutas criminosas foram perpetradas em situação de *“abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”*, nos termos previstos no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal.

Assim porque **Cláudio Guerra**, à época, integrava a estrutura do Departamento de Operações (DOI), como pessoa recrutada a atuar em nome do Estado, o que denota, a toda evidência, que agiu ele em conspiração aos valores que, como *agente público* que era, deveria resguardar, *a fortiori* porque incumbido da própria *segurança pública*.

Em contraposição, e conforme entendimento plasmado no verbete sumular nº 545 do STJ, há de se reconhecer a atenuante alusiva à confissão espontânea (art. 65, III, alínea “d”, do Código Penal), na medida em que o réu confessou os fatos a ele imputados, ainda que em sede investigativa, fazendo declarações que secundaram o juízo condenatório.

Ademais, vê-se que o réu – nascido em 25/08/1940 – possui, nesta data, 82 (oitenta e dois) anos de idade, fazendo jus à aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código penal.

Nesse enredo, são circunstâncias incidentes sobre a totalidade dos crimes apurados aquelas previstas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, e artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

III. Dosimetria das sanções

Há de se registrar, previamente à fixação das sanções, que o **artigo 211 do Decreto-Lei nº 2.848/1940** (Código Penal), desde a sua redação originária, veicula em seu preceito secundário a pena de *reclusão, de um a três anos*, e *multa*, tendo se mantido incólume, pois, durante toda a permanência dos delitos, pelo que há de ser adotado como referência à dosagem penal.

Considerando a identidade de circunstâncias havidas em relação a cada um dos episódios, promover-se-á a análise das penas a partir deste critério, sem se desconsiderar a pluralidade de crimes havida, ante o número de cadáveres submetidos às ações de ocultação.

Ademais, calha pontuar, desde logo, que a dosimetria atenderá os parâmetros estatuídos no âmbito da jurisprudência pátria, em especial a atenção à *discricionariedade juridicamente vinculada* na avaliação de uma pena regida pelo *grau de culpabilidade* observável no caso concreto, sempre e sempre sob as lentes da proporcionalidade, sem embargo da aplicação de balizas condensadas na práxis. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. (...) **O entendimento deste eg. Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade** (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017). IV – **Assente nesta eg. Corte que “não é possível mensurar, matematicamente, o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido** (AgRg no HC 309.253/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 8/3/2018)” (AgRg no REsp n. 1.529.699/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/6/2018). (...) Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 659.827/PE, Rel. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021)

Fixadas tais premissas, cumpre dosar as reprimendas a serem impostas ao acusado, observados o princípio da individualização das sanções (art. 5º, XLVI, CRFB/88) e a metodologia estatuída no art. 68 do Estatuto Penal.

III.I. Fixação das penas

(i) *Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva e Wilson Silva*

Na primeira etapa, analisando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), constata-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Nesse sentido, depreende-se que **Cláudio Guerra** não só agiu como principal executor dos crimes, atuando concretamente para que, no dia 22 de abril de 1974, as vítimas fossem transportadas da Casa da Morte em Petrópolis até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui incineradas e ocultadas, como também desempenhou papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de concretizar o objetivos escusos do regime militar.

Consoante seu próprio relato, fora ele quem, diante da necessidade de se fazer desaparecer a prova, apresentou a proposta de promover a ocultação dos cadáveres, assim o fazendo a fim de superar o contexto de falibilidade das técnicas então adotadas, especialmente o despejo de corpos em valas e cemitérios clandestinos.

Assim, a posição multifacetária por ele ocupada em relação ao acontecer típico, perpetrado em concurso de agentes (art. 29 do Código Penal), ilustra, inelutavelmente, a maior

censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudesimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Cumpra anotar, aliás, que os níveis de reprovabilidade podem ser parametrizados à luz da doutrina de *Kai Ambos*, para quem, em se cuidando de crimes perpetrados por organizações, a responsabilidade pelos atos se amplificará em relação ao seu nível de comando, o que justifica, na hipótese, a maior responsabilização do acusado, aqui compreendido como um dos responsáveis pelo planejamento e organização da prática delitiva (*Op. cit.*, p. 263).

Por outro lado, em que pese haver o acusado declarado ostentar condenações criminais definitivas (evento 266, TERMO3), não cuidou o *Parquet* de comprovar nos autos a existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa. Ademais, inexistem elementos que permitam sopesar a sua conduta social e personalidade, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

O motivo do crime, por sua vez, reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto, na linha dos fundamentos antes expostos. Malgrado reclame a negativação ora promovida, a sua valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Despontam desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares de *Ana Rosa Kucinski/Ana Rosa Silva* e *Wilson Silva* – em especial a se considerar a busca infundável por eles promovida, refletida em depoimentos testemunhais e farta prova documental –, mas toda a história de uma Nação.

Com efeito, a ocultação dos corpos de vítimas encerra uma das mais perspícuas formas de violação ao *direito à memória e à verdade*. Quarenta e nove anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira, amplificando sofrimentos e, paradoxalmente, também esquecimentos.

Afinal, nas palavras de *Fábio Luís Franco*, “a materialidade da morte, ao mesmo tempo que manifesta a força do poder, igualmente a limita, circunscrevendo-a nas marcas localizadas

no corpo, no tempo de duração do suplício, nos instrumentos utilizados pelos perpetradores, na personificação da vítima e de seus algozes. O desaparecimento do corpo, ao contrário, rompe com o enquadramento do terror que a aparição do morto propicia e, assim, faz repercutir indefinidamente uma violência sem forma, sem contornos, sem começo nem fim.” (Governar os Mortos: necropolíticas, desaparecimento e subjetividade. São Paulo: Ubu Editora, 2021. pp. 52/53).

Em último lugar, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Constatada a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabelecido o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na segunda fase dosimétrica, estão presentes as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal, nos termos alhures expostos.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Ainda, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Por consectário, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, dada a circunstância remanescente, prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02

(dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na última etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa**.

(ii) *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira e Eduardo Collier Filho*

Aquilatando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), considera-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Na esteira das razões antes expostas, e extensíveis aos presentes crimes, vê-se que o réu agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que, no dia 23 de fevereiro de 1974, os ofendidos fossem transportados da Casa da Morte em Petrópolis até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui fossem seus corpos ocultados.

Ademais, desempenhou ele papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de fazer desaparecer a prova da violência perpetrada pelo regime militar.

De se convir, pois, que a posição multifacetária por ele ocupada em relação ao acontecer típico, perpetrado em concurso de agentes (art. 29 do Código Penal), ilustra, inelutavelmente, a maior censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudesimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Gize-se que os níveis de reprovabilidade podem ser parametrizados à luz da doutrina de *Kai Ambos*, para quem, em se cuidando de crimes perpetrados por organizações, a responsabilidade pelos atos se amplificará em relação ao seu nível de comando, o que justifica, na hipótese, a maior responsabilização do acusado (*Op. cit.*, p. 263).

Lado outro, não cuidou o *Parquet* de comprovar nos autos a existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa, inexistindo elementos, ainda, que permitam sopesar a conduta social e personalidade do acusado, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

O motivo do crime, por sua vez, reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto, na linha dos fundamentos antes expostos. Malgrado reclame a negativação ora promovida, a sua valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Despontam desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares de *Fernando Augusto de Santa Cruz Oliveira e Eduardo Collier Filho* – em especial a se considerar a busca infundável por eles promovida, refletida em depoimentos testemunhais e farta prova documental –, mas toda a história de uma Nação.

Com efeito, a ocultação dos corpos de vítimas encerra uma das mais perspicuas formas de violação ao *direito à memória e à verdade*. Quarenta e nove anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira, amplificando sofrimentos e, paradoxalmente, também esquecimentos.

Em último lugar, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Dada a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na fase dosimétrica subsequente incidem as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Outrossim, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Sobejando a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na terceira etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

(iii) *David Capistrano da Costa e José Roman*

Na primeira fase dosimétrica (art. 59 do Código Penal), afere-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Cláudio Antonio Guerra agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que, em março de 1974, as vítimas fossem transportadas até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui fossem seus corpos submetidos ao fogo. Ademais, desempenhou papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de fazer desaparecer a prova da violência perpetrada pelo regime militar.

A posição multifacetária por ele ocupada em relação ao acontecer típico, perpetrado em concurso de agentes (art. 29 do Código Penal), ilustra, inelutavelmente, a maior censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudescimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Não há prova, nos autos, da existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa, tampouco elementos que permitam sopesar a conduta social e personalidade do acusado, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

A seu turno, o motivo do crime reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto; não obstante, a valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Afiguram-se desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares de *David Capistrano da Costa* e *José Roman* – em especial a se considerar a busca infundável por eles promovida, refletida em depoimentos testemunhais e farta prova documental –, mas toda a história de uma Nação.

Com efeito, a ocultação dos corpos de vítimas encerra uma das mais perspicuas formas de violação ao *direito à memória e à verdade*. Quarenta e nove anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira, amplificando sofrimentos e, paradoxalmente, também esquecimentos.

Por derradeiro, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Ante a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na fase dosimétrica subsequente incidem as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Ainda, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Sobejando a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na terceira etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

(iv) *Joaquim Pires Cerveira e João Batista Rita*

Em apreciação às circunstâncias judiciais, tem-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Nesse sentido, depreende-se que **Cláudio Guerra** não só agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que as vítimas fossem transportadas até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui incineradas, como também desempenhou papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de concretizar o objetivos escusos do regime militar.

A posição multifacetária por ele ocupada em relação ao acontecer típico, perpetrado em concurso de agentes (art. 29 do Código Penal), ilustra, inelutavelmente, a maior censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudesimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Por outro lado, em que pese haver o acusado declarado ostentar condenações criminais definitivas, não cuidou o *Parquet* de comprovar nos autos a existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa. Ademais, inexistem elementos que permitam sopesar a sua conduta social e personalidade, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

Reclama especial censura o motivo do crime, considerado o seu caráter abjeto, na linha dos fundamentos antes expostos. Malgrado reclame a negativação ora promovida, a sua valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

A seu turno, as circunstâncias das infrações são desfavoráveis, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares de *Joaquim Pires Cerveira* e *João Batista Rita*, mas toda a história de uma Nação.

Com efeito, a ocultação dos corpos de vítimas encerra uma das mais perspicuas formas de violação ao *direito à memória e à verdade*. Quarenta e nove anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira, amplificando sofrimentos e, paradoxalmente, também esquecimentos.

Em último lugar, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Constatada a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100

(cem) dias-multa.

Na segunda fase dosimétrica, estão presentes as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal, nos termos alhures expostos.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Ainda, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Por consectário, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base, dada a circunstância remanescente, prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02

(dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na última etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

(v) *João Massena Melo e Luiz Ignácio Maranhão Filho*

Em atenção às circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), nota-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto, haja vista o papel multifacetário por ele ocupado em relação ao acontecer típico.

Assim porque não só agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que as vítimas fossem transportadas até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes e aqui incineradas, como também orquestrou o plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de concretizar os objetivos escusos do regime militar.

Não há prova, nos autos, da existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa, tampouco elementos que permitam sopesar a conduta social e personalidade do acusado, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

A seu turno, o motivo do crime reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto; não obstante, a valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Afiguram-se desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares, mas toda a história de uma Nação.

Com efeito, a ocultação dos corpos de vítimas encerra uma das mais perspicuas formas de violação ao *direito à memória e à verdade*. Quarenta e nove anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira, amplificando sofrimentos e, paradoxalmente, também esquecimentos.

Por derradeiro, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Ante a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na fase dosimétrica subsequente incidem as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Ainda, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Sobejando a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na terceira etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa**.

(vi) *Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto*

Na primeira fase dosimétrica (art. 59 do Código Penal), afere-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Na esteira das razões antes expostas, e extensíveis aos presentes crimes, vê-se que o réu agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que o corpo de *Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto* fosse transportado até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui incinerado.

Não bastasse, desempenhou ele papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de fazer desaparecer a prova da violência perpetrada pelo regime militar. Tal ilustra, inelutavelmente, a maior censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudescimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Lado outro, não cuidou o *Parquet* de comprovar nos autos a existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa, inexistindo elementos, ainda, que permitam sopesar a conduta social e personalidade do acusado, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

O motivo do crime, por sua vez, reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto, na linha dos fundamentos antes expostos. Malgrado reclame a negativação ora promovida, a sua valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Despontam desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares, mas toda a história de uma Nação. Em último lugar, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Mercê da presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a

pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na fase dosimétrica subsequente incidem as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

Observada a primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

Outrossim, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Sobejando a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na terceira etapa, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

(vii) *Armando Teixeira Frutuoso*

Aquilatando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal), considera-se que a culpabilidade do acusado transcende ao tipo de injusto.

Na esteira das razões antes expostas, e extensíveis aos presentes crimes, vê-se que o réu agiu como principal *executor* dos crimes, atuando concretamente para que o ofendido fosse transportado da Casa da Morte em Petrópolis até a Usina Cambahyba em Campos dos Goytacazes, e aqui fosse seu corpo ocultado.

Ademais, desempenhou ele papel central na orquestração do plano ilícito, na medida em que figurou como o idealizador e verdadeiro responsável pela união de pessoas que integravam o seu círculo social a fim de fazer desaparecer a prova da violência perpetrada pelo regime militar. Tal ilustra, inelutavelmente, a maior censurabilidade pessoal da conduta, que se singulariza diante da atuação dos demais potenciais envolvidos, justificando o recrudesimento da pena (STJ. AgRg no HC n. 521.743/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 16/12/2020).

Não se comprovou a existência de maus antecedentes contemporâneos à ação delituosa, inexistindo elementos, por outro lado, que permitam sopesar a conduta social e personalidade do acusado, forte no princípio da secularização do Direito Penal.

O motivo do crime, por sua vez, reclama especial censura, considerado o seu caráter abjeto, na linha dos fundamentos antes expostos. Malgrado reclame a negativação ora promovida, a sua valoração dar-se-á apenas na etapa dosimétrica subsequente, à luz do art. 61, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, sob pena de *bis in idem*.

Despontam desfavoráveis as circunstâncias das infrações, na medida em que perpetradas como parte da execução de uma política de Estado de ataque generalizado e sistemático à população civil. Numa palavra, está-se em perspectiva a prática de crimes de lesa-humanidade e, logo, é inconcussa a maior reprovabilidade da conjunção em que estes tiveram lugar.

As consequências dos crimes, por sua vez, são dignas de especial reproche, na medida em que as ações macularam indelevelmente não só a dignidade dos familiares, mas toda a história de uma Nação, considerando que, quase cinquenta anos depois, o episódio ainda reverbera sobre a memória da comunidade brasileira.

Por fim, nada há a valorar sobre o comportamento da vítima (isto é, a coletividade).

Considerada a presença de 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis passíveis de valoração, e tendo em perspectiva o grau de reprovabilidade a recair sobre estas, estabeleço o acréscimo de 05 (cinco) meses e 30 (trinta) dias-multa para cada qual, e assim **fixo** a pena-base, por consectário, em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Na segunda fase dosimétrica, constam as agravantes descritas no artigo 61, inciso II, alíneas “a”, “b” e “g”, do Código Penal bem como as atenuantes plasmadas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea “d”, todos do Código Penal.

Em atenção à primazia das circunstâncias alusivas aos motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência, na forma do art. 67 do Código Penal, e tendo em vista o entendimento do e. **STJ** quanto ao enquadramento da atenuante da confissão espontânea no âmbito da personalidade, promovo a compensação entre a agravante descrita no artigo 61, inciso II, alínea “a” e a atenuante expressa no artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal (A propósito: AgRg no AREsp n. 2.097.711/PI, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022).

De igual forma, promovo a compensação entre a agravante contida no 61, inciso II, alínea “b”, e a atenuante expressa no artigo 65, inciso I, ambos do Código Penal, vez que não prevalentes.

Restando a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, impõe-se o agravamento da pena à razão de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base (STJ. AgRg no HC 634.754/RJ. Rel. Desembargador Convocado Olindo Menezes. Sexta Turma. DJe 20/08/2021), o que redundará na pena intermediária de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na última fase da dosimetria, não incidem causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, cristaliza-se a sanção em **02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa.**

III.II. Unificação das penas e regime prisional

Consoante supra alinhavado, o concurso de crimes será regido pela regra inserta no art. 71, *caput*, do Código Penal quanto às ações perpetradas em relação a 11 (onze) corpos (itens *i* a *vi*), sendo por fim aplicada a norma prevista no art. 69 do Código Penal em relação ao décimo segundo cadáver (item *vii*).

Nessa medida, adotando como parâmetro a pena aplicada aos crimes –vale dizer, 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão – e, aplicada a fração máxima de aumento (2/3), considerada a reprodução da conduta por 11 (onze) vezes, tem-se a pena de 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Em relação à pena de multa, impõe-se promover idêntica exasperação, o que conduz ao total de 192 (cento e noventa e dois) dias-multa.

Assim a considerar que, *“conforme jurisprudência desta Corte, a regra do art. 72 do Código Penal - CP é aplicada às hipóteses de concurso formal ou material, não incidindo o referido*

dispositivo aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva” (STJ. AgRg no REsp n. 1.843.797/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/3/2020, DJe de 16/03/2020).

Promovido o cúmulo material (art. 69 e 72, CP), consolida-se a pena de **07 (sete) anos de reclusão e 308 (trezentos e oito) dias-multa**.

Dado o *quantum* de pena aplicado, o regime inicial para cumprimento da pena será o **semiaberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal.

Considerando a situação econômica do réu – que declarou auferir renda mensal de um salário mínimo (evento 266, TERMO3) –, estabeleço o valor do dia-multa à razão de **um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo de cada fato**, a teor dos artigos 49 e 60 do Código Penal.

Dado o caráter permanente das infrações, dever-se-á considerar a data de recebimento da denúncia (**22/10/2019**), valendo-se, para tanto, de interpretação cimentada pelo e. Superior Tribunal de Justiça (A propósito: AgRg no AREsp n. 1.619.918/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe 15/6/2020).

No ponto, vale pontuar que, “(...) *nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador*”, razão pela qual se impõe o indeferimento do pedido formulado pela defesa técnica (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.667.363/AC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe 9/9/2020).

Eventual parcelamento, anelado pela defesa técnica, há de ser buscado a tempo e modo, isto é, em eventual execução penal, perante o respectivo juízo.

II.II. Substituição da pena e/ou outros benefícios

Tendo em estima o *quantum* de pena imposto ao acusado, seu grau de culpabilidade e o caráter desfavorável das circunstâncias do delito, indefiro o pedido formulado pela defesa técnica no interesse da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas do direito, considerada a ausência dos requisitos estabelecidos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

Pelas mesmas razões, revela-se incabível a suspensão condicional da pena (art. 77, *caput* e inciso II, CP).

II.III. Indenização civil mínima

Deixo de fixar o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração, conforme determina o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, à mímica de pedido expresse formulado pelo *Parquet*, conforme entendimento do e. STJ (AgRg no AREsp 720.055/RJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. DJe 02/02/2018).

II.IV. Perda do cargo

Na inicial acusatória, o Ministério Público Federal pugnou pelo “cancelamento de eventual aposentadoria ou provento por ele percebidos em virtude de sua atuação como agente público”, nos termos do artigo 71, inciso I, c/c artigo 68, inciso I, ambos da redação então vigente do Código Penal.

O Código Penal, tanto em sua redação originária como naquela hoje vigente, estabelece a decretação da perda do cargo público como *efeito da condenação criminal*, possível de ser pronunciada em determinadas hipóteses, nos termos abaixo transcritos:

Art. 68. Incorre na perda de função pública:

I - O condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

II - o condenado por outro crime a pena de reclusão por mais de dois anos ou de detenção por mais de quatro. (...)

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996):

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996);

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996).

Em que pese a condenação do acusado a pena privativa de liberdade equivalente a 07 (sete) anos de reclusão, por crime perpetrado mediante violação de deveres para com a Administração Pública, vislumbra-se que **Cláudio Antonio Guerra** não mais exerce cargo público, nos termos estabelecidos em lei, dada a superveniência de sua aposentadoria.

E, representando a aposentadoria um *ato jurídico perfeito* (art. 5º, XXXVI, da CRFB), não se autoriza a sua desconstituição como *efeito extrapenal específico da sentença condenatória*, ainda que por crime cometido no exercício do cargo, dada a ausência de previsão na legislação penal, sob pena de se cancelar interpretações lastreadas em analogia *in malam partem*, em conspurcação ao princípio da legalidade estrita.

Cuida-se, a propósito, do entendimento consolidado no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**, conforme abaixo ilustrado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. CRIME DE TORTURA. ART. 1º, I, A, DA LEI 9.455/97. EFEITOS EXTRAPENAIIS DA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 92, I, DO CÓDIGO PENAL. ROL TAXATIVO. CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE, ANTERIOR À APOSENTADORIA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)

III. A previsão legal contida no art. 92, I, do Código Penal, que cuida dos efeitos extrapenais da sentença penal condenatória, é dirigida à perda de cargo, função pública ou mandato efetivo, hipóteses que não autorizam a cassação de aposentadoria concedida ao servidor, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ. (...)

V. A jurisprudência do STJ tem “entendimento de que não é possível a cassação da aposentadoria de servidor público como efeito da condenação criminal, ainda que a sentença penal tenha mencionado a perda do cargo como efeito secundário, uma vez que os efeitos da condenação penal contidos no art. 92 do Código Penal são previstos em relação numerus clausus, não sendo permitida nenhuma interpretação extensiva. Apesar de não ser possível a cassação da aposentadoria de servidor público apenas como efeito da condenação criminal, a referida punição pode ser aplicada na esfera administrativa, após regular processo administrativo disciplinar” (STJ, AgInt nos EDcl no RMS 54.091/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/05/2021).

(AgInt no REsp n. 1.582.304/DF, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/04/2023, DJe 24/04/2023.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EFEITO EXTRAPENAL DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. ART. 92, I, b, DO CP. NUMERUS CLAUSUS. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA E PERDA DOS PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é possível empregar analogia para determinar o desfazimento do ato de aposentadoria do condenado com fundamento no art. 92, I, do Código Penal, sob pena de violar o princípio da reserva legal do Direito Penal.

II - Possibilidade, não obstante, da imposição da penalidade após regular processo administrativo disciplinar, no qual se assegure ao acusado a ampla defesa e contraditório. III - Segurança concedida.

(MS n. 25.732/DF, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 02/03/2023, DJe 6/03/2023.)

Releve-se, de toda sorte, que nada impede a aplicação da referida sanção na esfera administrativa, após o devido e regular processo disciplinar, nos termos reconhecidos pelo e. **Supremo Tribunal Federal** (STF, ARE 892.262 AgR, rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 10/05/2016; ARE 1.091.968 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 30/11/2018).

Logo, há de ser rejeitado o pedido formulado pelo Ministério Público Federal.

III. Dispositivo

À luz das razões expostas, **julgo procedente** a pretensão punitiva a fim de condenar **CLÁUDIO ANTONIO GUERRA** pela prática dos crimes capitulados no artigo 211, *caput*, do Código Penal (por doze vezes), na forma dos artigos 71 e 69, ambos do Código Penal, impondo-lhe, por consectário, a pena de **07 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto**, bem como **308 (trezentos e oito) dias-multa**, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato (22/10/2019).

V. Disposições finais

Condeno o acusado ao pagamento das custas processuais, com fundamento no artigo 804 do Código de Processo Penal.

Em atenção ao artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, **concedo** ao réu o direito de recorrer em liberdade, por não vislumbrar razões que amparem a decretação de sua prisão preventiva, sob a ótica do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Uma vez certificado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

- a) **Expeçam-se** a Guia de Recolhimento e a Carta de Execução de Sentença, nos moldes do artigo 249 da CNCR;
- b) **Lance-se** o nome do réu no rol de culpados, a teor da Resolução n.º 408/2004 do CJF;
- c) **Comunique-se** ao Tribunal Regional Eleitoral, para fins do disposto no art. 15, III, da CRFB, preferencialmente por meio do Sistema INFODIP;
- d) **Oficiem-se** ao Instituto de Identificação Civil do Estado, ao Sistema Nacional de Informações Criminais (SINIC) e congêneres, comunicando o trânsito em julgado da sentença; e
- e) **Intimem-se** os familiares das vítimas (art. 201, § 2º, CPP).

Por fim, remetam-se os autos ao arquivo, com a respectiva baixa.

Sentença registrada e publicada eletronicamente. Intimem-se o Ministério Público Federal, a defesa técnica e o réu, este último pessoalmente.

Documento eletrônico assinado por **MARIA ISADORA TIVERON FRIZAO, Juíza Federal Substituta**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510008031387v558** e do código CRC **c25a8cbc**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): MARIA ISADORA TIVERON FRIZAO
Data e Hora: 8/6/2023, às 7:22:50



MENÇÃO HONROSA

DIREITO A MEMORIA-VERDADE-E JUSTICA

PROCESSO N° 0816362-04.2017.4.05.8300

TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO - TRF5

JUÍZA FEDERAL **CIBELE BENEVIDES GUEDES DA FONSECA**

PROCESSO Nº: 0816362-04.2017.4.05.8300- APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: UNIÃO FEDERAL

APELANTE: ALFREDO MOREIRA COUCEIRO NETO

ADVOGADOS: Flávio Eduardo Barros Galvão e outros

APELANTE: FÁBIO ANDRÉ RAMOS COUCEIRO

ADVOGADOS: Flávio Eduardo Barros Galvão e outros

APELANTE: KÁTIA FABÍOLA RAMOS COUCEIRO

ADVOGADOS: Flávio Eduardo Barros Galvão e outros

APELADOS: Os mesmos

APELADO: DEIVSON JOSÉ VIEIRA FONSECA

ADVOGADOS: Danielson Venceslau Nunes e outros

APELADO: MARIA VIEIRA DE MELO COUCEIRO

ADVOGADOS: Danielson Venceslau Nunes e outros

APELADO: DANILO JOSÉ VIEIRA FONSECA

ADVOGADOS: Danielson Venceslau Nunes e outros

RELATORA: Desembargadora Federal Cibele Benevides - 5ª Turma.

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz Federal Hélio Silvio Ourém Campos

RELATÓRIO

Apelação interposta pela União Federal e Recurso Adesivo interposto pelos particulares Alfredo Moreira Couceiro Neto, Fábio André Ramos Couceiro e Kátia Fabíola Ramos Couceiro em face de sentença que julgou procedente o pedido autoral para declarar a imprescritibilidade dos direitos requeridos na inicial, determinando que a União proceda à revisão da promoção do anistiado político Alberto José Fonseca Couceiro, de Segundo-Sargento para a graduação de Suboficial, com proventos de Segundo-Tenente, respeitada a prescrição quinquenal, exceto quanto às parcelas devidas ao autor incapaz, contra o qual não corre lapso prescricional. A sentença determinou ainda que a União efetive o pagamento dos retroativos reconhecidos na Portaria Ministerial nº 1.260/04.

Trata-se de ação de procedimento comum proposta por Maria Vieira de Melo Couceiro, Deivson José (filho e menor impúbere), dependentes do Srº Alberto José Fonseca Couceiro, **militar atingido pelos efeitos da Portaria 1.104, de 12 de outubro de 1964, do Ministério da Aeronáutica, a qual lhe interrompeu, desarrazoadamente, a carreira.** Contam que **entre 1964-1985, Cabos da FAB (Força Aérea Brasileira) criaram uma Associação (ACAFAB) com o objetivo de reivindicar alguns direitos, razão pela qual fora criada a Portaria 1.104GM3 (ato de exceção do governo militar), que tinha por alvo todos os militares do serviço ativo da Aeronáutica vistos como "suspeitos comunistas".** Alega-se na inicial

que a consequência prática da referida Portaria foi o início de uma série de perseguições e, posteriormente, a interrupção da carreira de vários militares; dentre eles, o Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, que por decisão unilateral da Diretoria de Pessoal da F.A.B., foi licenciado e prejudicado quando estava na graduação de CABO, com Curso de Formação (CFC), o que lhe dava a perspectiva de atingir a graduação de suboficial, sendo certo que o ato unilateral do licenciamento lhe interrompeu a carreira militar. Desse modo, o autor contava com 9 (nove) anos e 8 (oito) dias de serviço, referente ao período de 02/01/1958 a 10/01/1967.

Alega a parte autora que em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que no Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias, instituiu a mais ampla das Anistias de que se tem notícia em nossa História, quando, o art. 8º do ADCT/88 acobertou período muito superior àquele previsto na Lei de Anistia (L. 6.683/79).

Em 05 de Maio de 2004, o Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, foi **declarado anistiado político** através da Portaria Ministerial n. 1.260/04, na qual reconheceu-se o direito à prestação mensal, **permanente e continuada no valor de R\$ 2.651,67 (dois mil, seiscentos e cinquenta e um reais e sessenta e sete centavos), com efeitos financeiros retroativos a partir de 08/04/1998 e que seriam considerados até a data do julgamento em 12/02/2004, preconizando, assim, um total de R\$ 185.970,46 (cento e oitenta e cinco mil, novecentos e setenta reais e quarenta e seis centavos), conforme estabelecido na Lei nº 10.559/2002.**

Alegam os autores que **após a Portaria Ministerial nº 1.260/04 que anistiou o Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, restaram asseguradas a este Militar as promoções à graduação de Segundo-Sargento com os proventos da graduação de Primeiro-Sargento**, mas não houve a correta promoção a que fazia *jus*, como se estivesse no serviço ativo da Força Aérea Brasileira (F.A.B.), e fossem obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos naquele dispositivo Constitucional (art. 8º do ADCT), que assegurava o direito à percepção dos soldos e vantagens financeiras inerentes ao posto de SEGUNDO-TENENTE, conforme o art. 98, inciso I, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto do Militares), em consonância com o disposto na Lei 10.559/2002, que regulamentou o artigo 8º do ADCT.

Por esses fundamentos, **pleitearam que fosse reconhecida a imprescritibilidade dos direitos dos anistiados, a legitimidade ativa dos autores, bem como que seja assegurada a promoção a que o Sr. Alberto José Fonseca Couceiro teria direito se estivesse no serviço ativo da Força Aérea Brasileira - FAB, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos, assegurando-lhe o direito a soldos e vantagens financeiras inerentes ao posto de Segundo-Tenente com a promoção à graduação de Suboficial**, assim como a condenação da UNIÃO ao pagamento de R\$ 648.619,83 (seis-

centos e quarenta e oito mil, seiscentos e dezenove reais e oitenta e três centavos) em decorrência das parcelas vencidas.

Houve a habilitação dos demais filhos do Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, Alfredo Moreira Couceiro Neto, Fábio André Ramos Couceiro e Kátia Fabíola Ramos Couceiro.

Alegou a União que a anistia do referido militar fora anulada pela Portaria nº 1.536/2020 do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

O MPF se manifestou em parecer pela procedência do pedido, afastando a incidência da prescrição quinquenal no que se refere às parcelas devidas ao autor incapaz (4058300.22267471).

O juízo de primeira instância proferiu sentença em que julgou procedente o pleito autoral por entender que:

- (a) No que tange à alegação de **prescrição do direito de ação**, muito se discutiu se o prazo prescricional seria o previsto no Decreto-Lei 20.910/1932 e se o termo inicial (para as pretensões compensatórias de dano moral por violação aos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana) seria contado a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.559/02, considerada pelo STJ como *renúncia tácita à prescrição*, *entretanto*, a jurisprudência passou a entender pela inaplicabilidade da prescrição quinquenal (prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932) aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões, o que justificaria enquadrá-los, excepcionalmente, como imprescritíveis;
- (b) A Corte Superior editou a Súmula 647 e colocou fim a discussão: “São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar”. Logo, resta afastada a preliminar de *prescrição*.;
- (c) No mérito, conforme informações constantes nos autos, o autor por meio da Portaria nº 1.104GM3 foi licenciado involuntariamente da Força Aérea Brasileira, tendo sido reconhecida sua condição de anistiado político pela Portaria nº 1260, de 05.05.2004, bem como o direito à reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada;
- (d) É entendimento consolidado no STJ que a edição da Lei nº 10.559/02, ao regulamentar o disposto no art. 8º do ADCT e instituir o Regime do Anistiado Político, importou em renúncia tácita à prescrição, por serem os direitos de personalidade imprescritíveis. Avançou a jurisprudência, ainda, para reconhecer aos sucessores

legais do anistiado político a imprescritibilidade da pretensão indenizatória, tendo em vista a natureza histórico-política das graves violações de direitos provocadas pela ditadura militar;

(e) Quanto ao mérito, razão também assiste aos autores, à luz da mais recente jurisprudência em casos bastante semelhantes, em harmonia com entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, o qual, inclusive, já se reflete no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, favorável ao reconhecimento da graduação de Suboficial aos Cabos excluídos das Forças Armadas, em hipóteses como a presente;

(f) Em relação ao descumprimento de portaria do Exmo. Ministro de Estado da Justiça que reconheceu a condição de anistiado ao Sr. Alberto José Fonseca Couceiro e fixou indenização de valor certo e determinado, cuja condenação ao pagamento constitui um dos objetos da demanda, o Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido da imprescritibilidade, pois consiste em ato omissivo da Administração Pública de trato sucessivo;

(g) No que diz respeito à alegação de que fora anulada a anistia política do Sr. Alberto pela Portaria nº 1.536/2020, é nulo o ato notificatório inicialmente encaminhado ao anistiado político que o informa sobre a abertura de processo administrativo de revisão de sua anistia quando não há a especificação dos fatos e dos fundamentos contra os quais deveria a parte interessada se defender (AgInt no AgInt no MS 25.857/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021). Ainda, a Terceira Turma do TRF5 também considerou ser relevante o argumento de que a Comissão de Anistia deveria ser ouvida antes do cancelamento, ponderando que, se se exige, para a concessão da anistia, a análise do Conselho daquela Comissão, com lavratura de ata, não seria razoável que uma anistia concedida há mais de 16 (dezesesseis) anos fosse cancelada com fundamento em parecer de comissão interna de um ministério e por ato do próprio ministro que a criou.

Irresignada, a União Federal interpôs recurso de apelação em que alega:

(a) a ilegitimidade ativa da cônjuge supérstite e dos herdeiros a propor ação judicial de revisão de ato de concessão de anistia, no que tange à base de cálculos reconhecida administrativamente;

(b) há de se afastar a imprescritibilidade no caso concreto, ao menos em relação ao pedido de revisão do ato de anistia concedido administrativamente, tendo em vista que não se trata de pretensão que decorre diretamente de atos de violação à personalidade humana e nem de perseguição política;

(c) a partir do momento que houve o reconhecimento administrativo da condição de anistiado político e que lhe fora fixado um valor de indenização, iniciou-se a contagem do prazo prescricional para que se exija o pagamento desta dívida e, após o transcurso dos cinco anos, o crédito resta ceifado de exigibilidade em razão da ocorrência da prescrição;

(d) foi realizado procedimento de **REVISÃO** da anistia concedida ao Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, tendo ao final, após a observância do contraditório e da ampla defesa, sido anulada a Portaria nº 1.260, de 05.05.2004, que declarou anistiado político ALBERTO JOSÉ FONSECA COUCEIRO e os demais atos dela decorrentes, ante a ausência da comprovação da existência de perseguição exclusivamente política no ato concessivo, através da Portaria nº 1.536, de 05.06.2020, cuja cópia da publicação foi juntada aos autos (id. 4058300.16435599);

(e) anulada a Portaria que declarou a condição de Anistiado Político, o ato jurídico constitutivo do crédito buscado deixa de existir, assim também como o próprio crédito, razão pela qual o pedido de condenação da União ao pagamento dos valores dos atrasados da reparação econômica não mais reconhecida administrativamente deveria ter sido julgado improcedente;

(f) a promoção à graduação de Segundo-Sargento com fixação do valor da reparação econômica de caráter indenizatório em prestação mensal, permanente e continuada correspondente aos proventos de Primeiro-Sargento se deu dentro da mais perfeita legalidade, observados os ditames dos arts. 1º, inciso II, e 6º da Lei nº 10.559/02;

(g) a nulidade do ato administrativo de concessão da anistia e a ausência de motivação exclusivamente política, sendo possível a revisão administrativa;

(h) foi regular o procedimento de revisão da anistia no caso concreto;

(i) a EC nº 113/2021 determinou que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) é o índice a ser utilizado para cálculo dos juros de mora e correção monetária *nas discussões e nas condenações, inclusive nos precatórios*, que envolvam a Fazenda Pública.

Os particulares Alfredo Moreira Couceiro Neto, Fábio André Ramos Couceiro e Kátia Fabíola Ramos Couceiro interpuseram recurso de apelação adesivo em que pleiteiam (a) a concessão da gratuidade da justiça; e (b) a imprescritibilidade dos valores retroativos deferidos.

Contrarrazões apresentadas, requerendo a manutenção da sentença nos demais termos. É o que importa relatar.

PROCESSO Nº: 0816362-04.2017.4.05.8300 - **APELAÇÃO CÍVEL**

APELANTE: KATIA FABIOLA RAMOS COUCEIRO e outros

ADVOGADO: Flávio Eduardo Barros Galvão e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL

APELADO: DEIVSON JOSÉ VIEIRA FONSECA

REPRESENTANTE(PAIS): Maria Vieira De Melo Couceiro

ADVOGADO: Danielson Venceslau Nunes

ADVOGADO: Nylo Nunes Costa Neto

APELADO: MARIA VIEIRA DE MELO COUCEIRO

ADVOGADO: Danielson Venceslau Nunes

ADVOGADO: Nylo Nunes Costa Neto

APELADO: ALFREDO MOREIRA COUCEIRO NETO

ADVOGADO: Flávio Eduardo Barros Galvão

ADVOGADO: Bernardo Matos De Figueiredo Lima

ADVOGADO: Isabela Lessa De Azevedo Pinto Ribeiro

APELADO: FABIO ANDRE RAMOS COUCEIRO

ADVOGADO: Flávio Eduardo Barros Galvão

ADVOGADO: Bernardo Matos De Figueiredo Lima

ADVOGADO: Isabela Lessa De Azevedo Pinto Ribeiro

APELADO: KATIA FABIOLA RAMOS COUCEIRO

ADVOGADO: Flávio Eduardo Barros Galvão

ADVOGADO: Bernardo Matos De Figueiredo Lima

ADVOGADO: Isabela Lessa De Azevedo Pinto Ribeiro

REPRESENTANTE(PAIS): MARIA VIEIRA DE MELO COUCEIRO

APELADO: DANILO JOSE VIEIRA FONSECA

ADVOGADO: Danielson Venceslau Nunes

ADVOGADO: Nylo Nunes Costa Neto

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca - 5ª Turma

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Hélio Silvio Ourém Campos

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

I - DO RECURSO DA UNIÃO:

Em primeiro lugar, passa-se a enfrentar o recurso da União.

I.a - LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS:

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa para propor a ação, por não serem os herdeiros legitimados a discutir o feito, não lhe assiste razão. Conforme se depreende dos autos, houve o ajuizamento de ação de inventário nº 0055072-33.2014.8.17.0001 que tramitou na 2ª Vara de Sucessões e Registros Públicos da Capital - PE, a qual já se encontra arquivada.

Com o referido processo de inventário já arquivado, infere-se que já foi devidamente feita a partilha dos bens, e cada herdeiro já incorporou ao seu patrimônio a parte da herança que lhe coube, assim, respondem pela dívida deixada pelo falecido, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. Portanto, com o encerramento do processo de inventário, são os herdeiros que devem se habilitarem em processos judiciais tanto para receberem créditos como para o pagamento de dívidas até o limite da herança recebida.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* dos herdeiros do anistiado político já falecido para ajuizarem ação indenizatória, sob o argumento de que, embora a ofensa moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização, de cunho eminentemente patrimonial, transmite-se com o falecimento de seu titular (AgInt no AREsp 1567104/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 03/08/2020).

Sobre o tema, já se manifestou este TR5:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS DO ANISTIADO FALECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 206, § 3º DO CC/2002 E DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. AUMENTO. RAZOABILIDADE.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. [...] **4. De início, não merece guarida a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela União. Neste pórtico, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* dos herdeiros do anistiado político já falecido para ajuizarem ação indenizatória por danos morais sofridos pelo de cujus, sob o argumento de que, embora a ofensa moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização, de cunho eminentemente patrimonial, transmite-se com o falecimento de seu titular (AgInt no AREsp 1567104/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 03/08/2020).** 5. No tocante à prejudicial de mérito em razão da prescrição do fundo de direito, melhor sorte não há para o ente apelante. 6. Com efeito, contrariamente ao alegado pela União, o caso em análise não se sujeita ao prazo prescricional estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, haja vista que o STJ possui forte jurisprudência no sentido de que “a violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana como a proteção da sua dignidade lesada, pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível que ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato

das Disposições Constitucionais Transitórias”. Precedente: STJ, AREsp 1865976/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 23/08/2021). 7. O entendimento firmado no sentido imprescritibilidade está alicerçado tanto nas dificuldades enfrentadas pelas vítimas para deduzirem suas pretensões em juízo, quanto na supremacia dos direitos fundamentais, sobretudo se a violação é grave e ocorre por ação ou omissão, a mando ou no interesse dos que exercem o poder estatal, com é o caso das ações de indenização por dano moral em decorrência de perseguição, tortura e prisão por motivos políticos durante o Regime Militar. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.602.586/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 12/02/2019 e AgInt no REsp 1.569.337/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 15/06/2018; AgRg no Ag 1.339.344/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 28/2/2012; AgRg no REsp 1466296/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015. (Precedente: PROCESSO: 08171098920194058200, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 31/03/2022).

[...]

(PROCESSO: 08021889120204058200, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA DAMASCENO, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 03/11/2022).

I.b - INCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO:

A alegação preliminar de prescrição do fundo de direito também não deve prosperar, eis que, consoante o entendimento do STJ, a superveniência da Lei nº 10.559, de 13/11/2002, que regulamentou o disposto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, constitui renúncia tácita à prescrição, porquanto passou a reconhecer, por meio de um regime próprio, direito à reparação econômica de caráter indenizatório aos anistiados políticos. Nesse caso, subsiste apenas a prescrição das prestações de trato sucessivo vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

Veja-se um julgado deste TRF5 sobre o tema:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. ANISTIA POLÍTICA RECONHECIDA ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 8º DO ADCT. LEI Nº 10.559/2002. REVISÃO DO ATO. PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL COM PROVENTOS DE SEGUNDO-TENENTE. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DAS PROMOÇÕES. PRECEDENTE DO STF SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Remessa Necessária e Apelação interposta pela União em face da sentença que julgou procedente o pedido inaugural, determinando que o Ente Público promovesse o Autor até a graduação de Suboficial, com os proventos de Segundo-Tenente e as respectivas vantagens, com efeitos financeiros desde a publicação da Portaria nº 2.163/2003, respeitada a prescrição quinquenal.

2. Preliminar de prescrição do fundo de direito que não deve prosperar, eis que, consoante o entendimento do STJ, a superveniência da Lei nº 10.559, de 13/11/2002, que regulamentou o disposto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias - ADCT, constitui renúncia tácita à prescrição, porquanto passou a reconhecer, por meio de um regime próprio, direito à reparação econômica de caráter indenizatório aos anistiados políticos. Nesse caso, subsiste apenas a prescrição das prestações de trato sucessivo vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

[...]

(PROCESSO: 08066797420164058300, APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 20/02/2020)

Deve-se adotar o entendimento firmado pelo STJ, no sentido de que ***“a violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana como a proteção da sua dignidade lesada, pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível que ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”***. Precedente: STJ, AREsp 1865976/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 23/08/2021.

I.c - NULIDADE DO ATO NOTIFICATÓRIO DE REVISÃO DE ANISTIA - AUSÊNCIA DE EFETIVO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - ATO NÃO PRATICADO POR MINISTRO DA JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À COMISSÃO DE ANISTIA - IMPERATIVA MANUTENÇÃO DO STATUS DE ANISTIADO:

Superadas as alegações mencionadas, importa enfrentar os argumentos de que a Portaria nº 1.260, de 05.05.2004, que declarou anistiado político Alberto José Fonseca Couceiro e os demais atos dela decorrentes fora anulada, ante a ausência da comprovação da existência de perseguição exclusivamente política no ato concessivo, através da Portaria nº 1.536, de 05.06.2020, cuja cópia da publicação foi juntada aos autos.

Sobre a matéria meritória, este TRF5 recentemente se posicionou nos seguintes termos: “5. O entendimento externado pelo STF [RE 817.338, Tema 839 - RG] faculta à Administração a revisão dos atos concessivos de anistia política a cabos da Aeronáutica, desde que assegurado o devido processo legal ao anistiado, com a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, oportunidade de produção de provas e decisões devidamente fundamentadas. 6. O autor requereu expressamente, em sua defesa administrativa, a juntada de documentos, a realização de diligências e perícias, bem como a oitiva das testemunhas que arrolou. A Nota Técnica nº 332/2020/DFAB/CA/MMFDH, que embasou a Portaria nº 1.441, de 05/06/2020, a qual anulou a anistia do demandante, apresentou como resposta que “o atual momento processual não se presta para a produção de novas provas, eis que o objetivo da presente revisão é verificar se, além da alegação de que a Portaria nº 1.104/64 era um ato de perseguição política,

o interessado apontou no processo original provas de que sofrera, de fato, perseguição política individualizada.” 7. O autor defende ainda, na exordial, que não teve oportunidade de apresentar alegações finais bem como que foi excluído da folha de pagamento da Aeronáutica antes mesmo de ser intimado da decisão anulatória da sua anistia. Houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, principalmente em razão da negativa de produção de provas em detrimento daquele que sofre perseguição administrativa. 8. Não se pode conceber que o entendimento firmado pelo STF autoriza a anulação de todas as anistias concedidas com base na Portaria nº 1.104-GM3/1964 do Ministério da Aeronáutica, mas sim permite a revisão dos atos administrativos flagrantemente inconstitucionais, mesmo após decorrido o prazo decadencial. 9. No momento em que o autor foi declarado como anistiado político, a própria Administração entendia que a Portaria nº 1.104-GM3/1964, por si só, era suficiente para caracterizar motivação exclusivamente política, de modo que, para modificar essa presunção, é imprescindível que seja oportunizada às partes a produção de provas hábeis a amparar a manutenção da Portaria concessiva da anistia. 10. Há precedente desta Corte em caso análogo: TRF-5 - Ap: 08009302520204058401, Relator: Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, Data de Julgamento: 17/06/2021, 3ª Turma (08114973020204058300, AC, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSE BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO NETO (CONVOCADO)), 1ª TURMA, JULGAMENTO: 02/09/2021).

O caso dos autos é similar ao do precedente supracitado, uma vez que, neste feito, os demandantes não tiveram a oportunidade de apresentar o efetivo contraditório.

Acrescente-se ainda que a notificação acerca da instauração do processo revisional foi bastante genérica se deu apenas através da cômpute, apenas informando a determinação da realização do procedimento de revisão da anistia.

Sobre a notificação do processo revisional de anistia, a Primeira Seção do STJ, realinhando seu posicionamento, entendeu que é nulo o ato notificatório inicialmente encaminhado ao anistiado político que o informa sobre a abertura de processo administrativo de revisão de sua anistia quando não há a especificação dos fatos e dos fundamentos contra os quais deveria a parte interessada se defender (AgInt no AgInt no MS 25.857/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021). Após extenso debate, a E. Primeira Seção do STJ, firmou o entendimento no sentido de que a notificação sem as especificações do art. 26, § 1º, VI, da Lei n. 9.784/99, relativamente os fatos e fundamentos de que deveria se defender o administrado, ante a anunciada possibilidade de perda do estatuto de anistiado político, resulta inequívoco vício de forma (EDcl no MS 24.273/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2021, DJe 01/10/2021).

Para além da ausência de devido contraditório no processo administrativo, **o mais importante para o presente caso é esclarecer que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o Tema nº 839 ao estabelecer que a anulação da anistia política está subordinada ao art. 54 da Lei nº 9.784/99, excetuada a regra apenas quando demonstrada a má-fé do anistiado político. Além disso, o referido tema estabeleceu como requisitos de validade para a anulação do ato que concedeu a anistia política que sejam as medidas de impugnação da anistia tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça, assessorado pela Comissão de Anistia:**

MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE ANISTIA CONCEDIDA COM BASE NA PORTARIA 1.104-GMS/1964. DECADÊNCIA DO ATO DE ANULAÇÃO. NOTAS E PARECERES DA AGU QUE NÃO SE PRESTAM À CARACTERIZAÇÃO DE MEDIDA IMPUGNATIVA NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 54 DA LEI 9.784/99. MATÉRIA EXAMINÁVEL NA VIA MANDAMENTAL. AFRONTA AO ART. 8º DA CF/88. VIOLAÇÃO REFLEXA. PRECEDENTES DO STF. SEGURANÇA CONCEDIDA.

3. O poder-dever de a Administração de rever seus próprios atos, mesmo quando eivados de ilegalidade, encontra-se sujeito ao prazo decadencial de cinco anos, ressalvada a comprovação de má-fé por parte do anistiado político, nos termos do previsto no art. 54, caput, da Lei 9.784/99 c.c. 37, § 5º, da Constituição da República, ou a existência de flagrante inconstitucionalidade.

4. Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei 9.784/99, Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

5. O conceito de autoridade administrativa, a que alude o § 2º do art. 54 da Lei de Processo Administrativo, não pode ser estendido a todo e qualquer agente público, sob pena de tornar inaplicável a regra geral contida no caput, em favor da decadência.

6. Devem ser consideradas como exercício do direito de anular o ato administrativo apenas as medidas concretas de impugnação à validade do ato, tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça autoridade que, assessorada pela Comissão de Anistia, tem competência exclusiva para decidir as questões relacionadas à concessão ou revogação das anistias políticas, nos termos do art. 1º, § 2º, III, da Lei 9.784/99 c/c 10 e 12, caput, da Lei 10.559/02.

7. As NOTAS AGU/JD-10/2003 e AGU/JD-1/2006 não se enquadram na definição de medida de autoridade administrativa no sentido sob exame, haja vista sua natureza de pareceres jurídicos, de caráter facultativo, formulados pelos órgãos consultivos, com trâmites internos, genéricos, os quais não se dirigem, especificamente, a quaisquer dos anistiados sob o pálio da Súmula Administrativa nº 2002.07.0003 da Comissão de Anistia.

8. Não incide a ressalva inscrita na parte final do caput do art. 54 da 9.784/99, pois não se fala, em momento algum, na ocorrência de má-fé, vício que não pode ser presumido.

9. Hipótese em que a anulação da anistia foi promovida quando já ultrapassado o prazo decadencial de cinco anos, restando consumada a decadência administrativa, nos termos do caput do art. 54 da Lei 9.784/99.

10. A Portaria Interministerial MJ/AGU 134, de 15/2/11, que instaurou procedimento de revisão das anistias, mesmo se considerada hábil a afastar a decadência, não tem o condão de reabrir o prazo decadencial já finalizado.

11. A questão sub judice, dirimida pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria Interministerial MJ/AGU 134/11, não se vincula a eventual inconstitucionalidade da Súmula Administrativa 2002.07.0003 da Comissão de Anistia, uma vez que a definição de ato de exceção exclusivamente político, previsto no art. 8º, caput, do ADCT, foi deixado a cargo da legislação infraconstitucional, qual seja, da Lei 10.559/02.

12. Eventual equívoco da Comissão de Anistia ao editar a Súmula Administrativa 2002.07.0003 importaria em mera ofensa indireta à Constituição Federal, o que não desafia exame de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e, muito menos, por esta Corte. Precedentes do STF.

13. Precedentes: MS 18.728/DF, 18.606/DF, 18.682/DF e 18.590/DF (Rel. p/ ac. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Seção, julgados em 10/4/13).

14. Hipótese em que, quando da publicação da Portaria/MJ 1.960, em 6/9/12, ou, ainda, da Portaria Interministerial/MJ/AGU 134, de 15/2/11, já havia transcorrido o prazo decadencial, uma vez que a Portaria/MJ 2.340, que concedeu a anistia, é de 9/12/03.

15. Segurança concedida para declarar a decadência do ato que anulou a portaria anistiadora. Custas ex lege. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ. Agravo regimental do impetrante prejudicado.

A medida de anulação da anistia política sem o exercício do contraditório e sem o devido fundamento legal constitui uma afronta às determinações da Corte Interamericana que estabeleceram a obrigação ao Estado Brasileiro de preservar a memória das violações de direitos humanos do regime militar, assim como viola a plena aplicação da transição democrática que ainda se arrasta no Brasil.

Extrai-se um trecho da sentença condenatória do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no **caso Gomes Lund vs. Brasil**, no qual ficou estabelecida a obrigação ao Estado de investigar as violações de direitos humanos perpetradas pelo regime e punir aquelas que forem identificadas, preservando a memória:

“Essa obrigação (de investigar) implica o dever dos Estados Parte de Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.

Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e **procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado** e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos.

Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se restabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.

[...]

A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós- conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição”.

No presente caso, o Estado Brasileiro acertou ao reconhecer a violação ao direito humano do Sr. Alberto, mas falhou ao buscar o revisionismo histórico de afastar o caráter de perseguição política por trás da Portaria de sua exoneração arbitrária e de caráter político.

Pelo exposto, não se tem qualquer dúvida que no presente caso **(a) não houve o devido contraditório material e a ampla defesa em sede de processo administrativo; (b) inexistiu a comprovação de má-fé do anistiado político, nem mesmo alegação fundamentada nesse sentido; e (c) o ato de anulação da anistia foi proferido sem obedecer aos requisitos essenciais de validade, haja vista não ter sido proferido pelo Ministério da Justiça, tampouco ter havido a devida comunicação com a Comissão da Anistia.** Por esse motivo, considera-se nula a Portaria nº 1.536, de 05.06.2020 que anulou a Portaria nº 1.260, de 05.05.2004, que declarou anistiado político ALBERTO JOSÉ FONSECA COUCEIRO. Mantém-se, portanto, o status de anistiado.

I.d - POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DAS PROMOÇÕES E ATUALIZAÇÃO DOS VALORES:

Por fim, quanto ao mérito da discussão e sobre a alegação de que a promoção à graduação de Segundo- Sargento com fixação do valor da reparação econômica de caráter indenizatório em prestação mensal, permanente e continuada correspondente aos proventos de Primeiro-Sargento se deu dentro da mais perfeita legalidade, observados os ditames dos arts. 1º, inciso II, e 6º da Lei nº 10.559/02, também não assiste razão à apelante.

Isso porque, ao militar afastado da carreira por ato político não se pode proceder às mesmas exigências conferidas ao militar que continuou, ininterruptamente, na sua carreira. Por ter sido afastado compulsoriamente, ele não teve condições de participar de cursos de aperfeiçoamento, tampouco demonstrar merecimento no desempenho de suas atividades, não podendo ser penalizado com a negativa à promoção por fato alheio à sua vontade. Há de se considerar, como condição para a promoção, apenas os prazos de permanência em atividade e a idade-limite para ingresso em graduações ou postos constantes das leis e regulamentos.

Na hipótese, o Sr. Alberto comprovou a sua condição de militar da Aeronáutica beneficiado por anistia política (Portaria nº 1.260, de 05.05.2004,, do Ministro da Justiça), assegurando as promoções à graduação de Segundo-Sargento com os proventos da graduação de Primeiro-Sargento e as respectivas vantagens.

Conforme o novo entendimento da Suprema Corte, em sede de Repercussão Geral (RE 799.908/DF), acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, tem-se que observar apenas os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, na época em que o servidor, civil ou militar, seria promovido.

Desse modo, deve ser concedida a promoção do Autor/Apelado à graduação de Suboficial, com proventos de Segundo-Tenente, desde que cumpridos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis, independente da frequência aos cursos de aperfeiçoamento. (Precedentes desta Corte Regional: Processo 0808447-69.2015.4.05.8300, AC - Apelação Cível -, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, 1ª Turma, Julgamento: 29/07/2016; Processo 200584000047296, AC - Apelação Cível - 392530, Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Terceira Turma, Julgamento: 26/01/2017, Publicação: DJe

- Data:03/02/2017 - Página:134).

Veja-se manifestação deste TRF5 sobre o tema:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. ANISTIA POLÍTICA RECONHECIDA ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 8º DO ADCT. LEI Nº 10.559/2002. REVISÃO DO ATO. PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL COM PROVENTOS DE SEGUNDO- TENENTE. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DAS PROMOÇÕES. PRECEDENTE DO STF SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL.

[...]

5. Na hipótese, o Demandante/Apelado comprovou a sua condição de militar da Aeronáutica beneficiado por anistia política (Portaria nº 247, de 29 de janeiro de 2004, do Ministro da Justiça), assegurando as promoções à graduação de Segundo-Sargento com os proventos da graduação de Primeiro-Sargento e as respectivas vantagens.

6. Conforme o novo entendimento da Suprema Corte, em sede de Repercussão Geral (RE 799.908/DF), acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, tem-se que observar apenas os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, na época em que o servidor, civil ou militar, seria promovido.

7. Desse modo, deve ser concedida a promoção do Autor/Apelado à graduação de Suboficial, com proventos de Segundo-Tenente, desde que cumpridos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis, independente da frequência aos cursos de aperfeiçoamento. (Precedentes desta Corte Regional: Processo 0808447-69.2015.4.05.8300, AC - Apelação Cível -, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, 1ª Turma, Julgamento: 29/07/2016; Processo 200584000047296, AC - Apelação

Cível - 392530, Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Terceira Turma, Julgamento: 26/01/2017, Publicação: DJe - Data:03/02/2017 - Página:134).

8. Apelação e Remessa Necessária improvidas. Condenação da Apelante em honorários recursais, restando majorados os honorários sucumbenciais em 1% (um ponto percentual).

(PROCESSO: 08066797420164058300, APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 20/02/2020)

Quanto à atualização dos valores, deve ser aplicada a correção monetária pelos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal, na forma como foi entendido em ocasião do julgamento do RE nº. 870.947/SE (Tema 810), que definiu, no tocante às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, que os juros de mora serão calculados com base nos índices aplicados à caderneta de poupança, de acordo com o artigo 1º- F da Lei nº 9.494/1997 com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

I.e - CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, **nega-se provimento à apelação da União.**

II - DO RECURSO DOS PARTICULARES:

Ato contínuo, com relação ao recurso dos particulares, têm-se dois pontos que merecem ser enfrentados, os quais: (a) o pedido de gratuidade judiciária; e (b) a alegação de imprescritibilidade dos valores retroativos deferidos.

II.a - DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA:

Com relação à gratuidade judiciária, este egrégio Tribunal vem adotando o entendimento consolidado na jurisprudência do colendo STJ, no sentido de que *“para o indeferimento da gratuidade de justiça, não pode o Juízo balizar-se apenas na remuneração auferida, no patrimônio imobiliário, na contratação de advogado particular pelo requerente (gratuidade de justiça difere de assistência judiciária), ou seja, apenas nas suas receitas, é necessário que, caso haja fundadas razões para o questionamento do pedido do benefício, se faça o cotejo das condições econômico-financeiras com as despesas correntes utilizadas para preservar o sustento próprio e o da família”*. Nesse sentido:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. REVOGAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A FALTA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE. DIREITO

RECONHECIDO. AGRAVO PROVIDO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão, que, acolhendo os embargos de declaração opostos pela União, revogou o benefício da justiça gratuita concedido à parte autora/agravante, condenado-a ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa. 2. O juízo agravado revogou a justiça gratuita antes de conceder ao agravante a oportunidade de comprovarem que o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios prejudicará o sustento próprio e de sua família, contrariando, assim, à primeira vista, o disposto no art. 99, § 2º, do CPC, segundo o qual “O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”. **3. O entendimento jurisprudencial mais recente no STJ é o de que “para o indeferimento da gratuidade de justiça, não pode o Juízo balizar-se apenas na remuneração auferida, no patrimônio imobiliário, na contratação de advogado particular pelo requerente (gratuidade de justiça difere de assistência judiciária), ou seja, apenas nas suas receitas, é necessário que, caso haja fundadas razões para o questionamento do pedido do benefício, se faça o cotejo das condições econômico-financeiras com as despesas correntes utilizadas para preservar o sustento próprio e o da família”** (STJ, Ag 1.395.527/RS, Min. Benedito Gonçalves, DJE 29/04/2011; STJ, AgRg no AREsp 257029/RS, Min. Herman Benjamin, DJE 15/02/2013)”. 4. A jurisprudência deste Tribunal vem se posicionando no sentido de que, em regra, não fazem jus à gratuidade judiciária os autores que percebam mais de

10 (dez) salários mínimos mensais (PROCESSO: 08096645020174050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (CONVOCADO), 4ª Turma, JULGAMENTO: 04/12/2017; PROCESSO: 08074458220154058100, AC/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 30/11/2017; PROCESSO: 08092681020164050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, 1º Turma, JULGAMENTO: 29/11/2017). 5. Considerando que o direito ao benefício da gratuidade da justiça não exige da parte que esta se encontre em estado de penúria ou miserabilidade, bastando o prejuízo do sustento próprio ou da família e tendo, no caso, o autor/ agravante declarado não dispor de meios para custear o processo, sem que isso implique em prejuízo a sua subsistência e de sua família, é de se concluir que faz jus ao benefício pleiteado,

visto que sua renda mensal líquida, de apenas R\$ 2.873,26 (dois mil oitocentos e setenta e três reais e vinte e seis centavos), sequer supera o patamar de 10 (dez) salários mínimos. 6. Agravo de instrumento provido. (PROCESSO: 08130424320194050000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 28/11/2019)

O que se depreende do indeferimento da Gratuidade Judiciária em desfavor da parte agravada é que os fundamentos para o indeferimento do benefício se limitam à “ausência de provas acerca de que a saúde de qualquer dos autores demande gastos extraordinários e rotineiros ou de outro fato concreto que os impeçam de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento”. Entretanto, não houve um cotejo de valores em relação às despesas dos apelados para seus sustentos próprios e da família. Tampouco houve qualquer cotejo e ponderação entre o valor líquido mensal que recebem - estando alguns dos apelados desempregados e outros recebendo rendimentos de uma média de R\$ 3.000,00 (três mil reais) - e o valor da causa de R\$ 648.619,83 (seiscentos e quarenta e oito mil, seiscentos e dezenove reais e oitenta e três centavos).

Por esse motivo, não há qualquer elemento capaz de ilidir a presunção relativa de veracidade da declaração de hipossuficiência da pessoa natural, **determinando-se a aplicação do benefício da gratuidade judiciária aos recorrentes.**

II.b - DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL:

No que pertine à prescrição, entendo que é cabível a manutenção da prescrição quinquenal quanto ao pagamento dos valores retroativos deferidos. Quando se trata de direito oponível à Administração, no silêncio da lei, a prescrição ocorre em cinco anos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32 que especifica o prazo quinquenal em relação a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, prevendo, ainda, em seu art. 3º, o mesmo prazo para as hipóteses de prestações de trato sucessivo, *in verbis*:

Art. 1º. As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos a prescrição atingirá progressivamente as prestações, a medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Não se pode, é certo, olvidar o teor da Súmula nº 85, do STJ, que textualmente prevê:

Súmula 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Pelo exposto, **deve ser parcialmente provido o recurso adesivo dos particulares somente para reconhecer o direito à gratuidade judiciária, mantendo a prescrição quinquenal quanto aos valores devidos pela União.**

III - CONCLUSÃO:

Diante do exposto, **nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento ao recurso de apelação adesiva dos particulares, apenas para conceder aos recorrentes o benefício da justiça gratuita, mantendo a sentença nos demais termos (mantendo-se a inocorrência de prescrição quanto ao menor impúbere, que não foi objeto do recurso).**

Honorários recursais fixados em 2% sobre o valor dos honorários arbitrados na sentença, a cargo da União.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. ANISTIA POLÍTICA RECONHECIDA ADMINISTRATIVAMENTE. ART. 8º DO ADCT. LEI Nº 10.559/2002. PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE SUBOFICIAL COM PROVENTOS DE SEGUNDO-TENENTE. DEFERIMENTO DAS PROMOÇÕES. NULIDADE DO ATO NOTIFICATÓRIO GENÉRICO DE REVISÃO DA ANISTIA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA REVISÃO ADMINISTRATIVA DA ANISTIA. TEMA 839 DO STF: A ANULAÇÃO DA ANISTIA POLÍTICA ESTÁ SUBORDINADA AO ART. 54 da Lei nº 9.784/99, EXCETUADOS OS CASOS DE COMPROVADA MÁ-FÉ. NÃO É VÁLIDO O ATO DE ANULAÇÃO DE ANISTIA POLÍTICA QUANDO NÃO PROFERIDO POR MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSESSORADO PELA COMISSÃO DE ANISTIA. CASO EM QUE A ANULAÇÃO DA ANISTIA FOI PROCEDIDA PELA ENTÃO MINISTRA DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS. NULIDADE. AFRONTA ÀS DETERMINAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA QUE ESTABELECEAM A OBRIGAÇÃO AO ESTADO BRASILEIRO DE PRESERVAR A MEMÓRIA DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS DO REGIME MILITAR. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DAS PARCELAS VENCIDAS. EXCETUADO MENOR IMPÚBERE.

DEFERIMENTO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA.

1. Apelação interposta pela União Federal e Recurso Adesivo interposto pelos particulares Alfredo Moreira Couceiro Neto, Fábio André Ramos Couceiro e Kátia Fabíola Ramos Couceiro em face de sentença que julgou procedente o pedido autoral para declarar a imprescritibilidade dos direitos requeridos na inicial, determinando que a União proceda com a revisão da promoção do anistiado político Alberto José Fonseca Couceiro, de Segundo-Sargento para a graduação de Suboficial, com proventos de Segundo-Tenente, respeitada a prescrição quinquenal, exceto quanto às parcelas devidas ao autor incapaz, contra o qual não corre lapso prescricional. A sentença determinou ainda que a União efetive o pagamento dos retroativos reconhecidos na Portaria Ministerial nº 1.260/04.

2. Trata-se, na origem, de ação de procedimento comum proposta pelos dependentes do Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, militar atingido pelos efeitos da Portaria 1.104, de 12 de outubro de 1964, do Ministério da Aeronáutica, a qual lhe interrompeu a carreira militar após o Estado de Exceção instaurado em 1964. Em 05 de Maio de 2004 o Sr. Alberto José Fonseca Couceiro, foi declarado anistiado político através da Portaria Ministerial n. 1.260/04, na qual se reconheceu o direito à prestação mensal como Segundo-Sargento com os proventos da graduação de Primeiro-Sargento.

3. O juízo de primeira instância proferiu sentença em que julgou procedente o pleito autoral por entender que: (a) No que tange a alegação de **prescrição do direito de ação**, a jurisprudência passou a entender pela inaplicabilidade da prescrição quinquenal aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, tendo em vista serem imprescritíveis; (b) Quanto ao mérito, razão também assiste aos autores, à luz da mais recente jurisprudência em casos bastante semelhantes deve se reconhecer a graduação de Suboficial aos Cabos excluídos das Forças Armadas, em hipóteses como a presente; (c) No que diz respeito à alegação de que fora anulada a anistia política do Sr. Alberto pela Portaria nº 1.536/2020, é nulo o ato notificatório inicialmente encaminhado ao anistiado político que o informa sobre a abertura de processo administrativo de revisão de sua anistia quando não há a especificação dos fatos e dos fundamentos contra os quais deveria a parte interessada se defender (AgInt no AgInt no MS 25.857/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021).

4. Irresignada, a União Federal interpôs recurso de apelação em que alega: (a) a ilegitimidade ativa da cônjuge supérstite e dos herdeiros a propor ação judicial de revisão de ato de concessão de anistia, no que tange à base de cálculos reconhecida administrativamente; (b) incide a prescrição no caso concreto, ao menos em relação ao pedido de revisão do ato de anistia concedido administrativamente, tendo em vista que não se trata de pretensão que decorre diretamente de atos de violação à personalidade humana e nem de perseguição política; (c) foi realizado procedimento de revisão da anistia concedida ao Sr. Alberto, tendo ao final, após a observância do contraditório e da ampla defesa, sido anulada a Portaria nº 1.260, de 05.05.2004, através da Portaria nº 1.536, de 05.06.2020; (d) anulada a Portaria que declarou a condição de Anistiado Político, o ato jurídico constitutivo do crédito buscado deixa de existir; (e) a promoção à graduação de Segundo-Sargento com fixação do valor da reparação econômica de caráter indenizatório em prestação mensal, permanente e continuada correspondente aos proventos de Primeiro-Sargento se deu dentro da mais perfeita legalidade; (f) foi regular o procedimento de revisão da anistia no caso concreto; (g) a EC nº 113/2021 determinou que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) é o índice a ser utilizado para cálculo dos juros de mora e correção monetária nas discussões e nas condenações, inclusive nos precatórios, que envolvam a Fazenda Pública.

5. Os particulares Alfredo Moreira Couceiro Neto, Fábio André Ramos Couceiro e Kátia Fabíola Ramos Couceiro, herdeiros do anistiado, interpueram recurso de apelação adesivo em que pleiteiam (a) a concessão da gratuidade da justiça; e (b) a imprescritibilidade dos valores retroativos deferidos.

6. Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa para propor a ação, sob a alegação de não serem os herdeiros legitimados a discutir o feito, não lhe assiste razão. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* dos herdeiros do anistiado político já falecido para ajuizarem ação indenizatória, sob o argumento de que, embora a ofensa moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização, de cunho eminentemente patrimonial, transmite-se com o falecimento de seu titular (AgInt no AREsp 1567104/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 03/08/2020). Julgado do TRF5: PROCESSO: 08021889120204058200, APELAÇÃO CÍVEL, DE-

SEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA DAMASCENO, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 03/11/2022.

7. A alegação preliminar de prescrição do fundo de direito também não deve prosperar, eis que, consoante o entendimento do STJ, a superveniência da Lei nº 10.559, de 13/11/2002, que regulamentou o disposto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, constitui renúncia tácita à prescrição, porquanto passou a reconhecer, por meio de um regime próprio, direito à reparação econômica de caráter indenizatório aos anistiados políticos. Nesse caso, subsiste apenas a prescrição das prestações de trato sucessivo vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Julgado do TRF5: PROCESSO: 08066797420164058300, APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL

DE SOUZA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 20/02/2020. Entendimento do STJ de que “a violação dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais da pessoa humana como a proteção da sua dignidade lesada, pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível que ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Precedente: STJ, AREsp 1865976/ PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2021, DJe 23/08/2021.

8. Superadas as alegações mencionadas, importa enfrentar os argumentos de que a Portaria nº 1.260, de 05.05.2004, que declarou anistiado político Alberto José Fonseca Couceiro e os demais atos dela decorrentes fora anulada, ante a ausência da comprovação da existência de perseguição exclusivamente política no ato concessivo, através da Portaria nº 1.536, de 05.06.2020. A notificação acerca da instauração do processo revisional foi bastante genérica se deu apenas através da cônjuge, informando a determinação da realização do procedimento de revisão da anistia. Sobre a notificação do processo revisional de anistia, a Primeira Seção do STJ entendeu que é nulo o ato notificatório inicialmente encaminhado ao anistiado político que o informa sobre a abertura de processo administrativo de revisão de sua anistia quando não há a especificação dos fatos e dos fundamentos contra os quais deveria a parte interessada se defender (AgInt no AgInt no MS 25.857/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021).

9. Para além da ausência de devido contraditório no processo administrativo, o mais importante para o presente caso é esclarecer que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o Tema nº 839 ao estabelecer que a anulação da anistia política está subordinada ao art. 54 da Lei nº 9.784/99, excetuada a regra apenas quando demonstrada a má-fé do anistiado político. Além disso, o referido tema estabeleceu como requisitos de validade para a anulação do ato que concedeu a anistia política que sejam as medidas de impugnação da anistia tomadas pelo Ministro de Estado da Justiça, assessorado pela Comissão de Anistia.

10. Não é válido o ato de anulação da anistia política visto que no presente caso

(a) não houve o devido contraditório material e a ampla defesa em sede de processo administrativo; (b) inexistiu a comprovação de má-fé do anistiado político; e (c) o ato de anulação da anistia foi proferido sem obedecer aos requisitos essenciais de validade, isto é, foi emanado não do Ministro da Justiça, assessorado pela Comissão de Anistia, mas por Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos.

11. A medida de anulação da anistia política sem contraditório, ampla defesa e em descompasso com a estrita legalidade constitui afronta às determinações da Corte Interamericana que estabeleceram a obrigação ao Estado Brasileiro de preservar a memória das violações de direitos humanos do regime militar, assim como viola a plena aplicação da transição democrática que ainda se arrasta no Brasil.

12. Por fim, quanto ao mérito da discussão e sobre a alegação de que a promoção à graduação de Segundo-Sargento com fixação do valor da reparação econômica de caráter indenizatório em prestação mensal, permanente e continuada correspondente aos proventos de Primeiro-Sargento se deu dentro da mais perfeita legalidade, também não assiste razão à União. Ao militar afastado da carreira por ato político não se pode proceder às mesmas exigências conferidas ao militar que continuou, ininterruptamente, na sua carreira. Por ter sido afastado compulsoriamente, ele não teve condições de participar de cursos de aperfeiçoamento, tampouco demonstrar merecimento no desempenho de suas atividades, não podendo ser penalizado com a negativa à promoção por fato alheio à sua vontade. Há de se considerar, como condição para a promoção, apenas os prazos de permanência em atividade e a

idade-limite para ingresso em graduações ou postos constantes das leis e regulamentos.

13. Conforme o novo entendimento da Suprema Corte, em sede de Repercussão Geral (RE 799.908/DF), acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, tem-se que observar apenas os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, na época em que o servidor, civil ou militar, seria promovido. Desse modo, deve ser concedida a promoção do Autor/Apelado à graduação de Suboficial, com proventos de Segundo-Tenente, desde que cumpridos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis, independente da frequência aos cursos de aperfeiçoamento. (Precedentes desta Corte Regional: Processo 0808447-69.2015.4.05.8300, AC - Apelação Cível -, Rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, 1ª Turma, Julgamento: 29/07/2016; Processo 200584000047296, AC - Apelação Cível - 392530, Rel. Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Terceira Turma, Julgamento: 26/01/2017, Publicação: DJe - Data:03/02/2017 - Página:134).

14. Quanto à atualização dos valores, deve ser aplicada a Correção monetária pelos índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal, na forma como foi entendido em ocasião do julgamento do RE nº. 870.947/SE (Tema 810), que definiu, no tocante às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, que os juros de mora serão calculados com base nos índices aplicados à caderneta de poupança, de acordo com o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997 com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

15. Com relação ao recurso dos particulares, têm-se dois pontos que merecem ser enfrentados, os quais: (a) o pedido de gratuidade judiciária; e (b) a alegação de imprescritibilidade dos valores retroativos deferidos.

16. O que se depreende do indeferimento da Gratuidade Judiciária em desfavor da agravada é que os fundamentos para o indeferimento do benefício se limitam à «ausência de provas acerca de que a saúde de qualquer dos autores demande gastos extraordinários e rotineiros ou de outro fato concreto que os impeçam de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento». Entretanto, não houve um cotejo de valores em relação às despesas dos recorrentes para seu sustento próprio e da família. Este egrégio Tribunal vem adotando o entendimento consolidado na jurisprudência do colendo STJ, no sentido de que “para o indeferimento da gratuidade de justiça, não

pode o Juízo balizar-se apenas na remuneração auferida, no patrimônio imobiliário, na contratação de advogado particular pelo requerente (gratuidade de justiça difere de assistência judiciária), ou seja, apenas nas suas receitas, é necessário que, caso haja fundadas razões para o questionamento do pedido do benefício, se faça o cotejo das condições econômico-financeiras com as despesas correntes utilizadas para preservar o sustento próprio e o da família”. Julgado do TRF5: PROCESSO: 08130424320194050000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO DE MENESES FIALHO

MOREIRA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 28/11/2019. É cabível a aplicação do benefício da justiça gratuita.

17. É cabível a manutenção do reconhecimento prescrição quinquenal quanto ao pagamento dos valores retroativos deferidos, com exceção do caso de menor impúbere. Quando se trata de direito oponível à Administração, no silêncio da lei, a prescrição ocorre em cinco anos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32 que especifica o prazo quinquenal em relação a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, prevendo, ainda, em seu art. 3º, o mesmo prazo para hipóteses de prestações de trato sucessivo. Veja-se o teor da Súmula nº 85, do STJ: *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.*

18. Diante do exposto, desprovida a apelação da União e parcialmente provido ao recurso de apelação adesiva dos particulares, apenas para conceder aos recorrentes o benefício da justiça gratuita, mantendo a sentença nos demais termos.

19. Honorários recursais fixados em 2% sobre o valor dos honorários arbitrados na sentença, a cargo da União.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, **negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento ao recurso de apelação adesivo dos particulares** apenas para conceder aos recorrentes o benefício da justiça gratuita, mantendo a sentença nos demais termos, na forma do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife/PE, data de julgamento constante da certidão.

Desembargadora Federal **CIBELE BENEVIDES**
Relatora

Processo: **0816362-04.2017.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

CIBELE BENEVIDES GUEDES DA FONSECA -
Magistrado

Data e hora da assinatura: 16/03/2023 19:08:59

Identificador: 4050000.36836284

