

2020

VOLUME 3 | NÚMERO 1

SEMESTRAL (janeiro, julho)

ISSN (ONLINE) 2184-3082

ERC: 127200

J 2

Jornal Jurídico

“”

“É necessário cuidar da ética
para não anestesiar a
nossa consciência e
começarmos a achar que tudo
é normal.”

Mário Sergio Cortella



J2 - JORNAL JURÍDICO

Ficha técnica

Sede Social e Redação:

Startup Madeira - Campus da Penteada

9020 - 105 Funchal, Madeira


E-mail: geral@ponteditora.org

Telefone: 291 723 010

URL: ponteditora.org

URL (revista): revistas.ponteditora.org/index.php/j2

 facebook.com/ponteditora

 linkedin.com/in/ponteditora

 twitter.com/ponteditora

 instagram.com/ponteditora

Diretora/Editora-Chefe: Doutora Cristiane Souza Reis

Periodicidade: Semestral (janeiro, julho)

Propriedade: Ponte Editora, Sociedade Unipessoal, Lda.

NIPC: 514 111 054

Composição do Capital da Entidade Proprietária:

10.000€, 100% detido por Ana Leite, Doutoranda.

Gestão/gerência (não remunerada): Eduardo Leite, Ph.D.

ISSN (online): 2184-3082

ERC: 127200

EQUIPA EDITORIAL

EDITORA - CHEFE

Cristiane Sousa Reis - PhD em Direito e Sociologia pela Universidade de Coimbra, com pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais da mesma Universidade. Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro, Brasil) com especialização em Direito Público. Docente do ensino superior no Instituto de Estudos Comparados de Administração de Conflitos da Universidade Federal Fluminense (Rio de Janeiro, Brasil). Autora de diversos artigos científicos em revistas nacionais e internacionais, com ampla participação em Congressos na área do Direito, Criminologia, da Sociologia Jurídica e Sociologia Criminal.

EDITORA - AJUNTA

Ana Roso - Doutorada em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Administrativo, Universidade de Coimbra.

CONSELHO CIENTÍFICO

Allen Silva - Mestrando em Direito, Universidade Candido Mendes; Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Investigador na Universidade Candido Mendes; Membro da Associação Brasileira de Relações Institucionais e Governamentais (ABRIG); Membro do Fórum Nacional de Gestores de Inovação e Transferência de Tecnologia (FORTEC); Membro na AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs; Bolsista na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Ana Rita Babo Pinto - Mestre em Direito Administrativo, Universidade do Minho; Técnica Superior Jurista, Banco de Portugal.

Ana Roso - Doutorada em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito Administrativo, Universidade de Coimbra.

António Monteiro Delgado - Mestre em Direito, Universidade

Autónoma de Lisboa; Pós-Graduações em Direito Administrativo e Direito Fiscal, Universidade de Lisboa; Docente na Universidade de Cabo Verde e Universidade do Mindelo.

Bartolomeu Varela - PhD em Ciências da Educação, Licenciado e Pós-graduado em Direito; Docente e investigador na Universidade de Cabo Verde; Advogado e Consultor Jurídico.

Carolina Braga - Mestre em Direito, Universidade Estácio de Sá;

Especialização em Direito Digital e Compliance, Faculdade Damásio Educacional; Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro; Advogada, KCB Advogados.

Carolina Merida - Doutoranda em Direito Público, Universidade

do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, PUC-GO; Especialista em Direito Público, Direito Empresarial e Planejamento Urbano e Ambiental; Professora na

Universidade de Rio Verde – FESURV; Procuradora na Prefeitura Municipal de Rio Verde. Universidade da Madeira.

Eduardo Alves - PhD em Ciências do Trabalho – Direito da Educação, especialização em modelos jurídicos de escolas, Universidade de Cádiz; Investigador integrado no Centro de Investigação de Estudos Regionais e Locais (CIERL), Universidade da Madeira.

Fabrizio Bon Vecchio - Graduado em Direito e Finanças, Pós-Graduado por Coimbra em Direito Penal e pela Universidade de Maastrich em Tributação Internacional e Europeia; Sócio titular da banca de advogados “Vecchio Sociedade de Advocacia”.

Ines Castelo Branco - Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Em termos profissionais é advogada na CRBA - Sociedade de Advogados e formadora. **Joaquim Ramalho** - PhD em Direito, Universidade de Vigo; Docente, Universidade Fernando Pessoa.

João Proença Xavier - Pósdoctoral Research Scientist - “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España”. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Doutorado pela Universidade de Salamanca Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. UNIVERSIDADE DE SALAMANCA (Espanha).

Marina Gadelha - PhD em Direito, Universidade Católica de Pernambuco.

Mônica Gusmão - Docente de Direito Empresarial, Universidade Cândido Mendes.

Obede Dias - Advogada Criminalista de Segurança Pública, Social e Civil, Faculdade de Jundiaí – Unianchieta, Brasil. **Otávio França**-LLM em Direito Corporativo pelo IBMEC; Mestrando pela Universidade Cândido Mendes no Programa de Direito e Economia; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo; Advogado integrante da Ordem dos Advogados do Brasil.

Rui Miguel Zeferino Ferreira - Professor Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) | Juiz- Arbitro no CAAD | Advogado.

Sancha Campanella - Doutoranda em Ciências Económicas e Empresarias - Universidade dos Açores; Vice-Diretora Geral do Instituto Superior de Administração e Línguas, docente, advogada, Mediadora de Conflitos Cíveis e Comerciais e Mediadora de Conflitos Familiares, inscrita na Lista de Mediadores de Conflitos, referida no artº 9 nº 1 al) e) da Lei29/2013 de 19 de abril.

ESTATUTO EDITORIAL

- I** – O **J2 – Jornal Jurídico**, conhecido também pela forma abreviada de **J2**, é uma publicação periódica. Propriedade da Editora: Ponteditora.
- II** – O **J2** pretende divulgar trabalhos e estudos científicos da área do Direito, através de pesquisas interdisciplinares e correlacionadas com o campo jurídico.
- III** – A linha editorial do **J2** centra-se na área do Direito, abrangendo várias áreas do conhecimento metodológico crítico e progressista.
- IV** – O **J2** tem por missão poder contribuir para o desenvolvimento da investigação Jurídica e de Direito em Portugal, na CPLP e na Diáspora de língua portuguesa pelo mundo.
- V** – O **J2** é editado semestralmente, em papel, em Portugal e, quando se justificar, na CPLP, sendo disseminada no resto do mundo através da Internet.
- VI** – O **J2** terá, aproximadamente, 80 a 100 páginas de formato A4 e uma tiragem em papel inferior a 1000 exemplares.
- VII** – O **J2** destina-se a professores, investigadores e académicos, nacionais ou estrangeiros.
- VIII** – O **J2** apresenta um corpo editorial técnico e científico, aberto a académicos, investigadores e profissionais oriundos de diversas organizações e empresas relacionadas com a investigação jurídica e de Direito.
- IX** – O **J2** publica artigos académicos e científicos, originais e de revisão.
- X** – O **J2** publica em português, podendo excecionalmente apresentar artigos noutra língua, desde que se trate de uma língua reconhecida internacionalmente no meio académico e profissional, como por exemplo em inglês.
- XI** – O **J2** pretende promover o intercâmbio de ideias, experiências e projetos entre os autores e editores, contribuindo para a reflexão do Direito e para a sua ligação com a sociedade.
- XII** - O **J2** assume o compromisso de assegurar o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa-fé dos leitores, nos termos nº 1 do artigo 17º da Lei de Imprensa.

VOL.3 Nº 1

EDITORIAL	001
<i>EDITORIAL</i>	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: COMPARATIVOS INICIAIS ENTRE OS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E A INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL <i>CUSTODY AUDIENCE: INITIAL COMPARISONS BETWEEN LATIN AMERICAN COUNTRIES AND THE INTERNALIZATION OF THE INSTITUTE IN BRAZIL</i>	003
A APLICAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL E A INDEVIDA UTILIZAÇÃO COMO EQUIPARAÇÃO OU REFORÇO AO DOLO EVENTUAL <i>THE APPLICATION OF WILLFUL BLINDNESS IN CRIMINAL LAW AND THE IMPROPER USE AS AN EQUATION OR REINFORCEMENT TO EVENTUAL INTENT</i>	018
DA PROIBIÇÃO DA TORTURA AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL BREVE VISÃO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA <i>DA PROIBIÇÃO DA TORTURA AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL BREVE VISÃO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA</i>	032
OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA EFICÁCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>THE PRINCIPLES OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS IN PUBLIC ADMINISTRATION</i>	049
ÉTICA E COMPLIANCE: O PAPEL DO ADVOGADO E A CONTINGÊNCIA <i>ETHICS AND COMPLIANCE: THE ROLE OF THE LAWYER AND CONTINGENCY</i>	062

2020

MI
DICE

EDITORIAL

Editorial

Cristiane Reis

A **Revista J2** é um **Jornal Jurídico** semestral que apresenta à comunidade científica, importantes artigos, pesquisas e reflexões dentro da área jurídica da comunidade de língua portuguesa, primando pela multi e transdisciplinariedade, que já lhe é uma marca característica.

Nesta quinta edição apresentamos cinco novos artigos, de diferentes temáticas. O primeiro é de autoria de Cícero Renato Pereira Albuquerque, Olívia Costa Lima Ricarte & Fabrizio Bon Vecchio, intitulado Audiência de Custódia: Comparativos Iniciais entre os Países da América Latina e a Internalização do Instituto no Brasil. Neste artigo, os autores trazem uma importante reflexão sobre a audiência de custódia e sua importância, fazendo uma análise do instituto em questão no âmbito brasileiro em contraste com as normas internacionais aos quais o Brasil é signatário, de modo a verificar se há ou não um alinhamento entre ambos.

O segundo artigo é de autoria de Francis Rafael Beck, intitulado “A Aplicação da Cegueira Deliberada no Direito Penal e a Indevida Utilização como Equiparação ou Reforço ao Dolo Eventual”. Este artigo analisa a interpretação que tem sido dada à cegueira deliberada em matéria penal, perspassando, para tanto, pelas decisões dos tribunais superiores brasileiros, que apresentam discussão semelhante àquela que ocorre em outros países (como Portugal e Espanha) acerca da sua relação com o dolo eventual. Pretende apresentar, ainda, uma análise da definição, amparo normativo e casos paradigmáticos de aplicação da cegueira deliberada no direito estadunidense, examinando-a a partir do viés da sua incidência em julgados de países com tradição de civil law, justamente para contrapor e comparar os

debates que surgem, sobretudo, pela diferença de sistemas que o *common law* e o *civil law* possuem.

Já o terceiro artigo deste volume apresenta-nos uma discussão acerca “Da proibição da tortura: as normas cogentes do direito internacional”, de autoria de Antônio Ivanir Gonçalves de Azevedo. Este ensaio versa sobre a imposição de normas cogentes acerca de certos assuntos e fatos típicos, considerados como lesa-humanidade, como é o caso da tortura, genocídio e tráfico de pessoas, centrando-se o texto sobre o primeiro tema.

O próximo texto, de autoria de Ana Roso, trata de “Os princípios da eficiência e da eficácia na Administração Pública” que vem nos informar que ambos os princípios não encontram base constitucional, mas encontra-se no Novo Código de Procedimento Administrativo, adquirindo o status de “princípio da boa administração”. Desta feita, intenta o artigo em questão análise da evolução dos princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública.

O último artigo desta primorosa edição, de autoria de Fabrizio Bon Vecchio e de Leandro Vilela Cezimbra, é intitulado por *Ethics and Compliance: The Role of the Lawyer and Contingency*, e apresenta os conceitos éticos do Compliance e o papel do advogado nos desafios que se colocam à geração de informações financeiras por meio dos relatórios de contingência. A importância deste artigo dá-se não só pela sua atualidade, bem como pela falta de pesquisa neste âmbito, desde os bancos escolares das faculdades de direito, especificamente que se baseiem na relevância dos relatórios financeiros das empresas, o que pode vir a gerar perdas financeiras às empresas.

Assim, é com muito orgulho que apresentamos esta edição aos nossos leais leitores, agradecendo, desde já a sua constante presença, bem como aos novos leitores, convidando-os também a conhecer as edições anteriores.

Aos nossos autores e a toda equipa editorial, o nosso enorme agradecimento e reconhecimento pela contribuição e trabalho.

Boa leitura!

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: COMPARATIVOS INICIAIS ENTRE OS
PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E A INTERNALIZAÇÃO DO
INSTITUTO NO BRASIL**

***CUSTODY AUDIENCE: INITIAL COMPARISONS BETWEEN LATIN AMERICAN COUNTRIES
AND THE INTERNALIZATION OF THE INSTITUTE IN BRAZIL***

CÍCERO RENATO PEREIRA ALBUQUERQUE - UERR/UFF

OLÍVIA COSTA LIMA RICARTE - ESDC

FABRIZIO BON VECCHIO - UNISINOS

Resumo

O desenfreado crescimento da população carcerária no Brasil, que atualmente ocupa a 3ª posição na lista de países com maior massa de presos no mundo, de acordo com relatório do INFOPEN (sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional) de 2017, é tema pungente. Inobstante a quantidade exorbitante de pessoas encarceradas, a maior parte desta massa refere-se a presos provisórios, ou seja, sem condenação definitiva e, neste diapasão, a audiência de custódia releva-se com instituto imprescindível não apenas na observância da legalidade técnica da prisão flagrancial, mas também com relação à preservação da integridade física do flagranteado e da avaliação acerca da necessidade de manter o flagranteado no cárcere. Destarte, este artigo visa, primordialmente, delinear o panorama do instituto da audiência de custódia, no contexto do ordenamento jurídico pátrio, tecendo considerações em sede de direito comparado, no intuito de avaliar se há alinhamento na prática dos ditames constantes nas legislações internacionais das quais o Brasil é signatário.

Palavras-Chave: Audiência de custódia; Direitos humanos; Direito comparado

Abstract

The rampant growth of the prison population in Brazil, which currently ranks 3rd in the list of countries with the largest number of prisoners in the world, according to a report from the INFOPEN (Information System of the National Penitentiary Department) of 2017. However, most of this mass refers to provisional prisoners, that is to say, without definitive condemnation and, in this tuning, the custody hearing is related to an indispensable institute in observance not only in observance of the technical legality of the flagrant jail, but also in relation to the preservation of the physical integrity of the flagranteado and the evaluation of the need to keep the flagranteado in prison. The purpose of study is, first of all, to delineate the view of the institute of the custody hearing, within the context of the national legal system, by considering considerations in comparative law, in order to evaluate if there is an alignment in the practice of the dictates contained in the international legislations of which Brazil is a signatory.

Key Words: Custody audience; Human rights; Comparative law

1. Introdução

Audiência de custódia surgiu com o escopo precípuo de garantir, diante da apresentação em tempo razoável do flagranteado em juízo após o flagrante correlato, a preservação da sua integridade física e da observância da legalidade daquele. Essa dupla faceta do instituto deve ser analisada à luz das circunstâncias históricas e sociais nas quais ele exsurgiu e, neste diapasão, a dissertação adequar a sua instrumentalização às conjecturas atuais.

Assim, a audiência de custódia, delineada em dois dos três documentos que compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, ganha contorno a partir dos documentos internacionais “Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos” e “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, elaborados num contexto histórico marcado pelo fim da 2ª guerra mundial e sob a égide da máxima observância aos direitos humanos.

No Brasil, as assinaturas e promulgações dos documentos, incluindo o Pacto de San Jose da Costa Rica, este em sede de América Latina, se deram na conjectura do pós-guerra e da redemocratização, o que denota também a dicotomia umbilical “legalidade da prisão/ manutenção da integridade física do flagranteado” do instituto.

Este desenrolar histórico é abordado no corpo do texto, quando da narrativa dos marcos normativos e conceituais, no intuito de promover o envolvimento, quando da leitura, no universo no qual foi forjado o instituto e sua premissa basilar.

2. A evolução do instituto da audiência de custódia no brasil, à luz do direito comparado com outros países da região e a internalização no cenário jurídico nacional.

A ideia de Direitos Humanos, embora sedimentada no período pós duas grandes guerras, deu-se a partir do século XVIII, mais precisamente em 1789, tendo sido durante a Revolução Francesa que a sua consagração normativa irrompeu, defendendo a liberdade (de ir e vir e de livre pensamento e opinião), igualdade, presunção de inocência e a fraternidade.

Contudo, em 1945, o reconhecimento dos direitos humanos foi dado definitivamente, nos moldes que reconhecemos hoje, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Carta de São Francisco, elaborada com o principal objetivo garantir o gozo dos direitos humanos por todo e qualquer homem, sem distinção de raça, credo, língua ou sexo.

Ato contínuo nesta persecução, em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos nasceu com o intuito de alcance mundial vigorando tão somente em 1976, quando atingido o mínimo de adesões necessárias. No Brasil, a promulgação aconteceu com o decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, em meio à conclusão dos processos de redemocratização.

Importante destacar que a primeira menção à audiência de custódia surgiu justamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujo objetivo circunda em resguardar os denominados direitos humanos de primeira geração, os quais incluem o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à segurança pública, a proibição à escravidão, à tortura, dentre outros congêneres.

E, neste prisma, assim trouxe a primeira previsão normativa moderna que basila a audiência de custódia, constante no artigo 9º, III, transcrito *in verbis*:

“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença” (Ob. cit)

Em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, foi elaborada e representou o ápice de um processo longo e complexo e que resultou, na seara das Américas, no reconhecimento da igualdade entre os homens e o direito à dignidade da pessoa humana.

Embora a audiência de custódia tenha sido primordialmente mencionada no bojo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o instrumento de maior importância e visibilidade revelou-se ser a Convenção Americana de Direitos Humanos, em que pese a interpretação com base no princípio da especialidade, e também por se referir à região.

Destarte, a Convenção Americana de Direitos Humanos é assim conhecida, como Pacto de San José, por ter sido adotada em uma Conferência intergovernamental, promovida pela Organização dos Estados Americanos na cidade de San José, em Costa Rica, em novembro de 1969, entrando em vigor, frise-se, nove anos depois, quando atingiu o número mínimo de 11 (onze) ratificações.

O corpo do texto, composto de 82 (oitenta e dois) artigos, arrolam direitos fundamentais da pessoa humana, tais como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, à integridade pessoal e moral, à educação, dentre outros, sendo a audiência de custódia tratada no artigo 7º, V, *in verbis*:

“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.
(Ob. Cit)

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda corroborou com a criação da Resolução n. 43/173, de 09 de dezembro de 1988, que estabeleceu o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, o qual elenca rol de regras e diretrizes para tratamento da pessoa presa, prevendo também a condução imediata da pessoa detida a uma autoridade judicial.

Denota-se, pela leitura de todo o arcabouço normativo internacional, que a prisão deve ser adotada como *a última ratio*, e que quando a prisão acontecer, que no prazo mais razoável possível, seja revista do ponto de vista de sua legalidade e manutenção, pela autoridade judicial competente. E, neste ponto, merece destaque que, embora não tenha sido o raciocínio precípua do legislador, é de rigor a observação de que o julgador, atualmente, devido à grande demanda de feitos, em muitos casos tem contato com o preso apenas na audiência de instrução e julgamento, que costuma acontecer meses após a prisão.

Neste prisma, a obrigatoriedade da audiência de custódia, nos casos de prisão em flagrante, vem justamente para corroborar a preservação da dignidade da pessoa humana bem como repelir eventuais abusos e violações aos direitos do preso.

Para muitos estudiosos do direito, a preservação da dignidade do flagrantado é considerada a principal finalidade da audiência de conciliação, conforme Thiago André Pierobom de Ávila:

“Quanto à primeira finalidade, a apresentação imediata do preso ao juiz é um importante mecanismo de controle da atividade policial realizada pelo magistrado, na perspectiva de fiscal contra eventuais arbitrariedades.” (Ob. Cit, 2016, p. 301)

No ordenamento jurídico nacional, o direito do preso ser conduzido sem demora à presença de uma autoridade judiciária não se concretizou com a previsão dos tratados internacionais acima mencionados; apesar de o Brasil ser signatário tanto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto do Pacto de San José da Costa Rica desde 1992, nenhuma alteração legislativa nacional foi promovida de modo a implementar as previsões constantes nos documentos a curto ou médio prazo.

Destaca-se ainda que a reforma do Código de Processo Penal em 2008, se distanciou das previsões dos mencionados pactos, e transferiu o interrogatório do acusado, que era o primeiro ato de instrução, para o ato final da audiência de instrução e julgamento, postergando ainda mais o momento de oitiva do réu em juízo.

Ademais, tempos depois ocorreu a alteração que a lei 12.403/2011, que deu ao artigo 310 do Código de Processo Penal nova redação, ao exigir que a prisão em flagrante passasse a ser analisada por um juiz e fosse proferida uma decisão motivada sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, o cabimento de relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória. Para autores como Rogério Schietti Cruz, as alterações trazidas pela Lei supra, embora inovadora, não preencheu a lacuna referente ao que seria a audiência de custódia:

“Sem embargo da importância dessa inovação legislativa, perdurava a ausência de efetiva realização do direito do preso a ser conduzido sem demora à presença de uma autoridade judiciária, o que somente veio a se efetivar com a implementação das audiências de custódia (ou de apresentação do preso) por resolução do Conselho Nacional de Justiça.” (Ob. Cit, 2018, p. 294)

Assim, os Juízes avaliariam exclusivamente os documentos escritos antes de decidir se ordenariam a detenção preventiva ou medidas cautelares. No entanto, apesar da importância dessa alteração, não era dado ao preso o direito de ser apresentado, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária, com a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico, nos moldes descritos nos documentos internacionais já promulgados. Para Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes da Rosa, a não apresentação perante um Juiz é o fundamento para a adoção da audiência de custódia:

“Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.” (Ob. Cit, 2017)

Na realidade, o que se vislumbrou foi o aumento no índice de prisões preventivas no Brasil. Segundo dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), que é realizado, por sua vez, pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), em 2017 o Brasil já contava com aproximadamente 726 mil presos, ostentando o título de terceira maior população carcerária do mundo.

Importante ressaltar que, conforme os precedentes RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem valor supralegal, ou seja, está situada acima das leis ordinárias, somente abaixo da Constituição Federal.

Assim, em 2011, foi apresentado o Projeto de Lei 554/2011, para alterar o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, Código de Processo Penal, para determinar o prazo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. O referido projeto já sofreu inúmeras emendas, inclusive analisando a possibilidade de realização de audiência por videoconferência.

No entanto, embora este projeto ainda esteja tramitando no Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com base nas “condições desumanas das prisões Brasileiras”, já determinou a realização da audiência de custódia.

O plenário do Supremo Tribunal Federal determinou, liminarmente, que todos os Estados e o Distrito Federal regulamentassem e implantassem, no prazo de 90 (noventa) dias, os procedimentos para realização de audiência de custódia:

“O tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto de Ministra Rosa Weber, que acompanhou o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia. [...]”

Logo após, em janeiro de 2015, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conjuntamente com o corregedor geral da Corregedoria Geral da Justiça assinou o Provimento Conjunto nº 03/2015 que prevê e regulamenta os primeiros passos para a efetivação das audiências de custódia no Estado de São Paulo. A parceria entre este Tribunal e o CNJ seria um projeto piloto para a implementação da audiência em todo o país. Alguns dias depois, notadamente no dia 06 de fevereiro de 2015, o “*Projeto Audiência de Custódia*” foi lançado, e foi gradativamente implementado em capitais do país.

Já em 15 de dezembro do mesmo ano, foi assinada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução 213, que traz de maneira detalhada diretrizes e previsões acerca da audiência de custódia para sua aplicação no território nacional.

A resolução em comento concedeu mais 90 (noventa) dias para a implementação da audiência pelos tribunais, sendo que cada um regulamentou a realização de forma própria, reiterando o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação da pessoa presa diante de uma autoridade judicial.

No entanto, nem toda a comunidade jurídica acordou com a inserção da audiência de custódia no ordenamento jurídico. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), por exemplo, ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.240) questionando a constitucionalidade do Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. O STF, por outro lado, conheceu parcialmente do pedido, e nessa parte julgou improcedente, asseverando que o procedimento apenas disciplinou norma vigente, já que o direito do preso ser levado diante de um juiz está expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos.

In casu, entendeu-se que a reserva de competência federal para legislar sobre direito processual não foi ferida, pois os tratados internacionais seguem acima das leis federais e, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, são incorporados ao ordenamento jurídico em nível federal.

Ademais, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) também ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5448, com pedido de medida liminar, contra a Resolução 213 do CNJ. A associação alegou que o CNJ, ao editar a resolução, usurpou competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre matéria processual penal, em confronto com o inciso I do artigo 22 da Constituição Federal.

Na seara de entendimento supra não haveria usurpação de função do legislativo e sim proteção dos direitos mínimos de uma minoria subjugada e esquecida a própria sorte. E, em verdade, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça viria garantir direitos humanos e essenciais aos cidadãos, diante da inércia e desinteresse do legislativo.

O desfecho do imbróglio suscitado na ADI 5448 resultou na negativa de provimento, por parte da Corte Suprema, cujo *decisum* transitou em julgado em 22.03.17. Na ementa, o relator destacou a ilegitimidade ativa da Associação, que representaria apenas parte da parcela de categorias de profissionais envolvidas e que, neste diapasão, careceria de legitimidade *ad causam* para controle concentrado de constitucionalidade. Neste prisma, vale a transcrição de trecho da referida ementa, cujo voto foi seguido pela maioria do Tribunal:

“EMENTA. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Norma que repercute sobre toda a magistratura nacional. Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios. Parcela da categoria profissional. Ilegitimidade ativa. Agravo a que se nega provimento. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de que não detém legitimidade ativa *ad causam* para o controle concentrado de constitucionalidade a associação que represente apenas parcela da categoria profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado. Precedentes. Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES), Entidade

representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos Estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios (art. 2º, a, do Estatuto), não tem legitimidade para impugnar a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a qual contém dispositivos que repercutem sobre toda magistratura nacional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, 2017)

Desde o lançamento do “Projeto Audiência de Custódia” pelo CNJ e da Resolução 213, vários outros Tribunais de Justiça lançaram seus projetos com o intuito de cumprir as determinações impostas e hoje, as audiências de custódia se encontram em diferentes graus de aplicabilidade em cada estado da federação.

Vale ressaltar que muitos países da América como Argentina, Chile, Colômbia já tinham introduzido a audiência de custódia em seus ordenamentos jurídicos.

Neste diapasão, o Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu artigo 7.5 que *“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”*.

O texto segue em consonância com o artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que determina que *“...A prisão preventiva não deve constituir regra geral...”*, bem como reafirma as intenções contidas no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que inaugurou a política contemporânea de direitos humanos, no período após a segunda guerra mundial.

O pacto firmado durante a convenção ocorrida na cidade de São José da Costa Rica em 1969 veio solidificar a atuação dos Estados latino-americanos em prol da liberdade, porquanto direito humano, em sede regional.

Merece o friso que o documento interamericano fora confeccionado 24 anos após o fim da segunda grande guerra; a contemporaneidade em que se deu a sua confecção não foi um acaso, em especial com relação ao artigo 7.5, pois durante as décadas de 1950 e 1960 a América Latina se viu envolvida politicamente em regimes totalitários, numa cadeia de tomadas sucessivas de golpes de estado, o que suscitou a intervenção, principalmente visando a proteção contra prisões arbitrárias. Neste sentido, pontuamos o resumo pertinente do contexto histórico em que se deu a convenção de 1969:

“Necessário se faz alguns esclarecimentos históricos, até mesmo para uma compreensão mais ampla no que diz respeito a audiência de custódia. Com origem no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica e sigla (CADH) de 22 de novembro de 1969, **a entrevista preliminar de uma pessoa presa com uma autoridade judicial, no Brasil denominada de audiência de custódia, visava impedir prisões arbitrárias, em especial as prisões de caráter político, já que a época, países da América Latina passaram a ser dirigidos por regimes totalitários, inclusive sob comando de militares.** Apenas para se ter uma ideia, destacamos, de forma resumida, o histórico de intervenções ditatoriais na América Latina.

1954 – Guatemala: A primeira intervenção direta dos Estados Unidos no continente derruba Jacobo Arbenz, presidente da Guatemala.

1954 - Paraguai: Em 11 de julho, o chefe do Estado-Maior do Paraguai, general Alfredo Stroessner, comanda um golpe contra o presidente Federico Chávez e

assume o poder.

1962 – Argentina.: Em fevereiro, militares argentinos depõem Arturo Frondizi, presidente desde 1958. É apenas mais um golpe na Argentina, que teve depostos todos os seus presidentes desde Perón, que assumiu em 1946, a Isabelita Perón, em 1976.

1964 – Brasil: No dia 31 de março, um golpe militar derruba o presidente João Goulart. O governo não reagiu, assim como os grupos que lhe davam apoio. Em 15 de abril, o general Humberto de Alencar Castelo Branco assume a presidência.

1967 – Nicarágua: Anastasio Somoza implementa a ditadura e se mantém no poder até 1978, quando uma revolução popular, liderada por Daniel Ortega, provoca um golpe de esquerda. O novo governo, de Daniel Ortega, passa a enfrentar uma contrarrevolução apoiada pelos Estados Unidos.

1968 – Peru: Uma junta militar liderada pelo general Juan Velasco Alvarado instala-se no poder ao depor o líder Belaunde Terry.

1973 – Uruguai: Em junho, é a vez do governo democrático do Uruguai, liderado pela Frente Ampla, cair perante os militares.

1973- Chile: Em setembro, no Chile, uma ação militar cerca o presidente comunista Salvador Allende, que se suicida. Quem assume é o general Augusto Pinochet.

1978 - República Dominicana: As ditaduras começam a perder prestígio a partir de 1977, com a política de valorização dos direitos humanos do presidente americano Jimmy Carter. Uma das primeiras a cair foi a da República Dominicana, que teve início em 1965, com a invasão do país por 22 mil soldados da Organização dos Estados Americanos.

1982 – Bolívia: País campeão em quarteladas e contragolpes em todo o século 20, a Bolívia teve dezenas de presidentes desde 1964, quando foi derrubado o presidente de esquerda Paz Estenssoro (golpista e depois eleito democraticamente). **Como se percebe, a América Latina estava dominada por regimes ditatoriais, onde todos os tipos de atrocidades foram cometidos, prisões arbitrarias, execuções sumárias, e centenas de milhares de pessoas “desaparecidas” (...).** (Destaque acrescentado)” (Melão, 2015)

Neste diapasão, Chile (1980), El Salvador (1983) e a improvável e diminuta ilha caribenha Dominica (1978) foram alguns dos primeiros países a implementar as disposições que versam sobre a apresentação do flagranteado em juízo em prazo razoável de tempo. O Brasil, infelizmente, foi um dos últimos Estados-Membros da OEA a pôr em prática as intenções firmadas,(em outubro de 2015) mesmo tendo sido promulgado o Pacto de São José da Costa Rica em 1992, por meio do decreto nº 678.

Contudo, em que pese o transcurso de tempo ocorrido entre a r. convenção Americana de 1969 e o Decreto supramencionado de 1992, é impossível não o relacionar ao momento político vivido pelo país neste interstício, haja vista a tomada de poder do Estado pelas forças armadas em 1964, que perdeu até a redemocratização por completo em 1988.

Por outro lado, apenas 23 anos após a referida promulgação, houve enfim a efetivação do mecanismo – lapso temporal de difícil justificativa, num cenário de democracia plena e estável -. Desde então, de acordo com o sistema de controle do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema, foram realizadas 258.485 audiências, sendo que, ao menos no Brasil, o condão precípua do instituto, que é

o de assegurar a integridade física do flagranteado e a legalidade da sua prisão, apresentam-se números com relação a violência no trato da prisão, porém não se mostram significativos, alcançando apenas 4,9%, o que denota uma realidade de país pacífico, na contramão da crise institucional de segurança pública notoriamente instalada.

Neste mesmo banco de dados, destaca-se ainda a paridade entre as decisões que concedem a liberdade e as que decretam a prisão preventiva – 44, 68% e 55,32%, respectivamente - . Este mapeamento, atualizado com informações até junho de 2017, também não reflete a política de desafogamento do sistema penitenciário, outro ponto crítico enfrentado por nós, que possuímos a 4ª maior população carcerária do mundo. Esta paridade se repete em países com o Equador - 44% de concessões de liberdade (Endara, 2014, p. 81)-, ao passo que na Argentina o índice de soltura chega a 63% (dados oficiais) e na Costa Rica 75%, incluídos os processos que estagnaram em sede de conciliação e reparação do dano (Suarez, 2014, p. 23).

Hoje, dos 35 países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), 27 possuem em seu arcabouço jurídico a previsão da audiência de custódia, conforme levantamento realizado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Havard, nos Estados Unidos. Os prazos para apresentação do flagranteado em juízo variam de 6 (Argentina) a 72 (Saint Lucia, Saint Kitts e Nevis e a nossa vizinha Guiana) horas, mas a média, em termos de América Latina, escopo deste artigo, é de 24 horas, prazo adotado pelo Brasil, inclusive.

Com relação à estrutura organizada para o atendimento das premissas da audiência de custódia, verificam-se esforços diversos dos países que adotaram o procedimento, no sentido da melhor adequação das intenções dos documentos firmados internacionalmente e ratificados pelas legislações pátrias, à realidade de cada um. No Equador, por exemplo, as cidades e distritos, conforme a densidade populacional, são divididas por zonas policiais, cada uma com uma unidade de “*audiencia de flagrancia*”, onde atuam 4 juízes plantonistas; o país prevê o prazo de 24 horas para a apresentação do preso. No Brasil, a regra é o rodízio, sendo que em estados menores, como Roraima, restou-se estabelecido este rodízio entre os juízes criminais, que cumprem a escala de plantão de 24 horas, um por vez, atuando no núcleo de audiência de custódia.

Ainda sobre o Equador, especificamente na capital Quito, onde também se vislumbra a problemática da superlotação nos presídios, como em toda a América Latina, há ainda a divisão não só de detentos, mas também de flagranteados por categoria de delito, o que se assemelha ao Brasil, no tocante a não mistura de regimes de cumprimento de pena e de presos em situação preventiva com condenados, mas numa versão aprimorada, alcançando os presos provisórios entre si. Merece destaque que o país também adota, nas unidades de *flagrancia* procedimentos abreviados; e os dados são animadores: 86% dos procedimentos abreviados (que se submetem a requisitos como a confissão e porte do delito) ali apresentaram duração inferior à pena aplicada, num parâmetro de 386 processos.

Na Argentina, país com o menor prazo de apresentação – 6 horas -, a particularidade em destaque reside na possibilidade de apelação da decisão de custódia/flagrancia, apelação esta que possui efeito suspensivo e é submetida a uma câmara de apelações em no máximo 3 dias. Também é previsto, não em lei, mas no guia de *flagrancia* do Ministério Argentino de Justiça e Direitos Humanos, a abertura de prazo para escusa do procedimento, caso no qual há a resolução da prisão sem audiência.

Já no México, 83% das prisões consistem em flagrantes, sendo que, para cada pessoa presa por cumprimento de mandado, 5 são detidas e levadas em juízo no prazo de 48 horas. Lá, o direito penal prevê a denominada *cuasiflagrancia*, modalidade que se insere por consequência na audiência bojo desta pesquisa. Senão, vejamos breve explanação a respeito, que ilustra possíveis situações do tipo:

“El Código Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por su parte, al ocuparse del aseguramiento del inculgado obliga a los funcionarios a que practiquen diligencias de policía judicial para detener, sin necesidad de orden judicial, entre otros casos, a quienes aparezcan responsables de un delito perseguible de oficio, si se trata de delito flagrante. Y dice a continuación que “se. entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculgado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, **alguien lo señala como responsable del mismo delito**, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad”. **Así pues, a la flagrancia propiamente dicha, conforme ha sido caracterizada, ha agregado la ley procesal penal la cuasiflagrancia**, concepto y designación ya conocidos, al menos, desde la época de Carrara. (Destaque acrescentado.)” (México, INACIPE, -)

Portanto, guarda semelhança o procedimento mexicano do brasileiro neste sentido, uma vez que a legislação pátria o flagrante delito refere-se ao ato *ainda em execução, terminado ou ainda sob o seu efeito, não podendo ser negado, devido a sua evidência e aspecto, e aos objetos encontrados em poder do agente*. A evidência, no caso, remete ao flagrante presumido, em virtude de a pessoa portar objetos suspeitos, mas não necessariamente há o apontamento por parte de terceiros o que, em sede de direito Mexicano, abre mais brecha para a detenção arbitrária, já que a autoridade policial, dotada de fé pública, embora munida de indícios, não presenciou o fato tampouco houve perseguição material.

Neste prisma, a academia daquele país aponta tal peculiaridade como incongruência perante a ideia basilar do mecanismo uma vez que mesmo que prisão e continuidade do processo penal se dê sob as vestes do princípio da legalidade, causa a erosão do caráter imediatista do r. procedimento, e por consequência, a segurança jurídica:

“Como ya se dijo, la intervención penal del Estado solo es posible allá en donde el pensamiento criminal se ha manifestado en hechos y siempre que esos hechos se ajusten a la descripción que de éstos realiza la ley. Por tanto, el principio de legalidad —a través del principio del hecho y, con él, de la garantía criminal—, es un presupuesto indispensable para que pueda producirse una detención, ya sea en flagrancia, ya en caso urgente. (...)”

En estas condiciones, no cabe duda que la llamada de - tención por señalamiento erosiona la seguridad jurídica que el constituyente pretendió acrecentar al identificar, con toda claridad, en qué casos se puede detener a una persona bajo el supuesto de flagrancia y en cuáles inmediatamente después. Este peculiar supuesto de flagrancia por señalamiento no configura, si - quiera, una detención inmediatamente después de cometido el delito.” (Romero, 2015, p. 05 e p. 181)

O *desarrollo* para o impasse surge, então, a partir da continuidade de perseguição, ou seja, o “quase flagrante” Mexicano deve se dar sem a ruptura do “flagrante verdadeiro”, que pressupõe a imediatividade e continuidade.

Finalmente, encerrando a rodada de estudos prévios de direito comparado ora proposta, como país “vitrine” da audiência de custódia/*flagrancia/custody hearing*, que foi sede da Convenção Americana de 1969, onde capitulou-se o procedimento, apresenta-se a Costa Rica.

Inegável, primeiramente, é a surpresa diante da informação de que o país, que abriga a Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, não foi pioneiro na implantação do programa, esta se dando tão somente em 2008. O prazo para apresentação do flagranteado é de 24 horas, assim como no Brasil e, em 2013, foi instituída equipe de trabalho no Tribunal Penal de *Flagrancias*, que funciona 14 horas ininterruptas de quinta a domingo; nos outros dias da semana, as ocorrências entre 00:00 e 06:00 seguem o procedimento ordinário, sendo apresentados os presos a partir das 7:30 do dia seguinte ao advento do fato. Assim como em outros países latino-americanos, a exemplo do Equador supramencionado, existe a possibilidade do procedimento abreviado, no qual pode haver aplicação de medidas alternativas como a conciliação, suspensão condicional do processo e reparação integral do dano. Um levantamento realizado pelo juiz de direito Hernandez Suarez, que atua em sede de audiência de *flagrancia* em São José, constatou que de 1889 audiências realizadas, 1257 culminaram em *suspension de proceso a prueba*, ao passo que 614 findaram-se em conciliação. (Ob Cit. 2014, p. 19).

Como delineado no presente, a proposição do artigo 7.5 do Pacto de São José é única, mas de tão ampla, ramificou-se em diversas formas procedimentais, porquanto cada País membro adota hoje, apesar de similares, mecanismos com ao menos uma peculiaridade na implementação da denominada por nós como *audiência de custódia*.

Desde os prazos para apresentação em juízo do preso em flagrante – ou quase flagrante por apontamento, como no México - , até a possibilidade de adoção de procedimento abreviado imediato, como no Equador e na Costa Rica, passando pela forma de estrutura dos núcleos, que podem funcionar de forma física ou em rodízio, como estados Brasileiros, a exemplo de Roraima; é possível pontuar muitas diferenças entre os países da latino-americanos que, numa outra oportunidade, poderão balizar a análise para além da perfunctoriedade da implementação dos programas no poder judiciário, adentrando a observação profunda dos dados estatísticos resultantes destas implementações, considerando a realidade local, o sucesso obtido e as possíveis falhas, no intuito de otimizar os objetivos pilares do instituto – integridade física do flagranteado, legalidade da prisão, necessidade de sua manutenção para a persecução penal e desafogamento do sistema judicial/carcerário, que acaba na atualidade por ser um dos problemas mais graves e de difícil solução .

3. Conclusão

Brasil, 2020. A terceira maior população carcerária do mundo, índices de reincidência criminal com variantes de 30% a 70%, aparelhamento do crime organizado com forte atuação dentro dos presídios, presídios estes que, além de superlotados, guardam nos seus entremuros uma parcela de quase metade de presos sem condenação definitiva, alojados em condições notoriamente subumanas.

Por outro lado, recordes sucessivos, a cada ano, de mortes violentas, assaltos, denúncias de abuso de poder por parte dos agentes públicos, um judiciário abarrotado de demandas pendentes de julgamento.

O cenário contemporâneo do sistema prisional do país apresenta inúmeras problemáticas, numa cadeia complexa de pontos críticos que são de pungente necessidade de enfrentamento.

Em que pesem haver medidas que tem apresentado bons resultados nas rotinas internas das unidades prisionais, a exemplo da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), que promove a humanização do sistema penitenciário e de execução penal, a crise denota outros esforços que, somados e sincronizados, otimizariam as perspectivas mais positivas e otimistas de gerenciamento do *caos*, tornando a realidade mais próxima dos ditames previstos nos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário e na Constituição Federal, base do nosso ordenamento jurídico pátrio, no que se refere aos Direitos Humanos – do agente delitivo, da vítima e da coletividade - .

Assim, exsurge a audiência de custódia com nóvel paradigma, acrescentando à dicotomia análise da legalidade da prisão flagrancial/ coibição de maus tratos e tortura a faceta da instrumentalização da política de desencarceramento, realizando a máxima de que a liberdade deve ser a regra e a prisão a exceção.

Soma-se ainda a intenção de, além de desencarcerar, desafogar todo o sistema, e nisto se observam novos movimentos, tais como a consagração da justiça restaurativa, o fortalecimento da proposta de mediação e dos acordos de não persecução penal.

Outrossim, perfazendo este liame de percepção, ao passo que novas proposituras se apresentam, revelam-se também os novos desafios. Como lidar com a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva e com a reincidência? Como ponderar a necessidade de se desafogar o sistema e de promover a ressocialização efetiva? Como encontrar o equilíbrio entre *punir*, dar a resposta jurisdicional à vítima e à sociedade, e *restaurar* o agente delitivo?

Estes questionamentos constituíram o cerne da reflexão proposta neste artigo científico, sendo que no desenvolvimento da pesquisa, foi realizada busca ampla na doutrina dedicada ao tema, bem como foram analisados os julgados que examinaram e indicaram os nortes da inserção da audiência de custódia no contexto jurídico brasileiro.

Neste diapasão, buscou-se identificar os pontos que necessitam de aprimoramento para que, a partir deles, possam serem adequados os instrumentos de otimização do instituto da audiência de custódia e, como o tema da dissertação sugeriu, o aperfeiçoamento desta. O que se busca, a médio prazo, é que as estatísticas após este aperfeiçoamento tenham um desenho menos *caótico*; que consista em um mote que proceda com “Brasil, 2021, 2023...; índices críticos do sistema prisional retrocedentes”.

Ávila, T. A. P. (2016). Audiência de custódia: avanços e desafios. *Revista de Informação Legislativa*, v. 211, p. 301-333.

Conselho Nacional de Justiça. (CNJ). (2020). Dados estatísticos e controle de implementação da audiência de custódia. Consultado a 14 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-eexecucaopenal/audienciadecustodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.

Cruz, R. S. (2018). *Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora JusPodium.

Endara, J. J. T. (2014). Tese de Mestrado. La aplicacion del procedimiento em la unidad de flagrancia de Quito; eficacia judicial vs derecho a la no autoinculpación. Universidad Andina Simón Bolívarprogramademaestriadederechopenal2014. Consultado a 13 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40554.pdf>.

Governo Federal – M. J. (2017). Departamento Penitenciário Nacional – Relatório do sistema prisional brasileiro de 2017. Consultado a 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

Lopes Júnior, A. e Moraes da Rosa, A. (2015). Afinal, Quem Tem Medo da Audiência de Custódia? Consultado a 20 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia>.

Melão, G.. (2015). *In Jus Brasil*. Audiência de Custódia – o grande dilema. Consultado a 20 de julho de 2020. Disponível em: <https://georgemelao.jusbrasil.com.br/artigos/187974889/audiencia-de-custodia-grande-dilema>.

México, Vários. (2017). *In Instituto Nacional de ciências penales (INACIPE). Flagrancia. Confusiones e imprecisiones conceptuales*. Consultado a 20 de julho de 2020. Disponível em: http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/memorias_inacipe/memorias_eloisa_quintero/Flagrancia.%20Confusiones%20e%20imprecisiones%20conceptuales.php.

Organização das Nações Unidas (ONU). Carta Internacional dos Direitos do Homem: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e Protocolo Facultativo. Consultado a 13 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu1.htm>.

Organização das Nações Unidas (ONU). Convenção Americana de Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica. Consultado a 13 de agosto de 2020. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Romero, R, A. O. (2015). Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de investigaciones jurídicas. La detención en flagrancia y por caso urgente em el código nacional de procedimientos penales. Consultado a 10 de julho de 2017. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4032/17.pdf>.

Suarez, D. H. (2013). In Revista de Ciências Penales – Congreso de la asociación de ciencias penales de Costa Rica. Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica. Consultado a 10 de julho de 2017. Disponível em: <http://relapt.usta.edu.co/images/hernandez-suarez-proceso-abreviado-y-flagrancias-en-CR-onat.pdf>.

**A APLICAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL E
A INDEVIDA UTILIZAÇÃO COMO EQUIPARAÇÃO OU REFORÇO
AO DOLO EVENTUAL**

**THE APPLICATION OF WILLFUL BLINDNESS IN CRIMINAL LAW AND THE IMPROPER
USE AS AN EQUATION OR REINFORCEMENT TO EVENTUAL INTENT**

FRANCIS RAFAEL BECK

francis@francisbeck.com.br

Resumo

A cegueira deliberada (willful blindness) justifica a responsabilização criminal subjetiva nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se a eventuais consequências futuras da sua conduta na esfera penal. Nos termos do Model Penal Code norte-americano, a exigência do conhecimento (knowingly) é satisfeita pelo conhecimento da alta probabilidade de sua existência. Disseminada para outros sistemas jurídico-penais (especialmente de tradição distinta da common law), a cegueira deliberada tem sido utilizada de forma indevida, ora como equiparação (ou substituição) ao dolo eventual, ora como reforço à sua configuração (especialmente nos casos de ausência de prova acerca de seus elementos identificadores), sem maiores reflexões quanto ao seu uso, fundamentação e consequências. Dessa forma, pune-se uma conduta que, por si só, não configura nenhuma modalidade legal de dolo e tampouco indica a existência de algum déficit de punibilidade que deva ser suprido pela cegueira deliberada.

Palavras-chave: Cegueira deliberada. Instruções do avestruz. Dolo eventual.

Abstract

Willful blindness justifies subjective criminal responsibility in cases where the individual deliberately places himself in a situation of ignorance about a certain fact, in order to avoid possible future consequences of his conduct in the criminal sphere. According to the US Model Penal Code, the requirement of knowledge (knowingly) is satisfied by the knowledge of the high probability of its existence. Disseminated to other criminal legal systems (especially those of a different tradition from common law), willful blindness has been used improperly, sometimes as a comparison (or substitution) to the eventual intention, sometimes as a reinforcement to its configuration (especially in cases of absence of evidence about its identifying elements), without further reflection on its use, rationale and consequences. In this way, intention is punished as something that, by itself, does not constitute intention in view of its legal modalities, nor is there any justification for the lack of punishment that should be supplied by willful blindness.

Keywords: Willful blindness. Ostrich instructions. Eventual intention.

1. Considerações introdutórias

O direito penal, nas últimas décadas, tem sido campo fértil para a discussão de teorias e doutrinas com origem na *common law* (usualmente com um viés punitivo), reproduzidas e disseminadas em países de tradição distinta sem maiores reflexões quanto ao seu uso, fundamentação e consequências.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a interpretação que tem sido dada à cegueira deliberada em matéria penal, tendo como pano de fundo a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, que apresentam discussão semelhante àquela que ocorre em outros países (como Portugal e Espanha) acerca da sua relação com o dolo eventual.

O marco teórico envolve a abordagem científica a partir da análise da definição, amparo normativo e casos paradigmáticos de aplicação da cegueira deliberada no direito estadunidense, examinando-a a partir do viés da sua incidência em julgados de países com tradição de *civil law*, especialmente diante da tentativa de ajuste a modalidades de elementos subjetivos (dolo e culpa) já existentes.

A temática representa uma das maiores discussões contemporâneas sobre a imputação subjetiva de condutas, com incidência crescente em matéria penal, especialmente em delitos vinculados ao direito penal econômico, sem que exista amparo legal, tampouco aprofundamento jurisprudencial acerca da identificação do que se entende por cegueira deliberada e como ela deve ser ou não aplicada em consonância com a estrutura da teoria do delito.

2. Origens e compreensão da cegueira deliberada

Na cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como instruções do avestruz (*ostrich instructions*), evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*) ou ignorância deliberada, como o próprio nome sugere o agente intencionalmente “cega-se”, criando obstáculos ao conhecimento de fatos que diante de situação usual, caso mantivesse os “olhos abertos”, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente acerca da ilicitude da conduta que pratica.

A cegueira deliberada sustenta, de uma forma geral, a equiparação, para fins de atribuição da responsabilidade subjetiva, entre os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitativa e aqueles casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Tal equiparação se ampara na premissa de que o grau de culpabilidade que se manifesta em quem conhece o fato não é inferior ao do agente que, podendo e devendo conhecer, prefere manter-se na ignorância (Ragués i Vallès, 2008).

Em outras palavras, justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furta-se a eventuais consequências futuras da sua conduta na esfera penal.

Exemplo clássico de aplicação pode ser extraído do crime de tráfico de drogas, nas ocasiões em que o traficante pede para que o agente transporte determinado pacote fechado até certo endereço, sem revelar o conteúdo transportado. O entregador, por sua vez, mesmo consciente de que carrega algum produto ilícito, não faz qualquer questionamento, pois a confirmação da sua fundada suspeita o tornaria responsável pelo tráfico. Assim, o agente “cega os olhos” ou “enterra sua

cabeça” para deliberadamente não saber o que transporta e, dessa forma, invocar a ausência de dolo na sua conduta.

Dessa forma, o que se verifica é uma inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado, priorizando-se aquilo que o sujeito não sabe (os conhecimentos adicionais potencialmente alcançáveis) ao invés daquilo que está devidamente representado pelo autor (Laufer & Silva, 2009).

A origem histórica da cegueira deliberada é apontada no direito inglês do ano de 1861, no caso *Regina v. Sleep*. Décadas mais tarde, ainda no século XIX, foi acolhida pelo direito norte-americano no caso *United States v. Spurr*, julgado pela Suprema Corte no ano de 1899 (Ragués i Vallès, 2007).

Entretanto, foi apenas a partir da década de 1970 que a doutrina ganhou destaque no ordenamento jurídico estadunidense, em que passou a ser utilizada em crimes de tráfico de drogas - daí o exemplo clássico acima apontado - mais especificamente naqueles em que o acusado negava conhecer a natureza da substância transportada.

O mais destacado caso de aplicação da cegueira deliberada é o *United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (1976), em que Jewell cruzou a fronteira do México com o Estados Unidos trazendo uma vultosa quantidade de droga em um compartimento secreto do carro que conduzia. Jewell alegou que o carro não era seu e não sabia que havia droga escondida nele. Admitiu conhecer a existência de um compartimento secreto, mas deliberadamente optou por não conferir o que continha em seu interior. O Tribunal condenou Jewell, que em seu recurso, argumentou que sem o conhecimento de que havia droga no seu carro não havia configuração de dolo em sua conduta, pelo que não poderia ser condenado.

Nada obstante, a Corte de Apelações concluiu que Jewell de forma propositada e consciente quis ignorar a natureza do que estava no veículo para evitar conhecer a verdade. De acordo com o órgão julgador, a cegueira deliberada - autorizadora da condenação - ocorre quando restar demonstrado, além de qualquer dúvida razoável, que a ignorância do agente acerca de determinado fato é única e exclusivamente resultado de um propósito consciente e voluntário de evitar o conhecimento da verdade.

Em atenção ao direito penal econômico, em particular ao crime de lavagem de dinheiro, um dos delitos mais profícuos à atuação da cegueira deliberada destaca-se a especial importância o julgamento do caso *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992).

Campbell, uma corretora de imóveis, foi acusada de lavagem de dinheiro por intermediar a aquisição de um imóvel por Lawing, traficante de drogas que se apresentara como um empresário. Nos encontros, o traficante aparecia com diferentes carros de luxo e chegou a mostrar à corretora uma maleta com US\$ 20.000,00 em dinheiro para comprovar sua capacidade financeira para adquirir o imóvel. Assim, o traficante adquiriu um bem de US\$ 182.500,00, e com o conhecimento da corretora realizou o pagamento de US\$ 60.000,00 “por fora”, em pequenos pacotes, e o escriturou pela diferença do valor.

Durante o processo judicial, uma testemunha afirmou que Campbell teria declarado que o dinheiro poderia ser proveniente de drogas. De acordo com as instruções recebidas pelo júri, o conhecimento do fato pode ser satisfeito por inferências extraídas da prova de que a acusada deliberadamente fechou os olhos para o que, de outra maneira, lhe seria óbvio. Uma conclusão - acima de qualquer dúvida razoável - da existência de propósito consciente de evitar a descoberta pode permitir a equiparação com o conhecimento.

Dito de outra maneira, o conhecimento da acusada acerca de um fato pode ser inferido da ignorância deliberada acerca da existência do mesmo fato. Ao final, Campbell foi condenada pelo júri. Sua sentença foi revista pela Corte Distrital, mas, em apelação ao Quarto Circuito, a decisão distrital foi reformada, mantendo-se a condenação.

Diversos outros casos envolvendo a cegueira deliberada em relação ao crime de lavagem de dinheiro podem ser ainda apontados no Judiciário estadunidense: *United States v. Rivera-Rodriguez*, 318 F.3d 268 (1st Cir. 2003); *United States v. Lally*, 257 F.ed 751 (8th Cir.2001); *United States v. Oberhauser*, 284 F. 3d 827 (8th Cir. 2002); *United States v. Wert-Ruiz*, 228 F. 3d 250, 258 (3d Cir. 2000); *United States v. Cunan*, 152 F.3d 29 (1st Cir. 1998); *United States v. Bornfield*, 145 F.3d 1123 (10th Cir. 1998); *United States v. Long*, 977 F.ed 1264, 1270-71 (8th Cir. 1992); *United States v. Jensen*, 69 F.3d 906 (8th Cir. 1995); *United States v. Prince*, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000); *United States v. Fuller*, 974 F.2d. 1474 (5th Cir. 1992); *United States v. Rockson*, 104 F.3d 360, 1996 WL 733945 (4th Cir. 1996); e *United States v. Ortiz*, 738 F.Supp. 1394, 1400 n.3 (S.D. Fla. 1990).

Cumprir ser ressaltado que o sistema jurídico-penal estadunidense desconhece a figura do dolo eventual (Ragués i Vallès, 2008), entendido como o elemento subjetivo verificado nos casos em que o autor prevê o resultado típico, embora não o aceitando como uma certeza, mas aceitando a probabilidade e assumindo o risco sem se abster de sua conduta. De fato, a responsabilidade penal no direito norte-americano é formada pelo *actus reus* (elemento objetivo) e pela *mens rea* (elemento subjetivo). Os estados mentais necessários para configurar a *mens rea* estão classificados no *Model Penal Code*, cuja classificação é adotada pela maioria das legislações estaduais, e são divididos em quatro categorias diferentes, organizadas em forma decrescente, sendo que o primeiro e mais grave grau de culpabilidade é o “propositadamente” (*purposely*); o segundo é o conhecimento (*knowingly*); o terceiro é a imprudência (*recklessly*); e, por último, a negligência (*negligently*) (*Callegari & Scariot, 2020*).

Embora o *Model Penal Code* não defina a cegueira deliberada, dispõe na seção 2.02 (7) que a exigência de conhecimento é satisfeita pelo conhecimento da alta probabilidade, ou seja, quando o conhecimento acerca da existência de um fato específico for uma elementar do delito, tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, salvo se ela realmente acredita que ele não existe (*Callegari & Scariot, 2020*).

Dessa forma, o conhecimento é equiparado à ciência da alta probabilidade da existência de uma elementar do delito, excetuados, pelo próprio *Model Penal Code*, aqueles casos em que a pessoa confie na sua não existência (circunstância, aliás, raramente analisada nas decisões proferidas em outros países).

Nos últimos anos, a amplitude da discussão fez com que a teoria da cegueira deliberada fosse irradiada para cortes de diversos outros países, o que fez surgir sérios problemas quanto a sua interpretação, adaptação, fundamentação e aplicação no que tange à análise do elemento subjetivo do tipo.

3. A cegueira deliberada e sua aceitação pelos tribunais superiores brasileiros

A utilização da cegueira de deliberada, em âmbito penal, pelos tribunais brasileiros, depois de algumas pálidas menções em julgados sem maior destaque, teve como grande precedente o emprego em caso de ampla repercussão midiática, envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza/CE (associado a outros delitos), em agosto de 2005, que resultou na subtração de R\$ 164.755.150,00 (o que correspondia, à época dos fatos, a cerca de 71 milhões de dólares), em notas de cinquenta reais que já estiveram em circulação (no interior da caixa forte existiam ainda outros milhões de reais em notas seriadas, que foram evitadas pelos agentes do crime). Com o produto do crime foram adquiridos onze veículos de uma revendedora de automóveis, no valor total de R\$ 980.000,00, cujo preço foi pago com notas de cinquenta reais armazenadas em sacos. Além dessa quantia, mais de R\$ 200.000,00 foram deixados na empresa para futura aquisição de outros veículos.

Assim, é na parte relativa aos proprietários da revenda de veículos que a discussão quanto à cegueira deliberada tomou corpo. Após discorrer acerca dos diversos posicionamentos quanto à possibilidade de aceitação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro (fato que na legislação da época era controvertido, mas que na atual redação da lei, ressalvados entendimentos diversos, não deixa maiores dúvidas quanto à aceitação), o magistrado, com base na doutrina da cegueira deliberada e de seus precedentes estadunidenses (em particular o caso *United States v. Campbell*), fundamentou que o dolo eventual, embora não admito explicitamente nos casos de lavagem de dinheiro, vem sendo admitido, por dolo eventual, através da construção jurisprudencial da *willful blindness*. De acordo com o julgador, tal construção, em uma ou outra forma, assemelha-se ao dolo eventual da legislação brasileira, pelo que podem ser trazidas para prática jurídica nacional.

Portanto, desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da cegueira deliberada, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos, e de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo. Com esses fundamentos, a sentença proferida nos autos da ação penal n.º 2005.81.00.014586-0, publicada em 26/06/2007, pela 11ª Vara Federal de Fortaleza/CE, utilizando a figura da cegueira deliberada, condenou o representante e diretor financeiro da revenda de veículos pelo delito de lavagem de dinheiro, eis que, ao que tudo indicava, não possuíam a percepção de que o numerário utilizado era produto do furto ao Banco Central, mas certamente sabiam de sua origem ilícita.

Entretanto, em sede de apelação, o entendimento não foi mantido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação criminal n.º 5520-CE (processo n.º 0014586-40.2005.4.05.8100). No acórdão publicado em 22/10/2008, restou apontado que seria incabível a responsabilidade penal objetiva ou por presunção das pessoas relacionadas à revenda de veículos, já que as provas apresentadas eram insuficientes para o decreto condenatório. Sustenta a decisão do tribunal que, embora não seja o corriqueiro, não é incomum a venda de automóveis mediante o pagamento em espécie e o recebimento antecipado de numerário, o que, muito embora intrigante, não autoriza presumir que devessem saber que se tratava de lavagem de dinheiro.

A aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual, o que não é o caso. De fato, no tipo penal de utilizar “na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (inciso I do § 2º da Lei 9.613/98), a própria redação do dispositivo exige que o agente saiba que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes. O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão deveria saber (geralmente denotativa do dolo eventual).

Assim sendo, segue o acórdão, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da *willful blindness*, eis que as evidências não levam à conclusão de que os acusados sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual, e os meros indícios são insuficientes. Embora possa ser inusitada a apresentação de quase um milhão de reais em espécie, não há prova segura de que efetivamente soubessem ou desconfiassem da proveniência criminosa do dinheiro, impondo-se, na dúvida, a absolvição.

Dessarte, no âmbito dos tribunais superiores, o Superior de Justiça já se manifestou acerca da aplicação da cegueira deliberada em matéria penal. Em todas elas, admitindo a possibilidade da sua aplicação.

Como destaque, nos autos da ação penal 940 (Relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial publicada em 13/05/2020), em decisão que recebeu parcialmente a denúncia, ficou assentado, quanto ao delito de lavagem de dinheiro, que o empréstimo do nome e da posição jurídica de pretense proprietário das terras configura indício suficiente de autoria dos delitos imputados, sendo inverossímil a alegação de ausência de dolo, direto ou eventual, especialmente considerando a possibilidade de aplicação da cegueira deliberada. Acrescentou-se que apesar de os indícios apontarem para o possível conhecimento direto do acusado, o crime de lavagem de dinheiro admite o dolo eventual, onde entraria a aplicação do *willful blindness*.

Em decisão proferida no agravo regimental no recurso especial 1565832 (Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, publicada em 17/12/2018), relacionado ao delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, é afirmado que, para que ocorra a aplicação da cegueira deliberada deve ficar demonstrado no quadro fático apresentado que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.

O acórdão do agravo regimental em habeas corpus 407.500 (Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, publicado em 02/08/2018), em atenção ao crime de fraude ao caráter competitivo de licitação, asseverou que a decisão recorrida aduziu que o paciente agiu deliberadamente, e, uma vez presente o especial fim de agir, apenas para afastar uma das teses defensivas - de que seria impossível ao paciente controlar todos os documentos que assinava - asseverou que, ainda assim, o paciente deveria ser condenado porquanto teria aplicabilidade a cegueira deliberada.

Para justificar o entendimento, cita trecho do acórdão, onde consta que, na melhor das hipóteses, qual seja, imaginar-se que o acusado (prefeito municipal) teria agido apenas a título de dolo eventual, ficou evidenciado que ele teve conhecimento da elevada probabilidade de que participava de atividade criminosa (diante das apontadas fraudes existentes nos autos que lhe eram submetidos), bem como teve condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza

criminosa de tal atividade (de acordo com a decisão, bastava analisar cuidadosamente, pelo menos, alguns processos de licitação, adotando a amostragem como método de conferência de regularidade), porém, mesmo assim agiu deliberadamente e de modo indiferente a esse conhecimento.

No acórdão do recurso especial 1651656 (Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, publicado em 26/04/2017), na discussão do crime de lavagem de dinheiro, é asseverado que o julgado restou contraditório ao afirmar ser provável a ciência do agente acerca da origem ilícita dos valores e, ao mesmo tempo, não reconhecer o dolo eventual na conduta, à luz da teoria da cegueira deliberada, razão pela qual, tendo em vista a contradição apontada, fora determinado o esclarecimento do julgado nesse tocante.

Em sede de decisões monocráticas, a doutrina da cegueira deliberada é referida em dezenas de oportunidades.

Merece destaque o recurso especial 1868711 (decisão publicada em 03/08/2020), em que o Ministro Nefi Cordeiro afirma que o indivíduo responsável jurídico pela empresa não se inteirar da falha no recolhimento tributário, em verdade, significa assumir o risco do cometimento do resultado criminoso, sem se importar que ele efetivamente ocorra (teoria do consentimento), sendo o que a doutrina norte-americana chama de *willfull blindness doctrine*, situações em que o agente delibera não saber da natureza criminosa da sua conduta, tendo em vista que o acusado, além de ter acesso a contador devidamente habilitado, percebeu cerca de sete milhões de reais a mais no caixa da empresa, que deveriam ter sido utilizados para o pagamento de tributos e não se importou com a ocorrência do resultado (sonegação fiscal), deixando tudo, conforme alegado, sob o cuidado do contador.

Da mesma forma, em decisão proferida no agravo regimental na ação penal 920 (decisão publicada em 03/08/2020), o Ministro Jorge Mussi afirma que o empréstimo do nome e da posição jurídica de pretense proprietário das terras configura, no caso, indício suficiente de autoria dos delitos imputados, sendo inverossímil a alegação de ausência de dolo, direto ou eventual, especialmente considerando a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de dinheiro.

Por fim, decisão proferida pelo ministro Felix Fischer vincula a cegueira deliberada à intencional e inescusável autocolocação em estado de desconhecimento (recurso especial 1870911, decisão publicada em 13/05/2020) e o ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirma que, na cegueira deliberada, o agente dissimula não perceber a origem ilícita do bem recebido, apensar de demonstrar que tinha ciência da elevada probabilidade de o objeto material do crime ser de origem ilícita, situação que configura, ao menos, dolo eventual (agravo em recurso especial 1345519, decisão publicada em 31/08/2018).

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca da cegueira deliberada, e nesse cenário especial referência deve ser realizada ao acórdão proferido no âmbito da ação penal 470 (caso que ficou conhecido como “mensalão”), publicada em 22/04/2013, e que teve como relator o ministro Joaquim Barbosa. Isso porque o voto da ministra Rosa Maria Weber afirma a possibilidade de utilização da cegueira deliberada em relação aos crimes de lavagem de dinheiro, adotando, com parâmetro, as exigências das cortes norte-americanas. No mesmo acórdão, o voto do ministro Celso de Mello reitera a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber

determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.

Na ação penal 975 (acórdão publicado em 02/06/2018, relatado pelo ministro Edson Fachin), é afirmado que a cegueira deliberada é voltada à comprovação do dolo eventual. No mesmo sentido, no julgamento da ação penal 996 (acórdão publicado em 08/02/2019, relatado pelo mesmo ministro) consta que a cegueira deliberada introduz a análise relativa ao dolo eventual (tipicidade subjetiva).

Dessa forma, desde o primeiro caso de utilização da cegueira deliberada no Brasil, o que confirma com o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência brasileira, sem maior questionamento ou aprofundamento teórico, utiliza a cegueira deliberada como forma de equiparação ou reforço ao dolo eventual. Tal forma de utilização, entendida neste trabalho como indevida (como será a seguir demonstrado), parece ser a realidade de diversos outros países para os quais a *willful blindness* foi propagada.

4. A indevida utilização da cegueira deliberada como equiparação ou reforço ao dolo eventual

Apesar da sua crescente utilização, a doutrina da cegueira deliberada desperta dúvidas quanto à sua recepção por sistemas jurídicos de outros países (Ragués i Vallès, 2008). De fato, a diversidade de entendimentos na ciência penal dos Estados Unidos acerca do alcance da *willful blindness* não difere muito daquela existente em sistemas jurídicos acerca do tipo subjetivo, especialmente em relação ao dolo eventual e culpa consciente. A confusão é agravada pelas numerosas fontes da *common law* e pela obscuridade dos precedentes que se sucedem ao longo dos anos, ao ponto de alguns autores apelarem à ação do legislador como única forma de resolver a complexa situação. As interrogações criadas quanto à abrangência da cegueira deliberada nos ordenamentos jurídicos que historicamente a contemplam deveriam ser motivo inicial de reflexão acerca da conveniência da importação dessa figura (Ragués i Vallès, 2007).

Como visto, e ao contrário do entendimento sedimentado nos tribunais superiores brasileiros, a cegueira deliberada, de acordo com a sua matriz norte-americana, na medida em que não trabalha com assunção ou aceitação de um resultado altamente provável, não se presta à equiparação ao dolo eventual (que apresenta requisitos próprios, como a postura indiferente ao resultado projetado), mas como um suporte legal para o alargamento do conceito de conhecimento (*Callegari & Scariot, 2020*). Dessa forma, não se pode simplesmente aplicar a cegueira deliberada da *common law* para o direito brasileiro (da mesma forma como a outros sistemas jurídicos semelhantes quanto ao tipo subjetivo, como é o caso do português), tendo em vista que a função desempenhada pela *willful blindness* naquele sistema é permitir a expansão da punibilidade dos crimes que têm como elemento subjetivo o conhecimento para situações em que o agente não tem conhecimento efetivo das circunstâncias elementares do crime (Lucchesi, 2018). Tal constatação, ao passo em que faz sentido no sistema estadunidense, não o faz em sistemas jurídicos diversos.

Da forma como verificado no Brasil, tal como em outros países, o que se pretende não é expandir o âmbito de incidência do conhecimento, mas identificar ou equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual (Lucchesi, 2018), fato que se

mostra preocupante, na medida em que caracterizam como dolosos comportamentos *ontológica e normativamente* diferentes (Bottini, 2013).

De fato, os casos que envolvem a cegueira deliberada, com uma tendência natural a ser aplicada em âmbitos relacionados ao direito penal econômico, exigem uma reflexão acerca do dolo para constatar se é suficiente, para efeito de imputação jurídico-penal, que alguém saiba que está participando em uma possível atividade delitiva. Dessa forma, o recurso à *willful blindness*, pela qual o erro é tratado como dolo quando “não se sabe porque não se quer saber” é uma solução contrária ao princípio da legalidade e dogmaticamente insatisfatória, na medida em que pode dar lugar a soluções versaristas (no sentido de quem quer a causa também quer o resultado - *versari in re illicita* - o que, em última análise, geraria uma responsabilização objetiva), já que aquele que sabe que está fazendo algo incorreto pode acabar sendo responsabilizado por tudo o que acontecer, inclusive nos casos em que o fato seja de difícil previsão (Feijoo Sánchez, 2009).

No mesmo sentido, a equiparação entre o conhecimento efetivo e o desconhecimento buscado também gera dúvidas quanto a suas consequências. Para Ragués i Vallès (2008), não se pode deixar de apontar numerosos casos em que o agente quis manter-se em um estado de desconhecimento e que, apesar das circunstâncias, pareceu excessiva a responsabilização a título de dolo. Caso determinadas situações de desconhecimento provocado parecem suscitar uma necessidade de punição não inferior à do dolo eventual, existem outras que não merecem maior sanção do que a prevista para os casos de culpa, o que exige sejam realizadas distinções dentro da própria cegueira deliberada, uma difícil tarefa.

Dessa forma, a equiparação entre certos casos de cegueira deliberada com os de dolo segue suscitando um problema sério de proporcionalidade, que faz com que se trate um indivíduo com pleno conhecimento da conduta ilícita da mesma forma do que um que a desconhece, ainda que deliberadamente.

Em realidade, esse problema não é encontrado apenas em relação à cegueira deliberada, já que também ocorre na equiparação entre o dolo direto e eventual, que trata de maneira idêntica os casos de intenção e aceitação. Atualmente, essas questões somente podem ser resolvidas, parcialmente e não sem grande esforço, no âmbito da determinação da pena, embora os tribunais não pareçam muito dispostos a esse enfrentamento.

A solução definitiva deveria passar por uma redefinição geral do sistema de imputação, tanto no âmbito da lei como da ciência penal, que reconheça como genericamente puníveis certas configurações subjetivas (como o dolo eventual e algumas modalidades de ignorância deliberada), mas com consequências punitivas menos severas do que em outras formas de dolo (Ragués i Vallès, 2008).

Como afirma Luchesi (2018), é certo que algumas situações de cegueira deliberada podem ser alcançadas pelo dolo, sem que se precise recorrer à cegueira deliberada enquanto o novo critério subjetivo de importação. Em sentido semelhante, afirma Ferraz (2018) que a cegueira deliberada não é uma categoria de imputação subjetiva, ou seja, não é uma categoria intermediária entre dolo e a imprudência, tampouco uma subcategoria específica do dolo (que pudesse abranger, em alguma medida, o dolo eventual) ou modalidade especial de imprudência (que pudesse torná-la mais grave), mas deve ser entendido como um indicador qualificado do significado do dolo.

Ao discorrer sobre a utilização da cegueira deliberada na jurisprudência espanhola, Ragués i Vallès aponta diversas objeções, que podem ser trazidas para a discussão também na realidade brasileira e portuguesa, dentre as quais merecem

destaque: (1) não há uniformização de entendimento, que oscila do apontamento da culpa até a equiparação ao dolo direto; (2) não há demonstração da sua necessidade e utilidade, já que não restam claros quais casos ela poderia resolver que não tivessem condições de antes já serem decididos pelos conceitos tradicionais de dolo direto, dolo eventual, culpa consciente e culpa inconsciente (os casos em que é aplicada são geralmente resolvidos pelo dolo eventual); (3) na prática, é utilizada para fundamentar condenações em que o órgão julgador não se esforça para colher provas do elemento subjetivo ou quando tais provas não existem no processo; (4) igualmente em casos concretos, a sua aplicação usualmente vem desacompanhada de fundamentação acerca dos elementos concretos de prova acerca da “cegueira deliberada”; (5) a dificuldade de prova da “alta probabilidade” da origem criminoso do bem, direito ou valor é ainda maior do que a da “previsão” exigida para o dolo eventual; (6) a doutrina parece criar uma nova forma de imputação subjetiva sem qualquer base legal, ferindo a legalidade; (7) muitas vezes representa um mero recurso retórico que permite afastar os deveres de motivação do juiz em relação à prova de delitos que apresentam penas altas, como o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro (Ragués i Vallès, 2007).

Assim, embora a cegueira deliberada possa se mostrar uma ferramenta útil para aqueles que desempenham a função de acusadores em um processo, a fim de evitar a impunidade em razão de déficits de imputação subjetiva, em outra perspectiva cria problemas de adequação ao sistema de responsabilidade subjetiva que distingue unicamente o dolo da culpa, além de suscitar dúvidas de proporcionalidade (Ragués i Vallès, 2008). Dessa feita, o primeiro ponto a ser superado é a falta de reflexão no uso da teoria, sua fundamentação e consequências (Ragués i Vallès, 2007).

De fato, se a cegueira deliberada equivale ao dolo eventual, não é necessário se construir uma teoria sobre a cegueira deliberada, eis que bastaria aplicar o dolo eventual. Se o conceito de dolo eventual é insuficiente, havendo uma lacuna de punibilidade, não basta dizer que a cegueira deliberada é dolo eventual, seria preciso dizer mais, propondo critérios adicionais que a distinguiriam do dolo eventual (Lucchesi, 2018).

Da forma como aplicada, a cegueira deliberada apresenta uma função latente de permitir a punibilidade de condutas impuníveis na aplicação da legislação penal vigente, o que se faz possível pela incorreta aplicação da cegueira deliberada como categoria de expansão do conceito legal de dolo e como critério de desconsideração da ausência de elementos probatórios (Lucchesi, 2018).

Para Bottini (2013), melhor que equiparar o dolo eventual à cegueira deliberada seria a criação legislativa de novas modalidades de imputação subjetiva, para além do dolo e da culpa, evitando-se o alargamento e a imprecisão dos institutos que permite punir como o dolo algo que não é dolo (Lucchesi, 2018).

5. Considerações finais

Como constatado no presente trabalho, a cegueira deliberada, de uma forma geral, equipara, para fins de atribuição da responsabilidade penal subjetiva, os casos de conhecimento efetivo dos elementos objetivos que configuram uma conduta delitiva e os casos de desconhecimento intencional relativo a tais elementos. Assim, ampara a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de

determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais consequências futuras da sua conduta na esfera penal.

Redescoberta no direito estadunidense na década de 1970, em atenção ao delito de tráfico de drogas (coincidentalmente ou não, justamente no período de surgimento da chamada “guerra contra as drogas” norte-americana, inaugurada pelo presidente Nixon), não tardou a se espalhar para outros delitos, em especial a lavagem de capitais.

No Brasil, assim como em outros países de *civil law*, os efeitos da propagação da cegueira deliberada iniciaram-se no início dos anos 2000, sendo hoje amplamente aceita a sua aplicação pelos tribunais superiores, sem maior aprofundamento teórico, como uma forma de equiparação ou demonstração do dolo eventual.

No entanto, ao contrário do entendimento que tem se consolidados nos tribunais, a cegueira deliberada, de acordo com a sua matriz norte-americana, não se presta à equiparação ao dolo eventual, mas sim como um suporte legal para o alargamento do conceito de conhecimento, de modo a permitir a expansão da punibilidade dos crimes que têm como elemento subjetivo o conhecimento para situações em que o agente não tem conhecimento efetivo das circunstâncias elementares do crime.

As objeções ao uso da teoria podem ser concentradas nos seguintes pontos: (a) ausência de uniformidade de entendimento (que oscila do apontamento da culpa até a equiparação ao dolo direto); (b) ausência de demonstração da sua necessidade e utilidade; (c) utilização para fundamentar condenações quando não existem provas suficientes do elemento subjetivo; (d) aplicação desacompanhada de fundamentação acerca dos elementos concretos de prova acerca da cegueira deliberada; (e) a dificuldade de prova da “alta probabilidade” da ilicitude, que é ainda maior do que a da “previsão” exigida para o dolo eventual; (f) ausência de base legal; (g) representação de um recurso retórico que permite afastar os deveres de motivação do juiz em relação à prova de delitos.

Dessa forma, cumpre seja superada a falta de reflexão em seu uso, fundamentação e consequências.

De fato, se a cegueira deliberada equivale ao dolo eventual, não é necessário que dela se faça uso, bastando que se utilize do já conhecido (e mesmo assim complexo) dolo eventual. Caso se entenda que exista uma lacuna de punibilidade que justificaria a sua adoção (o que não parece ser o caso), é necessário que sejam propostos critérios que a distingam do dolo eventual. Ademais, torna-se fundamental que eventual alteração legislativa atente para a proporcionalidade, o que exige a devida análise da maior ou menor reprovabilidade daquele que se coloca em estado de ignorância proposital em relação ao dolo e a culpa.

Por derradeiro, o que se mostra indevido é a cegueira deliberada ser inadvertidamente equiparada ao dolo eventual – pois definitivamente não se tratam de institutos equivalentes – e ser utilizada como reforço à configuração do dolo, especialmente nos casos de ausência de prova acerca do elemento subjetivo legalmente previsto.

- Bottini, P. (2013). A cegueira deliberada no julgamento da ação penal 470. *Consultor Jurídico*. Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>.
- Callegari, A. & Scariot, D. (2020). O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual? *Consultor Jurídico*. Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada>.
- Feijoo Sánchez, B. (2009). Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial: un esbozo de una teoría geral de los delitos económicos. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, 2/2009, 1-74.
- Ferraz, S. (2018). O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo. Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.
- Justiça Federal no Ceará (2020). Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://www.jfce.jus.br/#fechar>.
- Laufer, C. & Silva, R. (2009) A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, 204, 10-11.
- Lucchesi, G. (2018). Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons.
- Model Penal Code (1962). Recuperado em 5 outubro, 2020, de https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Model_Penal_Code.docx.
- Ragués i Vallès, R. (2007) La ignorancia deliberada em derecho penal. Barcelona: Atelier.
- Ragués i Vallès, R. (2008) La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *Revista para el análisis del derecho (InDret)*. 3/2008, 1-28.
- Superior Tribunal de Justiça (2020). Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.
- Supremo Tribunal Federal (2020). Recuperado em 5 outubro, 2020, de <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.
- Tribunal Regional Federal da Quinta Região (2020). Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://www.trf5.jus.br/index.php/jurisprudencia-home>.
- United States v. Jewell, 532 F.2d 697 (1976)
- United States v. Ortiz, 738 F.Supp. 1394, 1400 n.3 (S.D. Fla. 1990)
- United States v. Long, 977 F.ed 1264, 1270-71 (8th Cir. 1992)
- United States v. Fuller, 974 F.2d. 1474 (5th Cir. 1992)

- United States v. Campbell, 977 F.2d 854 (4th Cir. 1992)
- United States v. Jensen, 69 F.3d 906 (8th Cir. 1995)
- United States v. Rockson, 104 F.3d 360, 1996 WL 733945 (4th Cir. 1996)
- United States v. Cunan, 152 F.3d 29 (1st Cir. 1998)
- United States v. Bornfield, 145 F.3d 1123 (10th Cir. 1998)
- United States v. Wert-Ruiz, 228 F. 3d 250, 258 (3d Cir. 2000)
- United States v. Prince, 214 F.3d 740 (6th Cir. 2000)
- United States v. Lally, 257 F.ed 751 (8th Cir.2001)
- United States v. Oberhauser, 284 F. 3d 827 (8th Cir. 2002)
- United States v. Rivera-Rodriguez, 318 F.3d 268 (1st Cir. 2003)
- U.S. Department of Justice (2020) Criminal Division: Asset Forfeiture and Money Laundering Section. Recuperado em 5 outubro, 2020, de <https://www.justice.gov/criminal-mlars>

**DA PROIBIÇÃO DA TORTURA
AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL
BREVE VISÃO DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

*DA PROIBIÇÃO DA TORTURA
AS NORMAS COGENTES DO DIREITO INTERNACIONAL
BREVE VISÃO DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA*

ANTÔNIO IVANIR GONÇALVES DE AZEVEDO
antonioivanir@gmail.com

Resumo

O mundo civilizado instrumentalizou os Estados com meios jurídicos rígidos, proibindo determinadas condutas consideradas crimes contra a humanidade, tais como a tortura, o genocídio e o tráfico de pessoas. Os conflitos gerados pelos sistemas adotados em cada Estado foi solucionado a partir dos Tratados e Convenções Internacionais, dos quais se destaca, a partir da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigo 53º), a imposição de princípios e normas obrigatórias a que se usou denominar *ius cogens*, sendo as mesmas inderrogáveis e peremptórias. Com base nisso, as omissões e leis dos Estados que praticaram crimes como a tortura foram tolhidos de permitir anistias ou impedir a investigação e punição dos culpados, não sendo aceitas reservas impeditivas de aplicação das regras cogentes (*ratione temporis* e outras). Casos notórios como o Caso Grego, o Caso Almonacid vs. Chile e Vladimir Herzog Vs. Brasil proclamaram a invalidade das leis internas que impediram o cumprimento das normas vigentes e obrigatórias, mesmo em relação a fatos anteriores às adesões dos Estados.

Palavras-Chave: Tortura. Proibição. *Ius Cogens*. Aplicação das normas cogentes de direito internacional. Jurisprudência.

Abstract

The civilized world has instrumentalized States with strict legal means, forbidding certain conducts considered crimes against humanity, such as torture, genocide and human trafficking. The conflicts generated by the systems adopted in each State were resolved based on the International Treaties and Conventions, of which, from the Vienna Convention on the Law of Treaties (article 53), stands out. The imposition of mandatory principles and norms on used to call “*ius cogens*”, the same being non-derogable and peremptory. Based on this, the omissions and laws of the States that committed crimes such as torture have been restricted from allowing amnesties or preventing the investigation and punishment of the guilty, and reservations that prevent the application of current rules “*ratione temporis*” and others are not accepted. Notorious cases such as the Greek Case, the Almonacid Vs. Chile and Vladimir Herzog Vs. Brazil proclaimed the invalidity of internal laws that prevented compliance with current and mandatory rules, even in relation to facts prior to the accessions of the States.

Key Words: Torture. Prohibition. *Ius Cogens*. The applicable rules of international law. Jurisprudence.

1. Introdução:

1.1. Situação do tema

A tortura é uma das práticas cruéis mais antigas do mundo e um dos mais degradantes crimes contra a humanidade e a dignidade da pessoa humana. Através de métodos brutais, o torturador tenta obter do torturado a *confissão* que o opressor quer ouvir do oprimido: um meio de submissão mediante intimidação¹.

A idade média² foi profícua em tais usos e abusos.

Mas, pensar-se que tal prática é coisa superada no tempo e na história revela-se ledor engano: é realidade tão atual e presente, como nos tempos da inquisição³, sem dúvida um período marcante, como prática aprovada pelo Estado – atravessando os séculos e chegando à era atual pela via dos conflitos de civilização, tais como as duas grandes guerras, as guerras civis, a implantação de regimes totalitários e outras formas de conflito.

O *mundo civilizado* tentou meios para coibir tais abusos. Historicamente, a primeira iniciativa a respeito pode ser registrada pela Convenção de Genebra, de 1929⁴, cujo objetivo foi definir o tratamento de prisioneiros de guerra, culminando com a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, concluída em 10/12/1984, aprovada pela Resolução 39/46 da Organização das Nações Unidas.

Entretanto, a esta última antecederam: (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ (b) a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos⁶; (c) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁷, e o Pacto de San José da Costa Rica⁸.

A questão que imediatamente surge é: qual a razão para que os países ditos civilizados e instituições internacionais tenham dado tamanha importância ao tema, a ponto de estabelecer uma série de normas a cerca de sua proibição? O desafio a esta indagação estaria na fragilidade humana, ou na capacidade do homem de impor a seus semelhantes tratamentos degradantes, ou de impedir-se que a capacidade de desvio de comportamentos e princípios concebidos para garantia do respeito à vida e à cidadania sejam novamente despertados em espíritos iníquos e com habilidade de mobilizar multidões e Estados, e colocar a humanidade aos pés da indignidade e das atrocidades invocadas em nome de uma causa⁹?

Sendo uma questão de alta relevância para defesa da vida e da dignidade do ser humano, qual a força vinculante ou coercitiva dos tratados, convenções e acordos internacionais, diante de outros princípios, como a soberania das nações, a

¹ Ver, também, nota 9.

² Período que costuma ser situado entre o ano 476, com a queda do Império Romano, e o ano de 1.453, com o início da Era Moderna.

³ A Inquisição não foi apenas **espanhola**, sem dúvida um dos registros mais marcantes: houveram outras, a iniciar-se pela bula “*Ad Abolendam*” (1184), do Papa Lúcio III, passando pelo Terceiro Concílio de Latrão (1179), pela codificação do Quarto Concílio de Latrão (1225) e avançando pelas bulas do Papa Gregório IX (1230). Mas, foi o Papa Inocêncio IV quem autorizou o uso da **tortura**, mediante a bula *Ad Extirpanda* (1252).

⁴ Designada como a **terceira convenção de Genebra**, pois duas outras a precederam: 1864 e 1906, seguindo-se a quarta convenção, de 1949, que acresceu a proteção de civis em períodos de guerra. Embora se diga que a Convenção de 1929 tenha sido a primeira, estudiosos defendem que os primeiros instrumentos dessa luta a antecederam em muitos séculos, podendo se dizer que a Magna Carta já continha alguns elementos com tal objetivo, tal como coibir os abusos sem julgamento.

⁵ Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948.

⁶ Assinada em Roma, em 04 de novembro de 1950 e em vigor desde 03 de maio de 1953.

⁷ Cartagena das Índias, Colômbia, em 09 de dezembro de 1985.

⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.

⁹ Cabe lembrar que a tortura não foi praticada pelo homem, ao longo do tempo, apenas para fins de obter confissões. Não raro, foi utilizada como forma de castigo ou, até mesmo, por sadismo. Algumas lideranças marcantes, e que são objeto de vários estudos, despertam tal interesse, como é o caso do discurso nazista que mobilizou a Alemanha nos anos '30.

autodeterminação dos povos e a independência política que emana das liberdades públicas e do chamado *estado democrático de direito*, entre outros?

Finalmente, se os acordos, tratados e convenções internacionais têm força vinculante para adentrar os sistemas internos, como uma prática do direito internacional público, qual a necessidade de tantas invectivas, como o ribombar dos tambores na selva, os sinais de fumaça, e os bits a percorrerem o ciberespaço, a enviar mensagens para todas as direções¹⁰?

A isso se tratou de criar uma via de estabilidade através de cláusulas peremptórias, ou pétreas, e obrigatórias, a que usou chamar *ius cogens*, singularizada na via dos tratados e, através deles, importadas para os sistemas internos. É disso que trataremos aqui, secundados pelo estudo de alguma jurisprudência que os haja enfrentado.

1.2. Proibição e tratados

A) Da definição de tortura

Ainda que se afigure inconcebível que o Estado, ou quem detenha a força em seu nome, possa decretar ou permitir a tortura de um cidadão, esta constou claramente da bula papal *Ad Extirpanda*, incluindo a moderna prática da *delação*, não como atenuante, mas como obrigação¹¹⁻¹², enquanto métodos e instrumentos¹³ brutais foram aperfeiçoados ao longo do tempo.

Os atos que a caracterizam podem ser enumerados como: a) um ato intencional; b) que cause severos danos físicos ou mentais e c) praticados com determinado fim ou propósito¹⁴.

Ao longo do tempo, as Cortes Especializadas identificaram numerosos métodos de os praticar: 1) tortura física (choque elétrico, cadeira de dragão, palmatória, afogamento, telefone, sessão de caratê ou corredor polonês, uso de produtos químicos [soro da verdade, temperar com éter e injeção de éter], sufocamento, enforcamento, crucificação, furar poço de petróleo, colocar de pé sobre duas latas abertas, geladeira, pau-de-arara, utilização de animais, coroa de cristo, churrasquinho e outras; 2) tortura psicológica (tortura físico-psíquicas, ameaças à vítima, ou ameaça a familiares e amigos (à vítima, ou a terceiros e humilhação, incluindo familiares, mulheres grávidas e filhos e crianças)¹⁵.

¹⁰ Anastásio Ovejero Bernal explica o fenômeno com a tese da memória social ou coletiva: a capacidade de sermos levados a esquecer os grandes desastres, que "... *proviene de la tremenda contradicción que existe entre la fragilidad y distorsión de nuestros recuerdos, por una parte, y la enorme confianza que tenemos en ellos, por otra*" (in "Fundamentos de Psicología Jurídica e Investigación criminal", p. 83).

¹¹ Lex 25 - § 26: Além disto, a Autoridade ou Dirigente seja obrigado a *forçar* todos hereges, os que tiver capturado, a *confessar seus erros expressamente*, assim como verdadeiramente ladrões, e homicidas de almas, e surrupiadores dos sacramentos de Deus e da Fé Cristã, e a *acusar outros hereges, os que conhecem*, e os crentes e os receptadores, e os defensores deles, assim como *são forçados* os surrupiadores e os ladrões das coisas temporais, a *acusar seus cúmplices*, e a *confessar* os malefícios que fizeram, até o limite da *diminuição de membro e perigo de morte* (obs.: tradução do latim. A tradução espanhola substitui "forçar" por "torturar").

¹² Apesar da origem, hoje se identifica a inquisição e o "Tribunal do Santo Ofício" como uma instituição eclesíastica de caráter **judicial**; acredita-se que esse poder só separou do Estado com a adoção de cartas laicas, em que a Igreja deixou de integrar os poderes instituídos.

¹³

https://www.google.com/search?rlz=1C5CHFA_enPT802PT802&sxsrf=ALeKk014XqzIQCwStpuhsBVhJiC_JXJsutA:1592046340504&source=univ&tbm=isch&q=museu+da+tortura+portugal&sa=X&ved=2ahUKewi5v93k0v7pAhWNERQKHe-sDfwQsAR6BAgKEAE&biw=1280&bih=766 (Museu da Tortura de Portugal – site acessado em 13/06/2020).

¹⁴ Extraído da "Sentencia de 11 de mayo de 2007" da Corte Interamericana de Derechos Humanos, no caso "Bueno Alves Vs. Argentina" (parágrafo 79).

¹⁵ Extraído da "Sentença de 15 de março de 2018" da Corte Interamericana de Derechos Humanos, no caso "Herzog e Outros Vs. Brasil", parágrafo 240.

A Convenção Contra a Tortura e Tratamentos Degradantes, a seu turno, definiu-a, para fins daquele Texto¹⁶:

“1 - Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expreso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados”.

Há, porém, uma distinção entre *tortura* e *tratamento degradante*, sendo que a primeira tem um sentido amplo (gênero), que pode conter a segunda (espécie), embora toda tortura configure tratamento desumano e degradante¹⁷.

B) Da proibição da tortura:

A *liberdade* sempre foi o maior desafio do humanismo, desde o Código de Hamurabi, passando pela Lei de Talião e do direito de punir (*princeps legibus solutus est*), até os dias atuais: quatro dos cinco continentes passaram por períodos de guerra e revolução e cinco se envolveram na (segunda) *guerra para terminar todas as guerras*. Até aí, já havia tentativas de criar-se um regimento humanista, como se vê da **Declaração da Virgínia**¹⁸, que após resultou na Declaração de Independência dos Estados Unidos, com forte influência das filosofias de Rousseau e Montesquieu¹⁹, e, após a tomada da Bastilha, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁰⁻²¹. Depois da Segunda Grande Guerra, a Carta das Nações Unidas²² é seguida pela Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA²³ e, depois, pela criação do Conselho da Europa²⁴, destacando-se de todas elas a necessidade de proteção dos direitos humanos, e de várias outras²⁵, tais como: (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (b) a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos; (c) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o Pacto de San José da Costa Rica²⁶.

Os desafios, como adiante será examinado, vieram com os tratados e convenções específicas trazendo a expressa proibição da tortura. Durante a Segunda Grande Guerra, estava em vigor a Convenção de Genebra (1929), cujas normas sobre o tratamento de prisioneiros de guerra foram extensamente desrespeitadas²⁷.

¹⁶ Nações Unidas, Res. 39/46, Artigo 1º, n. 1.

¹⁷ Reidy, Aisling: “The prohibition of torture”, in “Human rights handbooks”, n. 6, p. 11).

¹⁸ Em 12/06/1776.

¹⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado. *Promotor de Justiça e Direitos Humanos*, p. 27. Essa influência, aliás, se deve a Thomas Jefferson, que viveu na França durante longo período, desempenhando o papel de Embaixador, antes de retornar aos Estados Unidos e ser eleito seu 3º presidente.

²⁰ Aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa.

²¹ Observa Cândido Furtado Maia Neto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tem caráter de Tratado, embora seja aceita como um valor universal (op. Cit., p. 28). Somente em 1948 foi aprovada pela ONU.

²² Carta da ONU: 26/06/1945, com vigência internacional desde 24/10/1945.

²³ Bogotá, 1948.

²⁴ Em 1949, firmada por 21 países.

²⁵ Histórico completo em MAIA NETO, Cândido Furtado. Idem, p. 29-31: **Regras Mínimas para tratamento de reclusos** (ONU, Res. 633-CI); Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (ONU, Ass. Geral, 17/12/1979, Res. 34/169) e Projeto de Princípios para Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (aprovada em 09/12/1988, ONU, Res. 43/173).

²⁶ Vide notas 5 a 8 infra.

²⁷ Observa-se, aliás, que o Estatuto do Tribunal de Nuremberg (responsável por julgar os crimes praticados durante o nazismo), trouxe uma primeira versão dos crimes de lesa-humanidade, referindo suas características gerais, mas de modo extremamente vago, como observam Carmen Letícia da Maia Pereira e Flavia Cristina Piovesan, em seu estudo “A contribuição do caso Grego para o Direito

Na Convenção Europeia (1950), consta do artigo 3º que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Seu grande desafio foi o *Caso Grego*²⁸, que remonta ao ano de 1967, quando um golpe militar instaurou uma ditadura na Grécia²⁹. Com as queixas de violação aos direitos humanos apresentadas à Comissão Europeia, a Grécia invocou a reserva do artigo 15³⁰, justificativa, aliás, rejeitada, findando-se por reconhecer a violação ao artigo 3º (941 documentos; 213 queixas de tortura e oitiva de 58 testemunhas em Estrasburgo e Atenas), concluindo que o Governo não adotou qualquer atitude para impedir e interromper as práticas ou punir os torturadores³¹.

A importância do *Caso Grego* refletiu não apenas no conceito internacional de Tortura, mas na forma de os tratar perante os Tribunais, daí resultando na adoção da Resolução 3.452 da ONU, classificando a tortura como um tratamento *cruel, desumano e degradante*, vindo a inspirar a Convenção de 1984³²⁻³³, de modo a possibilitar a atuação internacional na fiscalização dos crimes de tortura.

A questão invocada a partir da leitura do artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Tratamentos Degradantes apontam a linha de justificativas comumente invocadas para a prática ou defesa dos atos: a) meios de obtenção de provas para apurar crimes, obtendo a confissão do arguido para incriminar outros e intimidar demais suspeitos; b) punição por supostos crimes (geralmente sem julgamento e com total exclusão do direito de defesa e do acesso ao juiz natural); c) atuação particular de agentes do Estado, motivados por vingança, desafetos, ódio, inveja ou sadismo³⁴.

Nessa mesma linha, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (1985), estabeleceu que os Estados Partes se obrigam a prevenir e a punir a tortura (artigo 1º), vindo, a seguir, a defini-la no Artigo 2º³⁵:

“Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”.

A questão que se extrai, entretanto, é: a) como obrigar os países signatários dos tratados a cumprir os mandamentos e b) impedir-lhes as escusas decorrentes de eventuais reservas que hajam apresentado, ou, ainda, c) invocar a vigência das regras para efeitos de seus sistemas internos (considerando-se a data da assinatura ou adesão, ratificação e depósito).

Internacional”, p. 6.

²⁸ O Estatuto do Conselho da Europa (05/05/1949) incluiu a Grécia em 1950.

²⁹ É objeto de crítica o fato de que a ditadura grega foi consequência da guerra-fria entre Estados Unidos e União Soviética: o golpe militar deu-se logo após a saída americana daquele País, e durou entre 1967 a 1974, conhecida como o “Regime dos Coronéis”, que literalmente aboliu a democracia na terra onde foi criada.

³⁰ Artigo 15 da CEDH: “Derrogação em caso de necessidade”, identificando o caso de guerra como uma das hipóteses.

³¹ A Comissão investigou os locais objeto de denúncia, localizando 8 câmaras de tortura em Atenas e Pireus, 28 em Thessaloniki, 14 em Creta e 9 em outras cidades.

³² Vide nota 16. Também Reidy, Aisling, op. Cit., p. 1 (Definition).

³³ Vide acima, Artigo 1º da Convenção – Definição de tortura.

³⁴ Relatório da ONG Conectas – citado por Carmen Leticia Maia Pereira – p. 55. A indicação do endereço eletrônico do relatório não está mais disponível.

³⁵ Vide, igualmente, o artigo 5º do Pacto de San José da Costa Rica: 1 - *Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.* 2 - *Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*

C) Princípio da obrigatoriedade – *Ius cogens*:

Há, de fato, uma polêmica instaurada em torno da adoção de normas de direito internacional e sua introdução nos sistemas internos, início de vigência e obrigatoriedade, tendo em vista que são, em sua maioria, enunciados de princípios³⁶, os quais precisam ser adaptados a cada modelo. No princípio, era o direito de conquista que levava o estatuto dos vencedores aos vencidos e assim os submetia a regimes extraterritoriais. Mas, nesse tempo – como é o caso do sistema Romano – ainda não se conhecia um sistema de direito internacional público, como hoje é reconhecido: o direito romano era voltado ao privado e à sua natureza contratualista, cuja dicotomia estava entre o *ius strictum* e o *ius dispositivum*³⁷⁻³⁸.

A história revela, por isso mesmo, que uma construção teórica do direito internacional público só ganhou vulto no Século XV, com a Escola Espanhola, sendo que essa construção tinha por finalidade diferenciá-lo do direito natural e do direito interno³⁹.

Na lição de JORGE MIRANDA, dentre os princípios do direito internacional geral, está “*aquele que a doutrina tem chamado princípios de ius cogens (à letra, Direito cogente, imperativo, vinculativo)*”⁴⁰.

Porém, a questão tem suscitado debates: assim como a doutrina o encara com ceticismo, face às dificuldades de sua definição, delimitação e efetividade, uma outra corrente destaca sua relevância em face à hierarquia das normas⁴¹.

Existem, também, críticas aos seus efeitos e a referência à sua natureza como uma *caixa de pandora*⁴², em que são questionados seus limites e a possibilidade de sua interpretação resultar em puro arbítrio.

Entretanto, o desenvolvimento cultural teria que, obviamente, dar uma solução a essa questão, de modo a obliterar a resistência ao cumprimento das normas aceitas pelos princípios de direito internacional como *impositivas*. Isso foi possível através da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴³, que definiu um regime claro sobre a aplicação e obrigatoriedade, destacando-se:

Artigo 53.º

Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela

³⁶ A respeito dos **princípios**, observa Jorge Miranda: “... não se colocam além ou acima do Direito” e “fazem parte do complexo ordenamental”. A seguir, observa que, sendo mais gerais que as regras, e por isso dotados de menor intensidade e densidade, são, entretanto, fontes do direito (Curso de Direito Internacional Público, p. 123-124).

³⁷ *Ius strictum*: a lei deve ser interpretada no seu absoluto rigorismo (Justiniano). *Ius dispositivum*: direito dispositivo – que admite a total autonomia privada. Diversamente, o *IUS COGENS* é direito absoluto, que não depende da vontade das partes interessadas e tem aplicação obrigatória.

³⁸ GARCIA, Emerson (2016). Revista Eletrônica de Direito do Estado, p. 3.

³⁹ Há que se ressaltar que não só a Escola Espanhola: também a Escola Portuguesa de Direito Internacional. A expansão da ideia decorre das grandes navegações e a problemática das relações com os povos das terras descobertas. Essa questão chamou atenção do dominicano Francisco de Vitoria, que ensinava teologia na Universidade de Salamanca em 1526. O momento em que ocorreu merece destaque, pois corresponde à passagem da era medieval para a Europa moderna, com uma nova concepção europeia de estados.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Curso cit., p. 124.

⁴¹ Destaca-se a obra de Hugo Grócio, que deu grande relevo à efetividade do *ius cogens* na história do Direito Internacional (pesquisa histórica).

⁴² LINDERFALK, Ulf. *The effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened pandora's box, did you ever think about de consequences?* (2008). The European Journal of International Law, v. 18, n. 5, p. 856.

⁴³ Viena, 23 de maio de 1969. Pela Resolução 67/2003, a Assembleia da República Portuguesa aprovou a adesão à referida Convenção.

comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Diga-se, entretanto, que a imposição não foi inovatória, pois já se encontravam em vários documentos relevantes: a) na Carta das Nações Unidas, obrigando os Estados-Membros a adotarem seus princípios e estatuidando que, em caso de conflito entre convenções entre Estados e a Carta, prevaleceria esta (artigo 103, n. 1); b) acórdão do Tribunal de Nuremberg, declarando nulo o acordo entre o Governo alemão e o Governo francês de Vichy em que os prisioneiros franceses eram obrigados a trabalhar em fábricas de armamentos⁴⁴; c) Convenção de Genebra (1929) revista em 1949, sobre reservas em caso de conflito armado, quanto aos direitos humanos; d) tratados que estabeleceram a inderrogabilidade de certos direitos fundamentais não suscetíveis de suspensão ou reserva em caso de conflito (Convenção Europeia, artigo 15; artigo 4º do Pacto de Direitos Civis e Políticos; artigo 27 da Convenção Interamericana); e) acórdãos e pareceres do Tribunal Internacional de Justiça desde 1951: com de reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1951), de *Barcelona Traction* (1970), e do caso da Nicarágua (1986)⁴⁵.

O ponto de conflito, todavia, reside no *direito às reservas* que cada Estado signatário pode adotar, impossibilitando, pois, a aplicação do tratado em seu território. Essa questão foi tratada no Artigo 19º da Convenção, segundo a qual o Estado poderia formular reservas, excetuando-se: a) reserva proibida pelo tratado; b) o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em casa; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a) e b), a reserva seja incompatível com o objeto e o fim do tratado.

Nesse sentido, pois, tem-se a inadmissibilidade de reservas relativas às *normas imperativas* ou inderrogáveis (*ius cogens*), dentre as quais estão as regras estabelecidas em tratados quanto à proibição da tortura, do genocídio, da escravidão, entre outras, uma vez que integra o Direito Internacional geral (ou comum).

Por aí se extrai, algumas características, tais como: a) nulidade do tratado incompatível com norma imperativa de Direito Internacional geral (art. 53, 1ª parte) quando da sua conclusão; b) se algum tratado sobrevier, estabelecendo uma norma imperativa de Direito Internacional geral, as normas existentes serão consideradas nulas (art. 64); c) as partes se sujeitam a várias obrigações quanto a um tratado nulo: i) eliminar seus efeitos e ii) adequar suas relações na conformidade com as normas imperativas (art. 71, n. 1); iii) libertar as partes de seu cumprimento; iv) não afetar direitos e obrigações, desde que estas sejam compatíveis com as normas peremptórias (art. 71, n. 2).

Logo, uma disposição cogente é: a) de eficácia *erga omnes* b) efeitos *ex tunc*; c) é evolutivo, na medida em que pode ser enriquecido pela superveniência de novas normas e d) é hierarquicamente superior a outras normas do Direito Internacional.

Esses aspectos legam aos pontos sensíveis, que é a adoção dos tratados no sistema interno: quando se dão os efeitos? Nesse aspecto, surgiram, como se verá, inúmeras questões a serem solucionadas pelas Cortes Especializadas, porque comumente invocados pelos Estados para eximir-se dos efeitos das normas imperativas.

⁴⁴ Caso Krupp – foi o 10º dos 12 julgamentos promovidos pelos Estados Unidos contra os membros do nazismo; Alfried Krupp foi condenado a 12 anos de prisão. Foram 13 acusados, ao todo, e somente Karl Pfirsch foi absolvido.

⁴⁵ As hipóteses, nessa ordem, estão listadas por JORGE MIRANDA, in “Curso...” cit., p. 126).

Entretanto, é pelos tratados, em geral, que os acordos internacionais entram para o sistema nacional, alguns com efeitos imediatos⁴⁶, outros sujeitando-se a aprovação legislativa.

1.3. Os desafios do *ius cogens* face à jurisprudência

A) Aspectos introdutórios - aplicação do *ius cogens*:

É de se dar grande destaque ao esforço internacional para situar as normas imperativas dentre as inderrogáveis e peremptórias. Os dois casos adiante analisados, ambos apreciados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), são prova cabal da extensa resistência dos Estados que aplicaram a tortura a partir de ações estatais ou através de seus agentes, para eximir-se das sanções ou punir os seus agentes.

Por isso mesmo, necessário que, desde logo, sejam relacionados os critérios estipulados para definir e classificar as normas cogentes.

Esses critérios podem ser assim resumidos⁴⁷:

- a) Trata-se de norma reconhecida e aceita pela comunidade internacional;
- b) Tem a característica primordial da inderrogabilidade e não pode ser modificada por nenhuma norma de direito internacional geral sobre a questão;
- c) Reflete uma proteção aos valores fundamentais da comunidade internacional;
- d) Para identificá-la, é necessário observar os seguintes critérios: (i) que é uma norma de direito internacional geral e, (ii) que é aceita e reconhecida pela comunidade internacional como apta a derrogar quaisquer outras que disponham em sentido diverso.

O requisito para “aceitação e reconhecimento” de uma norma peremptória é distinto dos requisitos para reconhecimento de outras normas de direito internacional geral. Para a primeira, deve haver evidências de que se trata de uma norma aceita e reconhecida como uma norma que não admite derrogação ou contrariedade, embora possa ser modificada por uma norma subsequente de mesma qualidade. Essa aceitação deve ocorrer mediante uma grande maioria dos Estados, mas não necessariamente pela totalidade deles.

Essa admissão pode vir por muitos meios: declarações públicas em nome dos Estados; publicações oficiais, correspondência diplomática, atos legislativos e administrativos, decisões dos tribunais nacionais, disposições em tratados e resoluções adotadas por organizações internacionais ou em conferências intergovernamentais⁴⁸.

A seguir, tem-se que as decisões dos tribunais nacionais e dos tribunais internacionais, em especial da Corte Internacional de Justiça, são meios subsidiários para identificar uma norma cogente, das normas de direito internacional geral⁴⁹.

⁴⁶ Destaca-se que, no caso brasileiro, a Constituição Federal prevê a eficácia imediata dos tratados e convenções sobre direitos humanos; os demais, devem ser objeto de ratificação legislativa (vide art. 4º, II e art. 5º, III). A República Portuguesa, por sua vez, prevê, em seu Artigo 16º, n. 2, a observação da interpretação conforme entre seus dispositivos relativamente aos direitos fundamentais e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. O Tratado da União Europeia, em seu Artigo “F”, n° 2, determina a observância das garantias estabelecidas no Tratado de Roma (Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

⁴⁷ ONU, Assembleia Geral, “International law Commission”, Seventy-first Session, Genebra, 2019.

⁴⁸ ONU, “Peremptory norms of general international law (*ius cogens*) – Text of the draft conclusions and draft annex provisionally adopted by the Drafting Committee on first reading – International Law Commission, 71ª Session – Draft conclusion n. 8.

⁴⁹ Aspectos destacados nas sentenças da CorteIDH nos casos *Almonacid Arellano* e *Herzog*, entre outros.

Esse desafio, como visto do Caso Grego, pôs em teste a aplicação do *ius cogens* em relação a muitos conflitos.

Os países da América do Sul – com destaque para Uruguai, Argentina, Chile, Brasil, Bolívia e Peru⁵⁰ – foram proficientes em nascedouro de questões a desafiar as Cortes Internacionais em face às normas protetivas internacionais⁵¹.

B) Da jurisprudência Internacional:

Com efeito, um período turbulento atingiu as Repúblicas Sul-americanas, deixando rastros de sangue e arranhões profundos nas “democracias” dos países íbero-americanos, cujos números são deveras marcantes⁵². E, em todos eles, os países apresentaram defesa que ia desde a incompetência temporal da Corte Americana de Direitos Humanos, como a intocabilidade dos personagens e beneficiados com anistias legais (no sentido de que foram impostas por leis nacionais).

1) O Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile:

Um dos casos emblemáticos foi a execução extrajudicial do Sr. *Luis Alfredo Almonacid Arellano*, ocorrida em 16 de setembro de 1973, durante o regime militar chileno, comandado por Augusto Pinochet Ugarte. Tratava-se de um professor de ensino básico e militante do partido comunista chileno, em um período considerado farto em repressões massivas contra os opositores do regime, e que foi preso e baleado diante da família à saída de sua casa, vindo a falecer no dia seguinte. O sistema judicial chileno foi totalmente omissivo em investigar e promover acusação dos agentes do Estado causadores da morte do cidadão chileno. Em 1978, o Chile concedeu anistia a todas as pessoas envolvidas em fatos delituosos entre os anos de 1973 a 1978⁵³.

Em 15 de setembro de 1998, a família protocolou representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por violação aos direitos reconhecidos nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, apontando-se o descumprimento ao art. 2º da mesma (proibição da tortura).

O Chile é signatário da Convenção desde 21 de agosto de 1990, tendo reconhecido a competência da Corte IDH na mesma data, fazendo, porém, reserva a que esse reconhecimento seria apenas quanto a fatores posteriores, nos termos do art. 62. Portanto, tendo o caso ocorrido em 1973 não seria de sua competência ante a *reserva* apresentada.

Tal defesa (incompetência *ratione temporis*), porém, foi rejeitada, sob o fundamento de que *declaração* firmada pelo Chile constitui uma limitação temporal, porém não uma *reserva*:

43. De acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Corte, debe entenderse que la “declaración” realizada por Chile constituye una

⁵⁰ A respeito do caso Barrios Altos Vs. Peru, ver artigo de Jorge Barrientos-Parra, que inclui em seus comentários também o caso Almonacid Arellano Vs. Chile, adiante tratado.

⁵¹ A este respeito, interessante a leitura do caso 12.285, Michael Domingues Vs. Estados Unidos, de 22 de outubro de 2002 – Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relat. N. 62/02.

⁵² Alguns dados conhecidos: 1) Argentina: mais de 30.000 pessoas mortas ou desaparecidas, com práticas bárbaras de tortura e métodos inovadores para se desfazer de corpos, tais como colocá-los em aeronaves e jogá-los no mar, em águas profundas e internacionais; 2) Uruguai: uma pessoa em cada 500 habitantes foi preso ou torturado – sendo famoso o caso dos uruguaios Liliam Celiberti e Gomercindo días, sequestrados pela polícia uruguaia em Porto Alegre, no Brasil, com a conivência das autoridades brasileiras na chamada *Operación Condor*, e também um dos maiores fracassos, diante da reação internacional; 3) o ex-Presidente da Bolívia, Juan José Torres, foi preso e assassinado na Argentina dirigida por Jorge Rafael Videla. O caso brasileiro não foi tão massivo quanto as ditaduras argentinas e uruguaias.

⁵³ Decreto-Ley n. 2.191, redigido por Monica Madariaga, ministra da Justiça da ditadura militar chilena, e aprovada pela Junta Militar que governava o País, presidida por Pinochet.

limitación temporal al reconocimiento de la competencia de este Tribunal, y no una “reserva”.

48. Esta Corte ha considerado que en el transcurso de un proceso se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia. (...)

49. En vista de ello, la Corte considera que es competente para pronunciarse sobre los hechos señalados por la Comisión y los representantes referentes al otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil, y a la aplicación de la Ley de Amnistía en el presente caso por parte de las autoridades judiciales militares, puesto que ocurrieron con posterioridad al 21 de agosto de 1990. (...).

50. En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer esse hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. (...)

A decisão é uma clara proclamação do reconhecimento do *ius cogens*, na medida em que concluiu que o Decreto Ley n. 2.191 está em desconformidade com o artigo 2º da Convenção:

117. Esta Corte ha afirmado en varias oportunidades que [e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (...)

145. Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.

Por consequência, a Corte decidiu estabelecer obrigações relativas a reparações, a adequar a aplicação da lei da anistia e dar continuidade a investigações para punir os responsáveis pela execução do cidadão, publicar a sentença (par. 164), decretando que a referida lei é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos.

2) Caso Vladimir Herzog Vs. Brasil:

No Brasil, a exemplo de outros, a ditadura durou largo período (1964-1985), implantada após um golpe de Estado que depôs o Presidente João Goulart⁵⁴.

Resultado desse período, o caso Vladimir Herzog ganhou notoriedade internacional. Tratava-se de um jornalista da TV Cultura, em São Paulo, que foi

⁵⁴ João Goulart foi o 24º Presidente do Brasil, tendo assumido em 1961, após a renúncia de Jânio Quadros, do qual era Vice-Presidente. Foi deposto pelo golpe militar de 31 de março de 1964.

procurado no local de trabalho pelos agentes do DOI/CODI (polícia política) e intimado a acompanhá-los à sede do órgão para prestar esclarecimentos. Com a intervenção da direção da estação de TV, foi negociado permitir ao mesmo comparecer espontaneamente no dia seguinte, para tal finalidade. Ele se apresentou na sede do DOI/CODI no sábado, dia 25 de outubro de 1975 e, ao chegar, foi imediatamente detido, interrogado e torturado. Ao final desse dia, o Comando do II Exército divulgou na imprensa uma nota, comunicando que o Sr. Herzog se enforcara em sua cela, com uso de um pano.

No ano seguinte, Clarice, Ivo e André Herzog deram início a um litígio em face à União, para declarar a responsabilidade desta pela prisão arbitrária, tortura e morte do familiar, sobrevivendo sentença em 27 de outubro de 1978 em que o Poder Judiciário Federal declarou a morte por causas *não-naturais* e condenou o Estado à indenização; tal sentença foi confirmada pelo Tribunal Federal de Recursos e se tornou definitiva em 27 de setembro de 1995.

Em abril de 1992, o Ministério Público solicitou abertura de inquérito contra o policial responsável pelo interrogatório, conhecido como *Capitão Ramiro*; entretanto, a investigação foi arquivada em razão de Habeas Corpus impetrado pelo arguido (acusado), com fundamento na Lei de Anistia⁵⁵. Em 1995, foi promulgada a Lei 4.140, em que o Estado reconhecia responsabilidade pelos atos do período do Governo Militar, entre outros, pelos “assassinatos de opositores políticos” no período entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, criando a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos⁵⁶, cujos trabalhos encerraram em 2007, com o livro “Direito à Memória e à Verdade”, onde apontou que Vladimir Herzog havia sido torturado e assassinado enquanto preso no DOI-CODI. A Comissão solicitou que o Ministério Público apurasse os abusos cometidos. Mas, quanto ao caso Herzog, foi arquivado em 09 de janeiro de 2009, ao argumento da *coisa julgada material* e inexistência de previsão legal do tipo penal de crimes contra a humanidade na legislação nacional. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Lei da Anistia era compatível com a Constituição de 1988, com efeito vinculante a todos os órgãos da Administração Pública e do judiciário.

Diferentemente da defesa do Estado Chileno no caso Almonacid Arellano, todavia, em que se alegava a impossibilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos examinar casos passados anteriormente à adesão do País à respectiva Convenção, havia, no caso brasileiro, o reconhecimento do Estado quanto aos crimes praticados naquele período (Lei 4.195/1995), além do pronunciamento do Poder Judiciário Federal, que já condenara a União anteriormente.

Mas, a defesa brasileira, neste caso, baseou-se nas seguintes teses: a) impossibilidade de indiciamento e da aplicação da figura de crimes contra a humanidade relativamente a fatos ocorridos em 1975; b) aplicação da Lei da Anistia (julgada constitucional pela Suprema Corte brasileira); c) prescrição do crime; d) aplicação do princípio *non bis in idem* e e) coisa julgada (tendo em vista o habeas corpus que livrada o suspeito de responder pelo processo).

⁵⁵ Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, sancionada pelo Presidente João Figueiredo (o último governante militar do País), cujo art. 1º dispunha: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos (...)”. A essa lei, sobreveio outras: a) Lei 9.140/1995, sobre a responsabilidade estatal quanto a crimes contra opositores políticos; b) Lei 10.559/2002, denominada “Estatuto do Anistiado Político”, prevista no art. 8º do ADCT da Constituição de 1988.

⁵⁶ Essa não foi a única Comissão criada para investigar crimes dos períodos ditatoriais no Brasil. A Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, criou a “Comissão da Verdade”, para apurar as graves violações aos direitos humanos no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988. Essa Comissão solicitou a retificação da *causa mortis* na certidão de óbito de Vladimir Herzog.

Há que se salientar, de fato, que, assim como o Código Penal (1942), a Constituição brasileira prescrevia a regra *nulla poena, nullum crimen sine legis* e havia, de fato, uma regra específica quanto à aplicação da prescrição (*rectius*, decadência) anteriormente à denúncia (pelo cálculo do tempo decorrido entre o fato e a acusação formal).

A defesa, porém, não obteve suporte da Corte: a) à época dos fatos (25 de outubro de 1975), a proibição da tortura e dos crimes contra a humanidade já haviam alcançado *status* de normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*), tal como definido pelo menos desde 1945; b) a imprescritibilidade dos crimes era uma norma consuetudinária já aceita e estabelecida pela maioria dos Estados, sendo, pois, vinculante para o Estado Brasileiro, a par da sua legislação interna contrária; c) pelo fato de se tratar de norma imperativa, impunha ao Brasil o dever de investigar, julgar e punir os responsáveis pela conduta, uma vez que a impunidade constituía ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional. Com relação à limitação temporal da Corte, registrou que o Brasil reconhecera a competência contenciosa desta desde 10 de dezembro de 1998. E assim, seguindo a jurisprudência assentada no caso *Almonacid Arellano*, considerou que: i) a lei da anistia não poderia prevalecer em face às normas imperativas de direito internacional; ii) quanto à coisa julgada (sentença extintiva da ação penal decorrente de habeas corpus), não teria sido uma decisão adotada com as garantias legais, além de afrontar as mesmas normas imperativas, carecendo de efeitos jurídicos⁵⁷ e, iii) em matéria de prescrição, reconheceu que as leis que a estabeleciam seriam incompatíveis com a aceitação internacional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, atribuindo-lhe, pois, mais uma vez, a garantia assegurada nos tratados e convenções quanto à supremacia destas regras em face ao direito interno que as contrariou.

Alguns trechos relevantes da Sentença:

169. Em vista dos argumentos expostos, o Estado insistiu em que: a) não era juridicamente exigível das autoridades nacionais critério diferente do adotado em 1993 quanto às investigações; b) o questionamento do critério doméstico com base em jurisprudência internacional posterior não considerou limites formais aplicáveis ao devido processo legal (como a coisa julgada material); c) a observância de normas processuais de hierarquia inferior, quanto ao que se possa considerar normas de *jus cogens* ou graves violações dos direitos humanos, não difere materialmente da observância no âmbito doméstico dos limites formais da atuação do juiz (prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal mais severa); e d) o conteúdo normativo do que se possa considerar norma de *jus cogens* ou graves violações de direitos humanos não deve se confundir com a ausência de limites para a responsabilidade internacional do Estado. Em virtude de todas essas questões, o Estado brasileiro entende que não pode ser responsabilizado pela suposta denegação de justiça no presente caso.

(...)

211. A Comissão Interamericana considerou que a morte e tortura do senhor Herzog constituiu uma grave violação de direitos humanos. Os representantes das supostas vítimas consideraram que se tratou de um crime contra a humanidade. Tanto para a Comissão como para os representantes, as consequências de uma ou outra figura seria a mesma: a obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pelos fatos, sem recorrer a obstáculos processuais que poderiam chegar a protegê-los da

⁵⁷ Note-se que, neste particular, a Corte criou um interessante precedente de *relativização da coisa julgada*, excluindo a sua garantia. Mas o fundamento é aceitável, uma vez que se tratou de decisão proferida em sede de Habeas Corpus embasada na lei da anistia, ela própria em afronta ao *ius cogens*.

ação da justiça. O Estado, por sua vez, não se referiu a uma ou outra qualificação, mas se opôs aos efeitos jurídicos alegados pela Comissão e pelos representantes no caso concreto.

212. Na sentença do *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, relacionado ao homicídio do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano, em 16 de setembro de 1973, a Corte Interamericana salientou que “há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogens* e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral”.

242. A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 supra). Também de acordo com o afirmado na sentença do *Caso Almonacid Arellano*, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o status de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (par. 212 supra).

45

Essa sentença positivou no direito brasileiro alguns aspectos relevantes, em relação a alguns princípios de Direito Internacional geral, e que levaram à mudança na legislação interna, tais como:

- a) A imprescritibilidade dos denominados *crimes hediondos*, em que incluídos os crimes contra a humanidade;
- b) Impossibilidade de conceder anistia aos causadores dos danos;
- c) Dever de indenizar a pessoa ou familiares;
- d) Dever de persecução penal e
- e) Possibilidade de relativização da coisa julgada material.

Ressalta-se, pois, que a derrogação de normas e atos em decorrência da aplicação das normas consignadas como *ius cogens* atingiu, por igual, as decisões já consolidadas nos tribunais, inclusive decisão com eficácia *erga omnes*, como é o caso da declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia brasileira, pela Suprema Corte.

C) Os precedentes da jurisprudência na matéria:

A partir do estudo das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos dois casos precedentes, e no citado *Caso Grego*, produziu-se um relato exaustivo da criação jurisprudencial em torno da formação do *ius cogens*, das suas características e dos seus efeitos.

Viu-se, com efeito, que matérias, tais como: a) momento da adesão a convenção ou tratado, ou, mesmo, a aceitação da jurisdição do Tribunal; b) segurança

jurídica encoberta pelas leis de prescrição e coisa julgada material; c) aceitação das normas cogentes a partir do que já fora adotado em outros tratados ou em decisões de cortes internacionais, vieram a consagrar a forma como se realiza o Direito Internacional, sob o aspecto das normas imperativas aceitas e reconhecidas.

Nesse tema, portanto, verifica-se que não há possibilidade de *reservas* por parte dos Estados, e que o prolongamento ou subsistência de uma situação pendente de persecução penal, por parte de um Estado, torna inviável aceitar-se a limitação temporal em razão da adesão ou da própria criação de um Tribunal para julgamento de tais crimes, e a aptidão de suas sentenças para derrogar tanto os sistemas internos, quanto a decisão dos próprios tribunais nacionais que hajam proclamado acórdãos contrários a essas normas.

O reconhecimento da competência da Corte, como um ato unilateral do Estado, não está sujeito às *reservas*, e, aceitando-se que o curso de um processo pode produzir o reconhecimento de independentes violações de denegação de justiça, podem ser alcançados pela Corte⁵⁸.

A precedência de lei interna para sancionar determinados crimes, por outro lado, no caso da tortura e assassinato, teve por referência o Artigo 6-c do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, que foi anexado ao respectivo Acordo⁵⁹, e, da mesma maneira, o Estatuto de Tokio⁶⁰ (artigo 5-c), representando, pois, precedentes que importaram no reconhecimento internacional da norma e, por conseguinte, seu caráter peremptório.

Para os casos de tortura e assassinato massivo, o precedente é do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, no caso *Prosecutor Vs. Dusko Tadic*⁶¹, ficando assentado que os delitos podem ser cometidos em tempos de guerra ou de paz, e que o autor pode ser um indivíduo (agente), ou vários.

O dever de adequar a legislação interna, por sua vez, tanto decorre da aceitação majoritária das normas de Direito Internacional, como da regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nos dois precedentes assinalados e analisados, essa disposição já se achava em vigor quando ocorreram os fatos e quando foram criadas as leis destinadas a beneficiar os executores.

A imprescritibilidade de tais crimes, como reconhecido no parágrafo 152 do Caso Almonacid Arellano, decorre Convenção adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 2391 (XXIII), de 26 de setembro de 1968, e em vigor desde 11 de novembro de 1970. Portanto, produziu efeitos para os casos analisados, embora não observadas pelas leis internas:

153. Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (ius cogens), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

Essa sentença da Corte IDH cita, por sua vez, uma variedade importante de decisões da própria Corte em torno da questão, bem como aponta os fundamentos pelos quais os precedentes das práticas adotadas desde 1929 e 1945 importaram

⁵⁸ Exemplo: Caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* – Sentencia de 1 de março de 2005.

⁵⁹ Assinado em Londres, em 08 de agosto de 1945.

⁶⁰ Adotado em 19 de janeiro de 1946.

⁶¹ Sentença *Almonacid Arellano*, parágrafo 96.

no reconhecimento majoritário relativo à natureza das normas aplicadas para condenação dos Estados envolvidos.

O mesmo se aplica ao precedente Vladimir Herzog Vs. Brasil.

2. Conclusão:

Do estudo ora desenvolvido, foi possível estabelecer que as normas eclipsadas à categoria de *ius cogens* não decorrem, necessariamente, de um direito escrito, mas, e também, a partir dos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional geral, das práticas dos tribunais internacionais e do momento em que as proclamaram, a gerar efeitos *erga omnes*, quando submetidas à apreciação de Cortes Especializadas.

Contudo, pensa-se que uma das suas maiores características seja o efeito derogatório, sem o qual não seria possível adentrar nos sistemas nacionais e estabelecer a obrigação de corrigi-los e adequá-los ao que é geralmente aceito.

1. **Assembleia Geral das Nações Unidas** (2019). Conclusões da 71ª Sessão do “International Law Commission” – Genebra: 29 de abril – 7 de junho e 8 de julho – 9 de agosto de 2019 (GE. 19-08546).
2. **BARRIENTOS-PARRA**, Jorge. *O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com conivência estatal* (2011). Brasília, Revista de Informação Legislativa, ano 48, n. 192, pp. 31-42.
3. **FERNANDES**, Jean Marcel. *Direito Internacional Humanitário: pilares teóricos* (2006) – do livro *A Promoção da paz pelo Direito Internacional Humanitário*. Porto Alegre, Sergio Fabris Editor.
4. **GARCIA**, Emerson (2016). *Jus Cogens e proteção internacional dos direitos humanos*. Direito do Estado – n. 204, revista eletrônica acessada via internet em 20/05/2020 in: www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-garcia/jus-cogens-e-protecao-internacional-dos-direitos-humanos.
5. **LINDERFALK**, Ulf (2008). *The effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened pandora’s box, did you ever think about de consequences?* (2008). *The European Journal of International Law*, v. 18, n. 5, pp. 853-871.
6. **MAIA NETO**, Cândido Furtado (2012). *Promotor de Justiça e Direitos Humanos – Doutrina e Prática*. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora, pp. 23-38.
7. **MAIA PEREIRA**, Carmen Letícia e **PIOVESAN**, Flavia Cristina. *A Tortura em Foco – A contribuição do Caso Grego para o Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí – Revista de Direitos Humanos e Democracia, n. 8, jul-dez/2016, pp. 38-58.
8. **MIRANDA**, Jorge (2016). 6ª Ed. *Curso de Direito Internacional Público*. Parede: Princípia, pp. 124-132.
9. **OVEJERO BERNAL**, Anastasio (2009). *Fundamentos de Psicología Jurídica e Investigación Criminal*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, pp. 75-83.
10. **REIDY**, Aisling. *The Prohibition of torture – A guide to de implementation of Article 3 of de European Convencion on Human Rights*. Human rights Handbooks, n. 6.
11. **SCOBIE**, Iain (2002). *The Invocation of Responsibility for de Breach of ‘Obligations under Peremptoru Norms of General International Law’*. *The European Journal of International Law*, v. 13, n. 5, pp. 1201-1220

**OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA EFICÁCIA NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**THE PRINCIPLES OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS IN PUBLIC
ADMINISTRATION**

ANA ROSO

DOUTORA EM DIREITO PÚBLICO E MESTRE EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

INVESTIGADORA DO CEDIS DA NOVA SCHOOL OF LAW

ana.roso@gmail.com

Resumo

As recentes reformas no seio da Administração Pública, sobretudo as que seguem o modelo do new public management, originam um aumento da importância dos princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública. Os princípios da eficiência e da eficácia não encontram expressa previsão constitucional no ordenamento jurídico português. Contudo, a eficiência foi consagrada no novo Código do Procedimento Administrativo (CPA), sob a capa do princípio da boa administração. Parece ser este um passo no caminho da autonomização dos princípios da eficácia e da eficiência como princípios jurídicos fundamentais autónomos. Ainda assim, parece poder considerar-se que estes novos princípios integram já o “bloco de legalidade”, os quais devem ser respeitados pela Administração Pública. Este artigo visa, por meio de uma breve revisão de literatura e análise documental, traçar uma abreviada análise da evolução dos princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípio da Eficiência. Princípio da eficácia. Princípio da boa administração.

Abstract

The recent reforms within the Public Administration, especially those that follow the new public management model, give rise to an increase in the importance of the principles of efficiency and effectiveness within the Public Administration. The principles of efficiency and effectiveness do not find express constitutional provision in the Portuguese legal system. However, efficiency was enshrined in the new Administrative Procedure Code (CPA), under the cover of the principle of good administration. This appears to be a step on the road to making the principles of effectiveness and efficiency autonomous as fundamental autonomous legal principles. Even so, it seems that these new principles can already be considered to be part of the “legality bloc”, which must be respected by the Public Administration. This article aims, by means of a brief review of literature and documentary analysis, to trace an abbreviated analysis of the evolution of the principles of efficiency and effectiveness within Public Administration.

Keywords: Public Administration. Principle of Efficiency. Principle of effectiveness. Principle of good administration.

1. Introdução

Este ensaio tem por base uma parte da investigação desenvolvida na dissertação de doutoramento, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o título: “*O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público*”⁶². Propomo-nos fazer neste artigo uma breve análise da evolução da importância dos princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública.

As recentes reformas no seio da Administração Pública, sobretudo as que seguem o modelo que viria a ficar conhecido como *new public management*, levam a um progressivo aumento da importância dos princípios da eficiência e da eficácia no seio da Administração Pública.

Os princípios da eficiência e da eficácia ainda hoje não encontram expressa previsão constitucional no ordenamento jurídico português – ao contrário do que acontece em outros ordenamentos jurídicos.

Apesar disso, tem havido uma evolução legislativa, e a eficiência foi já consagrada no novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) sob a capa do princípio da boa administração.

Mais, defende-se uma autonomização e consagração legal dos princípios da eficácia e da eficiência, uma vez que se entende que eles integram, desde já, “o bloco de legalidade” incluído no princípio da juridicidade.

Pretendemos, pois, neste artigo analisar, ainda que sumariamente, a evolução destes novos princípios: os princípios da eficiência e da eficácia, designadamente, no que concerne ao aumento da sua importância no seio da Administração Pública.

Para alcançar o objectivo citado *supra*, iremos recorrer à revisão bibliográfica, bem como à pesquisa documental (*maxime*, legislação vigente).

2. Evolução dos princípios da eficiência e da eficácia

O problema da eficácia do Estado não é novo para a ciência jurídica, embora tenha vindo a ganhar importância e a apresentar-se em termos radicalmente novos com o surgimento do Estado Social.⁶³

No Estado de Direito Liberal já se colocava a questão da eficácia, mas esta esgotava-se na clássica eficácia jurídica do seu ordenamento: ao pretender apenas regular externamente a vida social.⁶⁴

⁶² Cfr. Ana Roso, “*O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público*”, (policopiada), dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, pág. 29-41.

⁶³ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 218-219, 1989, pág. 15.

⁶⁴ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 16.

A chegada do Estado Social vem trazer uma profunda ruptura com o Estado Liberal. Deste modo, depois de na Época Liberal o Estado se ter caracterizado por ser ausente e/ou passivo na área económica e social, na Época de Direito Social, o Estado passa a intervir na economia e na vida social, empenhado na promoção do nível de vida de todos os cidadãos e na procura da igualdade material entre eles.⁶⁵

Parejo Alfonso dá conta de que o Estado de Direito Social passa a ficar sujeito a dois tipos de pressões: *por um lado*, enquanto *agente económico*, o que deriva da sua exposição a uma directa e plena comparação com o sector privado da economia – ao mesmo tempo que continuamente se vai deteriorando o prestígio da cultura do público (conhecida como rígida, lenta, inadequada; em definitivo, hostil à eficácia), frente ao crescente prestígio do sistema privado (entendido como eficaz, ágil, flexível capaz de responder e de se adaptar imediatamente a mudanças) –; e *por outro lado*, enquanto *poder*, a pressão que resulta da pressão crítica, constante e crescente, da sociedade sobre a sua organização e funcionamento. O resultado provisório deste processo de pressões tem-se traduzido na aproximação do Estado ao paradigma privado (de natureza económica)⁶⁶. Ao ponto de se poder empregar aqui, prossegue o autor citado, as expressões gráficas utilizadas por J. Chevallier e D. Losckay⁶⁷, que a “racionalidade jurídica” no Estado vai cedendo terreno à “racionalidade managerial”.⁶⁸ Passa então a importar a “eficaz” e eficiente gestão do Estado, e os seus reais resultados a ser medidos em termos de eficácia e eficiência^{69,70}. O que obviamente afecta com especial intensidade a manifestação interna, constante e regular, do Estado: ou seja, a Administração Pública.⁷¹

O Princípio do Estado Social, ao consagrar como um dos principais objectivos do Estado a criação de um Estado de bem-estar social, promovendo a qualidade de vida dos cidadãos, (decorrente da transformação do Estado Liberal em Estado Social), assinala à Administração que a sua actuação terá que ser eficaz, pois só assim poderá cumprir essa sua tarefa fundamental. Deste modo se impõe ao Estado que se organize e actue de forma a conseguir alcançar esse objectivo de forma eficaz. Podendo assim afirmar-se que o princípio da eficácia na Administração é uma exigência colocada pelo princípio do Estado Social.⁷²

O conceito de eficácia levanta especiais problemas quando se reporta à Administração Pública. Nas organizações privadas, e especialmente nas sociedades comerciais, não há grandes dificuldades em avaliar a eficácia e eficiência de determinada organização,⁷³ pois, diferentemente do que sucede na Administração Pública, onde a avaliação da eficácia é muito mais complicada, a organização privada é avaliada em termos de lucros. Isto acontece porque as:

“prestações administrativas não são frequentemente mensuráveis e falta uma medida comum de valores. O critério mais aproximado é o nível de satisfação

⁶⁵ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002, pág. 149.

⁶⁶ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

⁶⁷ J. Chevallier e D. Loschak, “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans la Administration française”, in *Revue Francaise d’Administration Publique*, n.º 24, 1982, pág. 679-720.

⁶⁸ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

⁶⁹ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17-18.

⁷⁰ A lógica da eficácia e eficiência tem, pois, origem privada, analisando-se numa racionalização de meios e fins, em ordem ao melhor desempenho possível, numa perspectiva utilitarista que se foi buscar à ciência económica, com a actividade empresarial por referência fundamental. Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, Lisboa, 1997, cit., pág. 10.

⁷¹ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 17.

⁷² Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 224.

⁷³ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225; e Manuel Alvarez Rico, *Principios constitucionales de organizacion de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 159.

dos objectivos da Administração, que (...), nunca será absoluto, mas apenas relativo”⁷⁴

Deste modo, a avaliação da eficácia é um problema de qualquer organização, mas que coloca especiais problemas, em organizações que não têm como finalidade o lucro, como é o caso da Administração Pública.

Nos últimos tempos e com as recentes reformas que a Administração Pública tem vindo a ser alvo, e que seguem em grande medida o modelo do *new public managent*, transformam a eficácia e a eficiência em grandes metas a alcançar pela Administração Pública.⁷⁵

O *new public management* tem sido apresentado – de modo genérico e sem pretensão que apresentar aqui qualquer definição do mesmo –, como uma corrente científica desenvolvida pelas ciências da administração, economia e ciência política, teorizado a partir de reformas administrativas que surgiram em vários Estados no final do século passado, que pretende apresentar-se como um modelo alternativo ao paradigma burocrático⁷⁶. O exemplo paradigmático deste processo costuma ser apresentado como sendo a Inglaterra, que sob o governo de Margaret Thatcher, iniciou o movimento no final dos anos 70, que foi depois implementado em vários Estados⁷⁷, como é o caso de Portugal⁷⁸.

Este modelo tem como objectivo “importar” para a Administração Pública os métodos de gestão das empresas privadas. Subjacente a esta nova ideia está, pois, a crença de que as práticas, métodos e princípios utilizados na gestão do sector privado são superiores às usadas na administração do sector público⁷⁹. Procura-se que a Administração seja eficiente e eficaz – os dois grandes *mitos actuais* da administração pública⁸⁰ –, e que dê respostas à procura dos seus “clientes”.⁸¹

Importa agora dar nota dos significados que geralmente são atribuídos aos conceitos de *eficácia e de eficiência* a que aqui nos referimos. Assim, a *eficácia* costuma traduzir-se na relação entre os resultados obtidos e os objectivos pré-estabelecidos, assim a eficácia refere-se à efectiva realização dos objectivos pré-fixados⁸². Já quanto à eficiência, considera Luciano Parejo Alfonso que esta pode definir-se como uma subespécie da eficácia, que incorpora a perspectiva da relação meios-objectivos para prescrever o grau óptimo da mesma⁸³. Tem a ver, portanto, com o consumo adequado dos recursos utilizados em determinado processo⁸⁴. Assim, a eficiência pretende relacionar os custos de uma determinada acção (os meios ou recursos utilizados) e o fim pretendido (o benefício esperado com a

⁷⁴ Cfr. Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 9.

⁷⁵ Manuel Alvarez Rico, *Principios constitucionales...*, cit., pág. 157.

⁷⁶ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 71 e 79.

⁷⁷ Entre outros, Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 79; e Andreas Voßkuhle, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundl agen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.^a auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 42-43.

⁷⁸ Cfr., por todos, Miguel Lira e Ana Roso, “A reforma da administração dos recursos humanos públicos portugueses após o fim do estado novo: uma evolução histórica”, in *Revista Ciências Administrativas*, vol. 19, n.º 2, 2013, págs. 536-578.

⁷⁹ Sobre este ponto, vide, designadamente, Joaquim de Araújo, “A reforma da gestão pública: do mito à realidade”, *Comunicação apresentada no Seminário Internacional Luso-Galaico: A reforma da Administração Pública apostas e casos de sucesso*, Braga, 18 a 19 Maio, Universidade do Minho, 2004, pág. 1; Janet Denhardt e Robert B. Denhardt, *The new public service: serving, not steering*, edição expandida, M. E. Sharp, New York, 2007, pág. 6-7, 12-14, 23, 112-113; S. P. Osborne, “The new public governance?”, in *Public Management Review*, Vol. 8, (3), 2006, pág. 378-379; e Christopher Hood, “Contemporary public management: a new global paradigm”, in *Public Policy and Administration*, Vol. 10, (2), 1995, pág.105-106, 112.

⁸⁰ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 10.

⁸¹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 10.

⁸² Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 19.

⁸³ Luciano Parejo Alfonso, “La eficacia...”, cit., pág. 19.

⁸⁴ Idalberto Chiavenato, *Administração geral e pública*, 2.^a edição, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2008, pág. 459

acção), pretendendo alcançar-se o máximo benefício com a menor quantidade possível de meios utilizados⁸⁵. Manifestando os seus efeitos ao nível da sua organização, do procedimento, da sua actividade, e do seu pessoal.⁸⁶

3. A Constituição e os princípios da eficácia e da eficiência

O princípio da eficácia tem sido recebido, como refere Vasco Moura Ramos, em algumas constituições europeias, como por exemplo, na Constituição Espanhola (CE) – n.º 1, do artigo 103 da CE, previsto, ao lado de outros princípios, como princípio jurídico constitucional de actuação administrativa .

Na Constituição Portuguesa não se encontra expressamente previsto o princípio da eficácia como princípio da actuação administrativa. Mas há autores, como Vasco Moura Ramos, que consideram que se pode entender como consagrado na Constituição Portuguesa no preceito relativo à estrutura da Administração, no n.º 2, do artigo 267.º da CRP na Constituição Portuguesa.⁸⁷ Referindo o autor, no entanto, que apesar deste princípio estar previsto na nossa Constituição em sede de estrutura (ou organização) da administração, tem claras e evidentes repercussões também sobre a actividade da Administração.⁸⁸ Constituindo a eficácia um princípio, que pode ser considerado em múltiplos aspectos, tendo consequências tanto na actividade como na organização administrativa, presidindo, assim, este tanto à actividade como à organização da Administração Pública⁸⁹.

No que respeita à organização administrativa, a consagração deste princípio, terá visado essencialmente, segundo Vasco Moura Ramos, inculcar no legislador a necessidade de criar um modelo de organização administrativa que tenha em conta a necessidade de estruturar a Administração (*maxime* os seus serviços, dirigentes e trabalhadores) de forma a alcançar os resultados que se lhe exigem – a prossecução do interesse público – de uma forma eficaz e eficiente⁹⁰. Sendo este princípio invocado pelos defensores da substituição da concepção clássica da administração.⁹¹ De tal modo, que, nos últimos tempos, em grande medida impulsionado por um novo modelo de administração, conhecido como *new public management*, este princípio impõe-se, desde logo, como critério de organização racional de serviços.⁹²

Quanto à eficiência também não houve uma consagração constitucional expressa como princípio fundamental da actividade administrativa⁹³. Contudo, desde logo, num Estado Social de Direito, parece que ela surge como um imperativo constitucional⁹⁴. Assim, pode considerar-se que a dignidade constitucional do princípio da eficiência resulta, desde logo, da concretização do Princípio do

⁸⁵ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 36.

⁸⁶ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 36.

⁸⁷ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225-226.

⁸⁸ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 153.

⁸⁹ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225.

⁹⁰ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 224-227.

⁹¹ Cfr., neste sentido Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág.17-22.

⁹² Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, in *IIIº Encontro de Professores de Direito Público*, 30 de Janeiro de 2009, Porto, esp.^{ic} pág. 6, 9-11,20.

⁹³ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 36.

⁹⁴ Paulo Otero, *O poder de substituição em direito administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995, pág. 639.

Estado Social de Direito⁹⁵. Contudo, refere João Loureiro⁹⁶ que o texto constitucional português permite ir mais longe. Pois, no texto constitucional encontramos referências que se podem enquadrar numa noção ampla de eficiência⁹⁷, nomeadamente, no artigo 267.º da CRP. Em termos de organização, afirma-se o valor da eficácia da Administração, n.º 2, do artigo citado; em termos procedimentais, exige-se uma racionalização dos meios, n.º 5, do preceito citado⁹⁸. Para além disso, encontramos na alínea c) do artigo 81.º da CRP, uma referência claro a este conceito de eficiência, na qual se refere que entre as incumbências prioritárias do Estado no campo económico e social se inclui a de “assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando *pela eficiência do sector público*” (itálico nosso)⁹⁹.

Decorre do exposto que, tanto o princípio da eficácia como o da eficiência, apesar de não consagrados expressados pela Constituição como princípios fundamentais da actividade administrativa, podem considerar-se constitucionalmente assinalados à Administração¹⁰⁰.

4. Consagração do princípio da eficiência sob a capa do princípio da boa administração

55

O princípio da eficiência conheceu previsão legal, no seio ordenamento jurídico português, no antigo artigo 10.º do Código do Procedimento Administrativo¹⁰¹, como um dos princípios gerais do procedimento administrativo. Contudo, actualmente, já não será de considerar este princípio apenas como um princípio geral do procedimento administrativo¹⁰².

Já o novo Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, no seu artigo 5.º, devido à influência da autonomização do princípio boa administração a nível comunitário, e também por sugestão da doutrina¹⁰³, autonomiza o princípio da boa administração, como um dos *princípios gerais da atividade administrativa*. Passando a incluir sob a sua capa o princípio da eficiência. Consagra, assim, o novo CPA o princípio da eficiência como uma das dimensões do Princípio da Boa Administração, aparentemente sem autonomia.

O n.º 1, do artigo 5.º refere que a “*Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade*”. Carla Amado Gomes, ao analisar este preceito, refere que terá ocorrido uma certa:

⁹⁵ João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, *Studia Iuridica* 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 133.

⁹⁶ João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 133.

⁹⁷ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre o carácter polifacetado da eficiência, bem como da sua distinção de figuras afins, João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 123 e sgs.

⁹⁸ João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 133.

⁹⁹ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 36.

¹⁰⁰ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública – comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anotação artigo 6.º, pág. 28.

¹⁰¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro. Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro que aprovou o novo CPA.

¹⁰² Neste sentido, Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 11.

¹⁰³ Como consta da exposição dos motivos do Projecto de Revisão do CPA: “*começou-se por se incluir no Código o princípio da boa administração, indo de encontro ao que era sugerido pelo Direito Comparado, com essa ou outra designação, e a sugestões da doutrina*”.

“oscilação entre uma visão economicista da boa administração — com a referência à eficiência, no artigo 5º/1 — e uma visão jurídica — que é a da jurisprudência europeia e da Carta dos Direitos Fundamentais (com a referência à celeridade, no mesmo artigo 5º/1, a qual depois explicita no artigo 56º)”¹⁰⁴.

Daqui parece resultar uma concepção de eficiência como uma dimensão não jurídica (ou como um princípio não jurídico) da boa administração, existindo assim fora do conceito de *juridicidade*.

Contudo, o entendimento sobre a eficiência não tem sido unânime, tendo vindo a oscilar: *a)* entre aqueles que consideram esta como uma componente não jurídica que integra o princípio da boa administração; estando assim, pois, fora de uma visão jurídica¹⁰⁵, *b)* passando por aqueles que, por sua vez, consideram que a eficiência integra o “bloco de juridicidade”, constituindo pois um princípio jurídico¹⁰⁶; e *c)* até por aqueles, que vão mais longe, que tendem a reconhecer o carácter de princípio fundamental à eficiência¹⁰⁷.

Na concepção tradicional a boa administração surgia configurada como um dever que se concretizava na observância de parâmetros de natureza extrajurídica – *as chamadas regras de boa administração*¹⁰⁸. O conceito de boa administração surgia associada à ideia de eficácia e eficiência da Administração Pública¹⁰⁹, pois que o dever de boa administração era encarado como o “*dever de a Administração prosseguir o bem comum da forma mais eficiente possível*”¹¹⁰, ao qual não correspondia nenhum direito, falando-se indiferenciadamente num *princípio da boa administração, do mérito ou da eficiência*¹¹¹. O conceito de boa administração surgiu numa concepção não jurídica, como um dever, a que não correspondia nenhum direito subjectivo¹¹². Actualmente o conceito de boa administração evoluiu para um *superconceito*¹¹³, que adquiriu valor jurídico, e ao qual correspondem direitos e garantias dos administrados. Devendo considerar-se, desde logo, incluídos nos termos do n.º 1, do artigo 5.º, do (novo) CPA, no princípio da boa administração *critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade*. Deixa, portanto, de se poder reduzir, ou confundir, boa administração com eficiência.

Assim se, por um lado, boa administração passa a ser muito mais do que somente eficiência, por outro lado, cremos que a também a eficiência deixa de poder ser encarada apenas como uma dimensão da boa administração, tendo vindo

¹⁰⁴ Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA: Depressa e Bem...”, in *Comentários ao projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, in *Revista Direito e Política*, Diário de Bordo, Lisboa, n.º 4, 2013, pág. 144-145.

¹⁰⁵ Cfr. Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 144-145.

¹⁰⁶ Cfr. Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 36.

¹⁰⁷ Neste sentido, Mathias Ruffert, “Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª Auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1218-1219. Entre nós, José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 374; e, Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 10.

¹⁰⁸ Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, in *Provedor de Justiça – Estudos, Volume Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pág. 13-14.

¹⁰⁹ Cfr. entre outros, Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 14.

¹¹⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, (6.ª reimpressão da edição de 2001), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 38.

¹¹¹ Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1995, pág. 137.

¹¹² Cfr. Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 13-14.

¹¹³ Cfr., também para mais desenvolvimentos sobre este “*superconceito*”, Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 28.

progressivamente a exigir-se a sua autonomização da boa administração e a consagração como princípio jurídico autónomo.

Do exposto decorre que, a eficiência e a eficácia correspondem certamente a uma das dimensões que a boa administração continua a assumir, devendo a administração assegurar procedimentos céleres e eficazes¹¹⁴. Sendo, aliás, em sede de procedimentos administrativos que o princípio da eficiência se torna mais notória para os administrados.¹¹⁵ Pelo que, não se nega que a eficiência seja uma das dimensões reconhecidas em geral à boa administração (a par da: celeridade, equidade, imparcialidade, transparência)¹¹⁶. No entanto, actualmente não se pode reduzir o papel e importância do princípio da eficiência a uma das dimensões do princípio da boa administração. Pois, além de um princípio do procedimento administrativo, o princípio da eficiência é também um critério de organização racional de serviços (em grande parte impulsionado pela corrente do *new public management*¹¹⁷), sendo também um critério legitimador da actividade administrativa de “implementação de políticas”¹¹⁸. A doutrina estrangeira, de resto, não tem dúvidas em afirmar que a *eficiência* é hoje um verdadeiro critério do agir administrativo, em geral, impondo à Administração que pautе as suas escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício, assim como a gestão do risco¹¹⁹.

Assim, a eficiência e a eficácia surgiram entre nós como regras não jurídicas, tal como as restantes *regras da boa administração*, mas que hoje se procuram afirmar e autonomizar como verdadeiros princípios jurídicos com dignidade constitucional.

5. *Autonomização dos princípios da eficiência e da eficácia?*

Assim, deve entender-se que o alcance do princípio da eficiência é mais abrangente do que a dimensão que assume no princípio da boa administração. Embora *eficiência* e *boa administração* se encontrem interligados, visto que o fim que se visa alcançar é sempre a da *melhor actuação* tendo em vista a realização do *interesse público*, eles apresentam, hoje, conteúdos distintos e autónomos¹²⁰. Pelo que, entendemos que o princípio da eficiência se deve autonomizar do princípio da boa administração¹²¹ – concordando, assim, aqui com a afirmação de Carla Amado Gomes de que “melhor teria andado o Projecto se tivesse distinguido *eficiência* de *boa administração*”¹²².

Mais: defendemos que estes novos princípios devem vir a ser consagrados e reconhecidos no ordenamento jurídico português, como princípios jurídicos fundamentais autónomos, a par dos demais actualmente consagrados, devendo

¹¹⁴ Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, cit., pág. 14, 24, e Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), 2010, pág. 11 e 15.

¹¹⁵ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 10.

¹¹⁶ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 11.

¹¹⁷ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 5.

¹¹⁸ Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 11, 13-14.

¹¹⁹ Susanne Baer “V erwaltungsaufgaben”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 814-815.

¹²⁰ Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 93-95.

¹²¹ Neste sentido, vide Cristiana Cardoso Lopes, *O princípio da boa administração*, cit., pág. 93-95. Num sentido também próximo, vide Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 12.

¹²² Carla Amado Gomes, “A «Boa Administração» na revisão do CPA”, cit., pág. 145.

ascender à posição de *verdadeiros parâmetros jurídicos de controlo do agir administrativo*¹²³.

Apesar da Constituição Portuguesa não colocar, pelo menos para já, os princípios da eficácia e a da eficiência ao lado dos princípios fundamentais da actividade administrativa (previstos no artigo 266.º da CRP) – ao contrário, v.g., da Constituição Espanhola que prevê o princípio da eficácia (n.º 1, do artigo 103.º)¹²⁴–, nem por isso aqueles princípios deixam de ser assinalados constitucionalmente à Administração¹²⁵. Produzindo os seus efeitos ao nível da sua organização, sua actividade, seu pessoal, e processamento dessa actividade¹²⁶. Devendo entender-se que os princípios da eficiência e da eficácia fazem hoje parte do “bloco da legalidade”, que constitui o princípio da juridicidade¹²⁷, não podendo a Administração renunciar a critérios de eficiência e de eficácia.

Desde modo, têm vindo progressivamente a adquirir importância e autonomia no seio da Administração Pública os princípios da eficiência e da eficácia – impulsionados em grande parte, como vimos, pela corrente do *new public management*.

6. Conclusão

Os princípios da eficiência e da eficácia têm vindo progressivamente a adquirir importância e autonomia no seio da administração pública, em grande medida impulsionados pelas reformas que ficaram conhecidas como o modelo do *new public management*.

A Constituição Portuguesa não autonomizou os princípios da eficácia e a da eficiência, como fez com outros princípios fundamentais da actividade administrativa (previstos no artigo 266.º da CRP) – ao contrário, v.g., da Constituição Espanhola que prevê expressamente o princípio da eficácia (n.º 1, do artigo 103.º).

Ainda assim, o novo Código do Procedimento Administrativo (CPA) ao automatizar o princípio da boa administração, no seu artigo 5.º, passa a incluir sob a sua capa o princípio da eficiência. Podendo encarar-se este como um passo no caminho da autonomização e na consagração legal dos princípios da eficácia e da eficiência.

Além disso deve entender-se que os princípios da eficiência e da eficácia integram já hoje o “bloco da legalidade”, não podendo a Administração renunciar a critérios de eficiência e de eficácia.

Deste modo, parece poder concluir-se que estes novos princípios se procuram afirmar como princípios jurídicos fundamentais autónomos, a par dos outros

¹²³ Cfr. Suzana Tavares da Silva, “O princípio (fundamental) da eficiência”, cit., pág. 6.

¹²⁴ Luís Cabral de Moncada, *Direito Público e eficácia*, cit., pág. 11.

¹²⁵ Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração Pública – comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anotação artigo 6.º, pág. 28.

¹²⁶ Vasco Moura Ramos, *Da compatibilidade...*, cit., pág. 225, Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 31, e João Loureiro, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, cit., pág. 133.

¹²⁷ Fernanda Paula Oliveira e José Figueiredo Dias, *Noções Fundamentais*, cit., pág. 36-37.

existentes, clamando pelo seu reconhecimento e consagração legal e/ou constitucional.

- ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida, “O provedor de justiça como garante da boa administração”, in *Provedor de Justiça – Estudos, Volume Comemorativo do 30.º aniversário da Instituição*, Lisboa, 2006, pág. 11-40. Disponível em http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf
- ALVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organizacion de las administraciones publicas*, 2.ª Ed., 1997, Madrid.
- AMARAL, Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, (6.ª reimpressão da edição de 2001), Almedina, Coimbra, 2006.
- ARAÚJO, Joaquim Filipe Esteves de, “A reforma da gestão pública: do mito à realidade”, Comunicação apresentada no Seminário Internacional Luso-Galaico: *A reforma da Administração Pública: apostas e casos de sucesso*, Braga, 18 a 19 Maio, Universidade do Minho, 2004. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/3312>
- BAER, Susanne, “Verwaltungsaufgaben”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012
- CHEVALLIER, J./ LOSCHAK, D., “Rationalité juridique et rationalité manageriale dans la Administration française”, in *Revue Francaise d’ Administracion Publique*, n.º 24, 1982, pág. 679-720.
- CHIAVENATO, Idalberto, *Administração geral e pública*, 2.ª edição, Elsevier Editora, Rio de Janeiro, 2008.
- DENHARDT, Janet Vinzant/ DENHARDT, Robert B., *The new public service: serving, not steering*, edição expandida, M. E. Sharp, New York, 2007.
- GOMES, Carla Amado, “A «Boa Administração» na revisão do CPA: Depressa e Bem...”, in *Comentários ao projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo*, in *Revista Direito e Política*, n.º 4, Diário de Bordo, 2013, pág. 142-145.
- HOOD, Christopher, “Contemporary public management: a new global paradigm”, in *Public Policy and Administration*, Vol. 10, (2), 1995, pág. 104-117.
- LIRA, Miguel/ ROSO, Ana, “A reforma da administração dos recursos humanos públicos portugueses após o fim do estado novo: uma evolução histórica”, in *Revista Ciências Administrativas*, vol. 19, n.º 2, 2013, págs. 536-578. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rca/article/view/3379/pdf>
- LOPES, Cristiana Maria Cardoso, *O princípio da boa administração*, dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), 2010.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves, *O procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, Studia Iuridica 13, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- MONCADA, Luís Cabral de, *Direito Público e eficácia*, Lisboa, 1997.
- MOURA, Paulo Veiga e/ ARRIMAR, Cátia, *Os novos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da Administração*

Pública – Comentário à Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, 3.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Paula/DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

OSBORNE, Stephen P., “The new public governance?”, in *Public Management Review*, Vol. 8, (3), 2006, pág. 377-387.

PAREJO ALFONSO, Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in *Documentación Administrativa*, n.ºs 218-219, 1989, pág. 15-65.

RAMOS, Vasco Moura, *Da compatibilidade do New Public Management com os Princípios Constitucionais*, (dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), policopiado, Coimbra, 2002.

ROSO, Ana, “*O(s) Regime(s) do Emprego Público – Contributo para a evolução do modelo estatutário do emprego público*”, (policopiada), dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

RUFFERT, Mathias, “Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1163-1255.

SILVA, Suzana Tavares da, “O princípio (fundamental) da eficiência”, in IIIº Encontro de Professores de Direito Público, 30 de Janeiro de 2009, Porto. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%C3%ADpio%20da%20efici%C3%Aancia.pdf>

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, 1995.

OTERO, Paulo, *O poder de substituição em direito administrativo: Enquadramento dogmático-constitucional*, Vol. II, Lex, Lisboa, 1995

VOßKUHLE, Andreas, “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”, in *Grundlagen des Verwaltungsrecht, I Band: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2.ª auflage, Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (editores literários), Beck, München, 2012, pág. 1-63.

ÉTICA E COMPLIANCE: O PAPEL DO ADVOGADO E A CONTINGÊNCIA

ETHICS AND COMPLIANCE: THE ROLE OF THE LAWYER AND CONTINGENCY

FABRIZIO BON VECCHIO

fbvecchio@hotmail.com

LEANDRO VILELA CEZIMBRA

Leandro@adamescezimbra.com.br

Resumo

O presente artigo visa tratar de conceitos éticos e de Compliance e o papel do advogado frente aos desafios da geração de informações financeiras por meio dos relatórios de contingência.

Atualmente, nos bancos acadêmicos, não há disciplinas que ensinem a importância dos relatórios financeiros das empresas nem mesmo que treinem os profissionais do direito acerca da avaliação de passivos judiciais e administrativos. Tal situação gera enormes problemas, pois processos judiciais ou administrativos mal avaliados poderão criar desembolsos com condenações inesperadas, afetando a saúde financeira de entidades, afetando seu lucro e, conseqüentemente, alterando a realidade das empresas. **Palavras-Chave:** Tortura. Proibição. Ius Cogens. Aplicação das normas cogentes de direito internacional. Jurisprudência.

Palavras chave: Compliance; Ética empresarial; Contingencia

Abstract

This article aims to address ethical and Compliance concepts and the role of the lawyer in the face of the challenges of generating financial information through contingency reports.

Currently, in academic banks, there are no disciplines that teach the importance of companies' financial reports or even that train legal professionals about the assessment of judicial and administrative liabilities. Such a situation creates enormous problems, as poorly evaluated judicial or administrative processes may create disbursements with unexpected condemnations, affecting the financial health of entities, affecting their profit and, consequently, changing the reality of companies..

Key Words: Compliance; Ethics; Contingency.

1. Introdução:

O presente artigo se destina a trazer questões sensíveis às instituições, seja na esfera pública, quanto na esfera privada, que demandam um olhar bastante atento não só da lei, mas das normas de conduta de todos seus agentes.

Para tanto, a abordagem que se propõe aqui privilegiará a prática, porém, imperativo passar por questões conceituais e teóricas, com fim de alcançar o conhecimento de um tema relativamente novo no Brasil, o Compliance.

Inicialmente, tratar-se-ão de conceitos bastante importantes para contextualizar a Ética e o Compliance, além de passar por temas como a diferenciação entre Lei e Norma, Moral e Ética, sem esquecer do histórico e dos desafios pelos quais o Compliance passou nos últimos tempos para se consolidar como uma ferramenta efetiva de garantia da transparência nas relações institucionais.

Ética e Compliance caminham *pari e passu*, sendo a ética de suma importância para construir qualquer modelo efetivo de Compliance que traga a órgãos públicos, entidades do terceiro setor e entidades privadas a segurança necessária para suas operações e atividades.

Para Xavier, Costa, Almeida & Soares (2017), o Compliance, inicia sua caminhada na Ética, perpassando várias situações, entre elas a segurança das informações, das pessoas, de produtos e serviços, de forma bastante abrangente. A criação de diretrizes nas organizações faz com que se aumente a confiança das entidades e, por conseguinte, um aumento na sua reputação e aumento das vendas na esfera privada e de demanda na esfera pública.

As diferenças entre a ética e a moral também são objeto do presente artigo, com escopo de estabelecer os marcos para um outro debate, o conceito de Compliance, seu histórico e a legislação brasileira.

Ato contínuo, se analisara as relações entre o Compliance e diversos tipos de riscos a que as entidades estão submetidas, um princípio para tratar dos controles internos, instrumentos para a realização dos programas de Compliance e a necessidade de introjetar na cultura organizacional o Compliance.

Também alguns exemplos de como a ausência de Compliance, ou de controles efetivos pode gerar prejuízos severos à organização e como podem atuar os advogados em prol do Compliance.

Quanto à atuação de profissionais do direito, buscou-se alguns conceitos contábeis como a contingência para demonstrar que nem só de processos vive o profissional jurídico, mas também das informações que ele gera para a organização que são de suma importância para o planejamento estratégico e financeiro.

Enfim, não se pretende esgotar o tema, mas criar mais um caminho de debates no sentido do desenvolvimento de uma cultura que constitui braço indissociável para a tão necessária e almejada transparência nas organizações na sociedade atual.

1.1. Lei e Norma – Distinções:

Em que pese sejam utilizadas, como sinônimas, norma e lei são conceitos distintos. A norma é uma regra de conduta, não necessariamente imposta pelo Estado. Pode ser uma regra moral, técnica, religiosa, cultural etc.

Já a lei, na maioria das vezes, passa por um processo legislativo formal, é uma conduta imposta pelo Estado que usa seu poder coercitivo para estabelecer exigências de comportamento. A lei é reconhecida e admitida pelo ordenamento jurídico e possui requisitos para ser exigível, como a necessidade de publicação de seu conteúdo, por exemplo.

A lei atende a princípios de direito, a norma, não nasce, obrigatoriamente do direito. O conceito de norma, portanto, abrange a lei, mas nem toda a norma será uma lei!

A norma surge de preceitos arraigados na sociedade que possibilitam o convívio social e neste sentido, traz-se, portanto, mais um conceito, a ética.

1.2. Ética:

Ética, proveniente da palavra grega “Ethos”, representa modo de ser, hábito ou costume. Segundo Guimaraes (2001) ética é o conjunto de regras e preceitos de ordem valorativa e moral de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade. São normas e princípios que se referem ao comportamento do indivíduo no grupo social a que pertence.

Segundo Dallari (2003), a ética é prática, se não é praticada, não existe! Logo, diferencia-se a ética da moral pelo aspecto prático e coletivo da primeira em relação à segunda, sendo esta segunda de caráter pessoal.

Para Miguel Reale Jr. (1999), *as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade.*

Nesse sentido, para o referido autor, a partir da definição de uma *posição axiológica* é que advirá a *imperatividade da via escolhida*, e não o contrário. Será a partir de um processo de escolha de opções valorativas que se alcançará a ética e esta terá a imperatividade que o Direito detém.

Já Santos (2015), a ética muda conforme a sociedade, e a ética empresarial, da qual deriva a governança corporativa, não é diferente. A ética empresarial ou corporativa será conforme a entidade ou o ambiente em que esta esteja inserida. É a ética um reflexo social dos produtos ou serviços que a empresa vende, da sua cultura interna e dos demais fatores que incidem sobre o ambiente institucional.

Neste sentido, afirmou Kant (1797) em a Doutrina da Virtude que “A ética não dá a lei para as ações, mas apenas as máximas das ações”, lida com o certo e o errado, constitui consenso e adesão sociais, por meio da cultura do povo e construída a partir de muitas morais.

1.3. Moral x Ética:

Entretanto, não se pode tratar ética sem discorrer, ainda que brevemente sobre moral. Esta última representa parte da filosofia que trata dos costumes ou deveres

sociais humanos, é relativa ao domínio espiritual, em oposição ao mundo físico ou material (Bueno, 1996). Constituídas de sentimentos, as normas morais são os pilares da ética, construídas a partir da experiência de vida do indivíduo e são guiadas pela sua consciência. São normas de caráter interior do ser humano.

Segundo Souza (1994), Weber redefine de forma radical a noção de sujeito moral, haja vista a progressiva subjetivação da questão moral no mundo moderno, resultante de um processo longo de aprendizado e reflexividade por parte dos indivíduos.

Na mesma medida, a moral, Paim (2013) que surge como uma avaliação dos costumes e se expressa por meio deles, para reprovar ou aceitar determinadas condutas é algo constitutivo de uma sociedade, pois não é possível conceber a teia social sem regras de conduta. Historicamente, há que se considerar que a tradição oral das normas de conduta no sentido de contribuir, inclusive, com a coesão e a própria sobrevivência das comunidades é inafastável.

O ser humano, conforme a concepção de Aristóteles, é um ser social por excelência, necessitando de outros seres de sua espécie para sobreviver, porém, para coexistir com estes outros seres, necessita de regras e muitas delas de caráter moral.

Tais regras, muitas vezes estabelecidas de forma consuetudinária, ou seja, a partir de um processo natural de desenvolvimento social, sem uma compilação escrita, mas a partir da repetição de condutas, faz com que a ética e a moral sejam dinâmicas.

Na idade média, por exemplo, a ciência era considerada bruxaria, penalizada com a morte na fogueira. Mais tarde, a ciência foi considerada uma atividade bastante importante sob o ponto de vista social e hoje, é indispensável para o progresso humano.

As diferenças entre ética e moral residem no fato de a primeira ser universal, imutável com o tempo, facultativa, regula o comportamento do indivíduo em relação à coletividade e a segunda, em virtude de nascer com o homem é valor criado a partir de experiências e crenças pessoais, logo, mutável e obrigatória.

Para ilustrar tal pensamento, extrai-se de Weber (2010):

“Uma medida “ética” é de per se uma medida que impõe como norma um modo específico de fé axiológico-racional dos homens à ação humana, a qual exige o predicado de “moralmente boa”, tal como exige o predicado “bela” a ação que se mede por critérios estéticos. Neste sentido, representações normativas de carácter ético podem influenciar muito profundamente a ação e, no entanto, carecer de toda a garantia externa.”

Assim, traz-se tais conceitos para ilustrar que a moral não existe sem a ética e vice-versa.

Mas o que a ética e a moral têm em relação ao *Compliance*?

1.4.0 Compliance:

Para relacionar os conceitos de moral e de ética é importante tratarmos do que é *Compliance*.

Advindo do verbo inglês “To Comply”, *Compliance* significa “cumprir”, ‘executar’, ‘satisfazer’, ‘realizar o que lhe foi imposto’, estar de acordo com regras pré-estabelecidas.

Coimbra & Manzi (2010) definem com o sendo “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.”

Há quem defina *Compliance* como conformidade ou ainda como integridade, como a Controladoria Geral da União, que assim denomina em seus documentos e manuais.

Entretanto, *Compliance* não é só conformidade, é também a gestão de riscos com escopo de salvaguardar a imagem da instituição, seja ela pública ou privada.

1.5.Histórico do Compliance:

O termo *Compliance*, segundo Donella (2019) teria nascido no meio universitário, mas ganhou notoriedade com criação da *Prudential Securities*, em 1950, se desenvolvido em 1960 a partir do surgimento da *Securities and Exchange Commission* (SEC), ambas nos Estados Unidos e adquirido sua importância com a criação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977.

Já Vieira (2013) afirma que os programas de *Compliance* nasceram após um escândalo da indústria da energia elétrica, cuja manipulação generalizada dos preços de produtos e equipamentos elétricos gerou uma série de condenações antitruste nos Estados Unidos na década de 1960. Tal escândalo teria gerado condenações de pessoas e empresas na década seguinte e feito com que Companhias buscassem formas de se autorregular, culminando na promulgação do FCPA que tornava crime a prática de subornos para facilitar negócios em países estrangeiros.

O *Compliance* (Vieira, 2013) sempre existiu, desde o início do comércio organizado, porém, a experiência negativa de algumas empresas, envolvidas em escândalos teria aumentado o interesse de entidades em produzir seus próprios códigos de conduta para evitar problemas legais e regulatórios.

Para Manzi (2008), o *Compliance* teve origem nas instituições financeiras, nos Estados Unidos, em 1913, sendo contemporâneo à criação do Federal Reserv (o Banco Central dos EUA), com fim de proporcionar um sistema mais seguro, flexível e estável, entretanto, somente com o surgimento das agências reguladoras norte americanas é que se passou a tratar o *Compliance* com a sua devida importância. O próprio Governo dos Estados Unidos, no início da década de 90 passou a fomentar o *Compliance* nas áreas de saúde, no ramo alimentício entre outros.

Assim, o *Compliance* surge na esfera privada, como forma de prevenir problemas legais e de imagem de empresas, sendo estendido às atividades públicas por uma necessidade de transparência.

No Brasil, há quem diga que o Compliance surge também a partir de escândalos de corrupção, em especial os ligados à Operação Lava a Jato, em virtude das leis que foram promulgadas a partir de 2013. Entretanto atribuir o nascimento do Compliance a estes eventos é desvalorizar uma série de ações pretéritas, de empresas nacionais e estrangeiras que buscaram regulamentar internamente suas ações para se enquadrar nas leis e normas existentes no país, evitando manchas em suas reputações.

1.6. Arcabouço legal:

Inegavelmente que a Lei de Anticorrupção Brasileira, Lei n.º 12.846/2013 e do seu Decreto regulamentador (Decreto n.º 8.420/15), foram importantes para desenvolver uma cultura de Compliance nacional, sofrendo influência internacional, que exigiu das empresas e do Estado brasileiro uma atitude condizente com a transparência nas relações institucionais.

Outrossim, o Compliance não pode ser apenas praticado internamente pelas empresas, mas deve ser difundido amplamente para todos os colaboradores e parceiros que de alguma forma interagem na consecução do mister da sociedade, os chamados stakeholders.

Exemplo de situações onde o Compliance foi posto à prova e demonstrou seu valor foram os escândalos com empresas do setor varejista de vestuário que foram acusadas de contratar os serviços de terceiros que teriam sido acusados de trabalho escravo, ou análogo a escravo (Âmbito Jurídico, 2014). Ora, mesmo que entidades acompanhem seu processo produtivo interno, poderão adquirir gêneros de outras empresas que poderão ser alvo de violação legal ou regulamentar, gerando imensos desgastes.

Ademais, com novos conceitos de atuação global de empresas, governos e organismos transnacionais, nada mais correto que acompanhar toda a cadeia produtiva, com vias de conferir o cumprimento da ética e do Compliance.

1.7. Compliance x riscos:

Pilar da Governança Corporativa, o Compliance é ferramenta que auxilia na gestão de riscos institucionais, entende-se o risco como, a *possibilidade mensurável de ganhar ou perder (ou não ganhar), o risco difere-se da incerteza pela sua capacidade de mensuração (ASSAF NETO, 2007)*.

Acerca do risco (Donário e Santos, 2016) asseveram:

(...)

Existe risco quando se podem associar probabilidades aos resultados de qualquer evento. Nestes casos, de risco, o decisor conhece a distribuição das probabilidades em relação às situações são produzidas.

(...)

Os resultados prováveis em situações de risco podem ser estimados, conhecendo-se as probabilidades. Uma decisão de um indivíduo pode ser considerada como sendo de risco se pertence a um grande conjunto ou pode ser repetida e duplicada. Na situação de risco conhecem-se as distribuições das probabilidades.

Existem seis tipos de riscos (Duarte, 2011) que se relacionam com o ambiente corporativo:

- a) Risco de Mercado – é aquele em que se mede a incerteza em relação à expectativa de retorno de determinado investimento. Incidem sobre este risco as variações cambiais, as variações de taxas de juros e a volatilidade do mercado.
- b) Risco Operacional – este risco é relacionado com as perdas ocasionadas por falhas humanas ou não em seus sistemas de controle. O risco operacional tem relação com a ação humana, mercado e a expectativa deste em relação à empresa.
- c) Risco de Crédito – é o risco de inadimplência de algum parceiro de negócios. É intimamente ligado à capacidade de pagamentos das partes em determinado negócio e pode ser alterado de acordo com a mudança na condição econômica dos contratantes.
- d) Risco Legal – também chamado de risco regulatório, é relacionado ao cumprimento da legislação e geralmente ocasiona uma pena.
- e) Risco de Liquidez – é aquele relacionado à capacidade (dificuldade) de vender ou comprar determinado ativo financeiro ou não. Relaciona-se intimamente com a lei da oferta e da procura.
- f) Risco de Compliance – Quando o risco legal não é apenas medido como a infração à lei formal, mas às convenções de mercado, os códigos de conduta, aos padrões estabelecidos por entidades de classe e pela própria Sociedade Empresária, ele passa a ser um risco de compliance.

O Risco Operacional e o Risco de Compliance são relacionados com falhas humanas, seja por ações ou omissões. O risco operacional será maior, quando não houverem sido tomadas as medidas para testar a eficácia dos controles internos.

Já o risco de compliance será mais sensível quando ocorrer a infração dos controles internos e das normas estabelecidas pela empresa.

Ainda sobre o risco, estes se classificam por sua origem, podendo ser (IBGC, 2007):

Internos – quando se tratar de eventos gerados por sua própria estrutura, por seus colaboradores ou pelo seu sistema de tecnologia. Carecem sempre de uma atitude pró-ativa.

Externos – são eventos alheios à vontade da alta direção, tais como fatores macroeconômicos, políticos, sociais, naturais e setoriais. Geralmente não comportam ação direta da corporação, mas demandam ação reativa, ou seja,

necessitam de uma avaliação prévia para preparar a Sociedade Empresária para a sua ocorrência.

Por fim, são classificados quanto à sua natureza, como (IBGC, 2007):

Riscos Estratégicos – são associados à tomada de decisão da administração da sociedade. Riscos advindos de má-gestão geralmente resultam em perda de credibilidade e perda do valor das ações da empresa.

Riscos Operacionais – são relacionados a falhas, deficiências ou inadequação de procedimentos internos, pessoas e sistemas. Dos riscos operacionais podem advir passivos judiciais, contratuais, regulatórios e ambientais.

Riscos Financeiros – Os riscos financeiros podem ser de mercado, de crédito e de liquidez e são aqueles relacionados à administração financeira do negócio. Podem conduzir ao endividamento excessivo e prejuízos frente à exposição cambial.

Outrossim, uma mesma atitude poderá gerar exposição aos riscos de forma ampla, os riscos poderão ser financeiros, estratégicos e operacionais ao mesmo tempo.

Ex.: Um relatório financeiro atribui valor equivocado para o montante do patrimônio líquido. Este valor irá refletir em todos os números, podendo gerar expectativas e mudanças na estratégia da empresa, podendo influenciar na alteração de procedimentos operacionais e mascarar perdas financeiras.

1.8. Vieses do Compliance - controles:

70

Perpassando a questão do risco, importante referir que o *Compliance* tem dois vieses distintos e complementares, um externo, cuja observância é obrigatória por força de leis, decretos, regulamentos, atos com força coercitiva Estatal ou não, enfim, por obrigações constituídas por órgãos externos à organização e outro viés, interno, cujas regras são estabelecidas pela própria entidade.

Uma das formas de se estabelecer um bom programa de Compliance é a elaboração de um plano, com controles internos suficientemente efetivos, que não sejam excessivos sob o ponto de vista de ocasionar problemas para a operação do negócio, ou da prestação de serviços, sejam públicos ou privados, e que não sejam indolentes a ponto de não trazerem segurança às organizações.

Vale dizer que os métodos de controle interno deverão ser condizentes com a natureza da atividade, sob pena de, ao invés de impedir perdas, criar despesas desnecessárias e gastos excessivos. Afinal, não se podem criar regras que não possam ser cumpridas.

1.9. Compliance – Cultura organizacional:

O *Compliance* como ferramenta de governança corporativa, trabalha, entre outros pontos, a cultura, o exemplo e o controle das atividades e atitudes de todos os colaboradores a empresa, não apenas para a preservação da imagem da instituição, mas para promover um ambiente de trabalho honesto, sadio, para tanto, o programa de *Compliance* não poderá ser para “inglês ver” (*Expressão*

cunhada em 1850 para designar a Lei Eusébio de Queiroz, que proibia o tráfico de escravos africanos. A expressão era para designar algo que servisse apenas como mera formalidade) e deverá traduzir verdadeira transparência.

Empresas e governos transparentes atraem mais investidores e consumidores, afinal, quem põe seu dinheiro ou adquire produto de empresas e Estados com relações nebulosas? A resposta é muito simples, ninguém ou quase ninguém.

Para um programa de Compliance de verdade, é necessário que ele esteja arraigado nas empresas, mas deve partir, acima de tudo, da alta administração. Colaboradores, acionistas ou sócios, fornecedores e consumidores devem ter presente a cultura da Integridade, mas ela deverá ser transmitida a partir do “dono do negócio”.

Não se pense que na esfera pública é diferente, gestores públicos devem difundir a cultura do Compliance para incentivar seus liderados a cumprirem com o máximo zelo a tarefa que o Estado outorgar, dentro dos limites legais e regulamentares.

Importante salientar que lei não cria cultura, exemplo sim e o Compliance só é possível com exemplo!

Somente a conscientização de todos os colaboradores diretos e indiretos das instituições é que poderá fazer o Compliance acontecer de verdade, preservando postos de trabalho e negócios.

1.10. Falta de Compliance e prejuízos:

71

Não resta dúvidas que empresas envolvidas em escândalos sofrem com a falta de um Compliance efetivo, vide as construtoras OAS e UTC, ambas em Recuperação Judicial, o próprio Grupo Odebrecht, a Petrobras e tantas outras empresas envolvidas em escândalos de corrupção, isto sem mencionar no caso da Vale S/A, que ainda sofre em virtude do rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho, ambas em Minas Gerais.

Assim, ao estruturar um programa de Integridade nas empresas ou em entidades públicas, haverá a necessidade de pensar, primeiramente, em profusão de conhecimento e cultura, sem distinção de cargos ou salários. Do porteiro ao Diretor, todos deverão conhecer na sua integralidade as regras internas e externas da instituição, mesmo que o aprendizado seja feito sem a sisudez de um treinamento formal.

1.11. Compliance e o advogado terceirizado:

Há quem discorde, mas a tarefa do advogado é a razão de ser do Compliance. Cabe ao profissional da área jurídica não apenas a defesa da sociedade empresária ou da entidade pública quando estabelecido um conflito de interesses, mas também a prevenção desses conflitos. Para isso, o advogado precisa avaliar constantemente as práticas das instituições e os impactos dessas práticas em vista do que estabelece a legislação e a ética.

O advogado, em especial o terceirizado, deve buscar seguir sempre as determinações da alta direção da entidade, para que sua atuação não se torne

contraditória em relação às práticas internas da instituição. A par disso, o profissional do direito deve fazer uma análise crítica de cada situação, até mesmo das determinações da empresa ou do órgão público, com vistas a identificar potenciais situações de riscos que possam gerar prejuízos à corporação. Nesse caso, o papel do advogado é justamente alertar, prevenir e minimizar as chances de que alguma conduta adotada possa estar fora dos padrões estabelecidos pelas leis e regulamentos (internos e externos), das obrigações éticas e morais, dos ditames atinentes às boas práticas.

Com isso assevera-se que o advogado deve seguir as ordens emanadas da alta administração da entidade, mas também deve analisar a ordem e verificar quais as repercussões sob o panorama jurídico podem acontecer, a ponto de interferir ou alertar a instituição caso se tratem de ordens equivocadas, afinal, as sociedades e órgãos públicos são administrados por pessoas e pessoas também são falíveis.

Muito embora o profissional de compliance não necessite ser advogado, é muito importante que ele tenha uma vivência no direito, para que possa garantir a execução e o cumprimento das leis, normas e dos regulamentos internos.

A entidade, pública ou privada, por sua vez, deve ouvir seu corpo jurídico, seja interno ou externo, pois determinadas atitudes podem acarretar problemas que poderiam ser sanados muito antes de sua ocorrência houvessem sido mais bem avaliadas do ponto de vista jurídico e ético. Isso é implementar o conceito do Compliance na prática: fazer com que os diversos setores das instituições “conversem” e garantir que haja pessoas encarregadas e atentas checando diariamente se as condutas adotadas estão de acordo com a lei, com a ética e com o que indicam as boas práticas.

Veja-se, por exemplo que alteração do peso de um produto sem a devida informação na embalagem poderá gerar multa dos órgãos de defesa do consumidor, de modo que o risco poderia ser mitigado se houvesse uma informação clara na embalagem.

ADMINISTRATIVO. DIFERENÇAS ENTRE O PESO EFETIVO DO PRODUTO E O INFORMADO NA EMBALAGEM. REGULARIDADE NOS AUTOS DE INFRAÇÃO. DESNECESSIDADE DA JUNTADA DO PROCESSO.- Havendo diversidade entre o real conteúdo do produto e a indicação da embalagem, e estando essa diferença prevista no Regulamento Técnico Meteorológico, é legal a cobrança de multa pecuniária como forma de proteção ao consumidor.- A juntada do processo para julgamento único é decisão que cabe ao Administrador, atendendo à conveniência.- Apelação desprovida. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região - 2002.71.00.017815-0, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 06/03/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/05/2006 PÁGINA: 709).

O conhecimento das normas de direito do consumidor estabelece que qualquer alteração na embalagem do produto ou redução da quantidade deve ser amplamente divulgada, sob pena de sanções de natureza administrativa e judicial.

Outra situação que constitui problema de Compliance é a habitual inclusão de serviços não solicitados em conta telefônica, se feita de modo reiterado poderá gerar inúmeras condenações judiciais por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA. COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. PAGAMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO ILÍCITA. DANO MORAL MANTIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDO. Configurada a abusividade na disponibilização e cobrança relativa a serviços não contratados. Caso concreto em que o dano moral resta demonstrado em face da situação experimentada, diante da cobrança indevida de serviços não contratados (TJRS, AC n. 70041819327, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Data de Julgamento: 18/05/2011, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/05/2011)

Igualmente como no exemplo anterior, a adoção de um sistema de controles internos poderia impedir a ocorrência de erros e violações, o que minimizaria os custos com futuros processos judiciais, tais como honorários de advogados, bem como pouparia a instituição de uma eventual condenação.

Muitas vezes, os advogados, acreditam que para o bom desenvolvimento da atividade jurídica é apenas necessário conhecer a legislação, jurisprudências e as teses de defesa para bem representar a sociedade empresária, o órgão público, a autarquia a entidade do terceiro setor. Porém, hodiernamente, advogar é muito mais do que isto. O conhecimento de gestão e de análise de risco é fundamental para quem pretende atuar na defesa de grandes corporações ou de qualquer entidade.

73

Tal assertiva é tão verdadeira que é cada vez mais forte a presença de profissionais do direito na gerência operacional de empresas, contribuindo não só na parte jurídica, como em toda a operação.

O grande problema dos profissionais de carreira jurídica é que a maioria deles não tem qualquer formação em gestão de riscos, nem conceitos básicos de administração. As faculdades de direito ensinam os profissionais apenas a ser litigantes, não ensinam a ser preventivos. Os estudantes de direito são, em regra, treinados a agir somente quando o problema bate à sua porta, sempre com a intenção de remediá-lo e não visando a prevenção.

É enorme a dificuldade de fazer o profissional, principalmente o recém-formado entender que tão importante quanto elaborar uma boa petição e, com isso, obter o entendimento do juiz, também é saber elaborar um bom relatório e transmitir ao cliente – informações úteis sobre o seu contencioso.

O cliente, quando é uma grande empresa, ou uma grande entidade pública, necessita de informações sobre seu passivo e estas informações, no mais das vezes, são geradas pelos advogados.

Tão importante quanto ganhar o processo, é informar este ganho, para que o balanço traduza a realidade dos acontecimentos e se consiga transparecer para o mercado a verdadeira situação da Sociedade Empresária ou da Autarquia, por exemplo.

1.12. A efetividade dos controles internos e a avaliação de processos:

O Compliance não pode ser apenas praticado internamente pelas empresas ou entidades públicas, mas deve ser difundido amplamente para todos os colaboradores que de alguma forma interagem na consecução do mister da corporação.

As normas internas devem ser muito bem conhecidas e compreendidas por todos os profissionais envolvidos, sob pena de comprometer os resultados operacionais e financeiros das entidades.

Da mesma forma, os profissionais que criam e gerenciam os controles internos devem ter bem presente a realidade das operações da corporação, pois somente desta forma poderão ser criados controles efetivos e factíveis. De nada adianta a elaboração de um código de ética rigoroso e de controles internos extremamente rígidos se as atividades descritas como necessárias a este controle não são possíveis ou realizáveis.

Uma norma para reavaliação de processo que necessita de um relatório extremamente complexo, acabando por tomar muito tempo e com prazo exíguo, certamente não será bem realizada.

Um dos principais problemas verificados por advogados terceirizados é a avaliação de contenciosos judiciais, pois muitas vezes a avaliação do processo de forma igual não contempla as peculiaridades do caso, gerando aumento do passivo.

Tome-se por exemplo uma sociedade do ramo do varejo, com sede em um Estado do Brasil e lojas disseminadas pelo país inteiro que trabalhe com crédito ao consumidor, além da venda de produtos variados. Esta sociedade é alvo constante de fraudes, onde criminosos se utilizam de documentação falsa para obtenção de crédito. Tal situação pode gerar uma exposição financeira desnecessária, senão vejam-se:

Agravo Interno. Direito do Consumidor. Decisão Monocrática que manteve a sentença que condenou a Agravante ao pagamento da quantia de **R\$ 8.000,00**, a título de reparação por danos morais. Apontamento do nome do consumidor por equiparação em cadastros restritivos de crédito, referente a débito decorrente de relação negocial inexistente. Documento fraudado. Falha na prestação do serviço. Aplicação do verbete da Súmula nº 94, do TJRJ: "**Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar**". Dano moral in re ipsa, eis inexoravelmente derivado do próprio fato ofensivo. Quantum indenizatório fixado com a observância das peculiaridades do caso, dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade e, dentro dos parâmetros fixados pela Súmula 89, deste Tribunal. Honorários advocatícios fixados em conformidade com as disposições contidas nas alíneas a, b, e c, do art. 20, § 3º, do CPC. Recurso Desprovido. 20§ 3º CPC. (TJRJ, AC. 0000571-82.2008.8.19.0002, Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA, Data de Julgamento: 10/11/2009, NONA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/12/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO MUTUÁRIO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. DÍVIDA INEXISTENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA QUE FIXOU O QUANTUM INDENIZATÓRIO EM R\$4.000,00 (QUATRO MIL REAIS). RECURSO DA DEMANDADA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE CULPA. DESPROVIMENTO. DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE QUE SE OPERA COM A VIOLAÇÃO. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC - Apelação Cível: AC 733735 SC 2009.073373-5. Relator: Rejane Andersen. Data: 2011-07-15).

Apelação Cível - Ação de Indenização por danos morais - Relação de Consumo - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Falha na prestação do serviço - Não há que se falar em ausência de responsabilidade da empresa, pois resta evidenciada a sua conduta negligente - Configuração de dano moral passível de reparação - Ausência de comprovação da relação jurídica existente entre as partes - Ônus do Réu - Indevida negatização de dados junto aos cadastros restritivos de crédito -- Manutenção do quantum indenizatório arbitrado - Critério para fixação do quantum atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso que se conhece para lhe negar provimento.

(...)

Passa-se agora à análise do valor fixado a título de indenização por danos morais, arbitrados pelo magistrado a quo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). A meu ver o ressarcimento do dano moral não vai atender a completa satisfação do dano causado, uma vez que tem cunho mais satisfatório, procurando dessa forma recompensar o sofrimento ocasionado, de modo que o dano não pode ser fonte de lucro para quem o recebe, devendo o julgador ser moderado, sensato e comedido por ocasião do arbitramento do referido dano.

(...)

Decisão Unânime (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE - APELAÇÃO CÍVEL 6014/2008 PROCESSO: 2008216858. RELATOR: DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO. 14 de Abril de 2009).

Veja-se que para situações praticamente idênticas, os resultados são totalmente distintos. Os exemplos acima são claros não só para a avaliação de contenciosos, mas também para que se pense se os controles internos na hora da concessão do crédito estão sendo realizados de forma satisfatória.

Como realizar a avaliação do contencioso de forma satisfatória? A avaliação não pode ser nem superestimada a ponto de reduzir drasticamente o lucro a distribuir aos acionistas, nem pode ser subestimada a ponto de criar contingências extras, que irão impactar no valor de dividendos e juros sobre o capital próprio a distribuir aos acionistas e quotistas.

A avaliação de grau de risco por meio de uma média geral para o país inteiro poderá não representar a melhor saída, pois não irá contemplar as peculiaridades regionais e as condições dos litigantes.

Outro fator digno de nota é que nossos tribunais diferem de forma absurda quanto ao tempo de tramitação dos feitos, fazendo com que o processo que está alocado com grau de risco possível, se torne provável antes de um novo balanço patrimonial.

Muitas vezes os setores de controladoria das empresas definem o valor de exposição do processo conforme uma média irreal ou desatualizada, o que acarretará um valor inferior na hora da avaliação do passivo judicial.

A avaliação do processo destina-se a preencher a rubrica das reservas de lucros, mais especificamente das reservas para contingências no balanço patrimonial.

1.13. *Conceito de Reservas para Contingências:*

Por fim, o último conceito aplicável ao Compliance, como gerador de informações passíveis de impactar em relatórios e balanços, a reserva de contingências (Borba 2010):

Reservas para contingências: destina-se a compensar perdas prováveis que a sociedade viria a sofrer em exercícios futuros, como, por exemplo, as decorrentes de ação judicial em curso (...)

Há quem a entenda (Iudicibus, 2007) como uma precaução para possíveis perdas futuras, cujos fatos geradores da despesa ainda não ocorreram, senão veja-se:

“(...) entende-se como reservas para contingências apenas as criadas para fins de precaução contra possíveis perdas futuras, cujos fatos geradores ainda não ocorreram. Não se confundem com as previsões para riscos calculáveis no Passivo (art. 184, I), pois estas tiveram seus fatos geradores já ocorridos, restando apenas saber o valor exato das perdas ou conhecer a efetiva necessidade de arcar com os desembolsos ou não.

“As reservas para contingências não tem como finalidade antecipar reconhecimento de perdas eventuais pertencentes a exercícios futuros, mas evitar pagamento de dividendos sobre lucros de um período a fim de criar reservas que possam absorver prejuízos eventuais do futuro; ou, então, servem para normalizar o pagamento dos dividendos de empresas sujeitas a grandes flutuações de resultados por fatores externos e incontrolláveis. Por exemplo, uma empresa agrícola pode criar reservas para contingências para fazer face a problemas de eventuais perdas com granizo, geadas, pragas etc”

Ainda acerca da contingência (Iudicibus e Marion, 1999):

“Parte do lucro líquido destinado à formação de Reserva com finalidade de compensar, em exercício futuro, a diminuição do lucro decorrente de perda julgada provável, cujo valor seja estimado

(...)

A reserva será revertida no exercício em que deixarem de existir as razões que justificaram sua constituição ou em que ocorrer a perda.”

Como conceito, contingência significa eventualidade, em geral constituída por ordem de assembleia geral nas sociedades anônimas, que estabelecem a reserva de recursos necessária para honrar compromissos em regra judiciais. Ela é acompanhada de relatório da administração indicando a causa e os motivos que podem determinar o desembolso (Martins, 1978). Nas empresas públicas e demais entidades também se aplicam os seus conceitos de contingência, constando nos balanços financeiros.

Assim, quando uma demanda judicial é dada como perdida, o valor aproximado da condenação passará a integrar o montante da reserva para contingências, reduzindo o valor dos lucros disponíveis para distribuição entre os acionistas ou quotistas.

Tal fator influencia na manutenção do capital social das empresas, pois com reduções drásticas nos lucros, as sociedades passam a não ser mais atrativas e os acionistas passam a alienar suas posições, aumentando a oferta dos papéis e reduzindo o valor da empresa como um todo.

Quanto maior o lucro da sociedade, mais pessoas serão atraídas a investir e a empresa aumentará a sua capacidade de captar investimentos, podendo demandar mais crescimento.

Nos dias atuais, não só empresas listadas em bolsa devem informar o mercado de todas as suas atividades, pois a concessão de crédito avalia, no mais das vezes, a reputação da sociedade para com todos os seus *stakeholders*. Uma sociedade empresária com problemas éticos tem maiores riscos de não honrar compromissos financeiros.

A falha ou ausência de informações precisas por parte dos advogados terceirizados é um problema a ser enfrentado pelo profissional de Compliance, estes problemas geralmente decorrem da falta de orientação por parte dos colaboradores externos, ou de sua incompreensão da importância que as informações têm para a sociedade.

Os profissionais de Compliance devem realizar *due diligence* periódicas nos escritórios prestadores de serviços para verificar se os controles internos da empresa estão sendo respeitados por todos.

Para exemplificar: Uma prestadora de serviços de telefonia é obrigada em caráter liminar ao restabelecimento de seu serviço a um Hospital, serviço este cortado por falta de pagamento.

*Vistos. 1. A autora informou que a requerida (...) suspendeu o serviço de todos os seus terminais telefônicos para efetuação de chamadas, restando disponível somente o serviço de recebimento de chamadas (fls. 107/108). A autora é uma instituição hospitalar e não pode ficar sem o serviço telefônico, uma vez que a suspensão prejudica toda a comunidade, especialmente as pessoas doentes e que necessitam do serviço médico-hospitalar. Saliente-se, ainda, que a demandada, ao suspender o serviço, descumpriu ordem judicial, incidindo, portanto, a multa fixada em sede liminar (fl. 59). Assim, INTIME-SE a requerida, com urgência e pela via mais rápida, para que, no prazo máximo de 1 (uma) hora, contada do recebimento da intimação, RESTABELEÇA o serviço telefônico de todos os terminais da autora, **sob pena de multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por dia ou qualquer fração de dia de atraso, sem prejuízo de incorrência nas sanções penais por descumprimento de ordem judicial. O restabelecimento do serviço deverá ser comunicado imediatamente e pela via mais rápida pela demandada a este Juízo para fins de comprovação do cumprimento da medida.** 2= Em que pese ter a requerida (...) apresentado contestação, AGUARDE-SE o prazo de contestação da demandada(...). 3. Apresentado contestação da (...) ou decorrido o prazo sem sua apresentação, INTIME-SE a autora, com prazo de 15 (quinze) dias para se manifestar. Despacho proferido por Adalberto Narciso Hommerding, juiz de direito da Comarca de Tucunduva/RS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil, proferido em 25/03/2010.*

A área técnica não cumpriu a decisão, gerando multa.

*Vistos. A autora, na petição de fls. 236/238, relatou que a concessionária demandada, nesta data 29/04/2010 -, suspendeu totalmente a prestação de serviços de telefonia referente aos telefones de nºs (...) e (...), prejudicando diversos serviços médico-hospitalares, impedindo, inclusive, a realização de exames de eletrocardiograma, que, disse, são efetuados via “on line” com o Hospital de Porto Alegre. Afirmou que todas as faturas mensais são pagas regularmente e/ou depositados em juízo, inexistindo débitos pendentes. REQUEREU fosse determinado à demandada que restabeleça imediatamente a prestação dos serviços de telefonia. É o breve relato. DECIDO. O pagamento das últimas faturas vencidas, em 14/04/2010, está comprovado pelos documentos de fls. 234 e 235. Evidencia-se presente, portanto, a verossimilhança das afirmações da requerente. De outra banda, a autora, por se tratar de hospital, não pode ter seus serviços telefônicos suspensos, uma vez que isso afeta toda a comunidade, especialmente as pessoas que necessitam da instituição, como doentes e hospitalizadas, podendo colocar em risco a sua saúde e a própria vida. Assim, DEFIRO o pedido formulado pela autora. INTIME-SE a requerida, com urgência e pela via mais rápida, para que, no prazo máximo de 2 (duas) horas, contadas do recebimento da intimação, RESTABELEÇA integralmente a prestação dos serviços referentes aos telefones em questão, **sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de atraso e para cada telefone.** INTIME-SE, também, a demandada, dos itens “A” a “D” da petição de fls. 235/238. Despacho proferido por Adalberto Narciso Hommerding, juiz de direito da Comarca de Tucunduva/RS do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/Brasil, proferido em 29/04/2010.*

Se no dia 25/03/2010 fosse publicada a decisão e não tivesse sido cumprida até o dia 29/04/2010, ou seja, 36 dias de atraso, o valor da primeira multa seria de R\$ 540.000,00 (quinhentos e quarenta mil reais).

Outro exemplo é o caso de uma empresa seguradora que necessita cumprir uma decisão liminar de restabelecimento de serviço de home care, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso.

Multa por não cumprimento de home care - Seguradora que discute tão somente o valor fixado (R\$ 50,000,00 por dia) - Razoabilidade da quantia de R\$ 10.000,00 por dia, até o limite de R\$ 200.000,00 - Provimento. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 990102248356 SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 22/07/2010, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/07/2010).

O grau de exposição destas demandas poderá facilmente ultrapassar a casa dos milhões de reais, tudo porque um controle interno não foi efetivo. Certamente esta perda não foi prevista, no máximo foi registrado o feito com um valor condizente com a causa, mas jamais um valor tão alto.

O grau de risco é um dos fatores que mais necessita de atenção por parte dos avaliadores de processos, pois é ele quem vai determinar se a demanda vai gerar débito neste exercício ou não.

Existem empresas que reavaliam seus passivos contenciosos mais de uma vez ao ano, e, utilizando, na maioria dos casos a convenção de grau de risco a seguir:

- a) **Possível** – para processos sem decisão de mérito;
- b) **Provável** – para demandas julgadas e que a Sociedade Empresária restou sucumbente;
- c) **Remoto** – para demandas julgadas, onde a Sociedade Empresária não foi sucumbente.

Não raras vezes, a gerência jurídica da corporação recebe mandados de penhora com valores altíssimos e ao analisar os relatórios de seus terceirizados, verifica-se que a ação que na realidade já se apresenta em fase de execução (fim do processo), está registrada como uma perda possível, ou seja, se encontra como reversível.

Neste caso, o desembolso da condenação será antecipado, podendo gerar problemas de fluxo de caixa, pois a entidade não estava pronta a realizar o descaixe financeiro naquele momento.

O impacto da condenação, muitas vezes imprevista, é extremamente alto, pois a sociedade tem de reservar valores que estariam comprometidos com outras obrigações para honrar o compromisso. Isto sem falar nas penhoras realizadas diretamente na conta corrente das empresas (as conhecidas penhoras *on line*), que invariavelmente reservam parte de valores que não estavam destinados a contingências.

Processos mal avaliados correm sério risco de gerar penhoras eletrônicas, que não respeitarão a organização das contas de empresas, entidades do terceiro setor e entidades públicas, afetando seu fluxo de caixa, quando não, levando até a uma situação de insolvência.

2. Conclusão:

Assim, um programa de Compliance bem elaborado, que atenda as realidades das instituições, que considere as peculiaridades de processos judiciais e procedimentos administrativos e que traga para seu seio as experiências dos profissionais envolvidos, que seja difundido entre todas as pessoas que de uma forma ou de outra influenciam na vida da empresa certamente mitigará os riscos operacionais a que estiver exposta determinada atividade, seja ela pública ou privada.

Se Compliance é destinado a gerar informações fidedignas com vistas a propiciar uma tomada de decisões mais segura, deve ser conduzido com muita seriedade, por profissionais que busquem a excelência e o conhecimento prático-teórico não só na lei, mas que sejam capazes de estruturar controles internos efetivos sem engessar as atividades da entidade.

Também devem ter o compromisso constante com a busca da verdade e da ética dentro da organização

Neste sentido, e respeitando entendimento diverso, o advogado com uma visão transversal de negócios, com formação sólida não só no Direito, mas em outros ramos do conhecimento poderá efetivamente auxiliar empresas e órgãos públicos na busca pelo programa de Compliance ideal.

- Âmbito Jurídico - Zara é autuada por não cumprir acordo para acabar com trabalho escravo. De <https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/187736466/zara-e-autuada-por-nao-cumprir-acordo-para-acabar-com-trabalho-escravo> Recuperado em 0/08/2020.
- Assaf Neto, A (2007). *Finanças Corporativas e Valor* (P. 702). São Paulo: Atlas.
- Borba, J. E. T. (2010). *Direito Societário* (P. 456). Rio de Janeiro: Editora Renovar.
- Bueno, F. S. (1996). *Minidicionário da Língua Portuguesa* (P. 440). São Paulo: FTD.
- Coimbra, M. A & Manzi, V. A (2010). *Manual de Compliance* (P. 2). São Paulo: Editora Atlas.
- Dallari, D. A. (2003). *Ética* (P. 2). De <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/fa000035.pdf> Recuperado em 01/03/2020.
- Donário, A. A. & Dos Santos, R. B. (2016). *A Incerteza e o Risco* (P. 3). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. De: <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/3154> Recuperado em 16/08/2019.
- Donella, G. *Compliance* (2019) - Descubra o significado desse conceito e por que sua aplicação é crucial dentro das empresas. São Paulo: Revista Capital Aberto. De [https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/#:~:text=O%20compliance%20surgiu%20a%20partir,\(FCPA\)%2C%20em%201977.](https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/#:~:text=O%20compliance%20surgiu%20a%20partir,(FCPA)%2C%20em%201977.) Recuperado em: 25/08/2020.
- Duarte Jr. A. M. (n.d). *A importância do gerenciamento de riscos corporativos*. De: <http://www.risktech.com.br/PDFs/RISCORPO.pdf> . Recuperado em 20/08/2011.
- Federação Brasileira dos Bancos (n.d). *Função de Compliance* de: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Funcao_de_Compliance.pdf. Recuperado em 10/05/2011.
- Guimarães, D. T. (2001). *Dicionário Técnico-Jurídico* (P. 300). São Paulo: Editora Rideel, 2001.
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2007). *Guia de Orientação e Gerenciamento de Riscos Corporativos* (P. 18/19). São Paulo. IBGC.
- Iudicibus. S. (2007). *Análise de Balanços* (P. 184/185). São Paulo. Editora Atlas.
- Iudicibus, S. & Marion, J.C. (1999). *Curso de Contabilidade para não*

- contadores (P. 86). São Paulo: Editora Atlas.
- Manzi, V.A. (2008). *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas* (P. 8). São Paulo: Saint Paul.
- Martins, F. (1978). *Comentários à lei das sociedades anônimas* (P.697). Volume 2, Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Paim, A. Uma teoria da experiência ética (P. 1). De: [https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art12%20rev11\(1\).pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art12%20rev11(1).pdf). Resgatado em 23/09/2020.
- Reale Júnior, M. (1999). *Lições Preliminares de Direito* (P. 33). São Paulo: Editora Saraiva.
- Santos, F. A. (2015). *Ética Empresarial – Políticas de Responsabilidade Social em 5 dimensões* (p. 4). São Paulo. Editora Atlas.
- Souza, J. (1994). *Revista Lua Nova*, n.º.33 - São Paulo, De: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000200010>, Resgate em 20/08/2020.
- Weber, M. (2010). *Conceitos Sociológicos Fundamentais* (P. 67). Colvilhã: Editora da Universidade da Beira Interior.
- Vieira, M. P. (2013). *Compliance: Ferramenta Estratégica Para Uma Boa Prática de Gestão*. Viçosa: Universidade Federal. De <http://www.novos cursos.ufv.br/graduacao/ufv/sec/www/wp-content/uploads/2014/05/Mariana-Pessoa-Vieira.pdf> Resgate em 23/08/2020.
- Xavier, F.S. Costa, D.P. Almeida, L.O. V & Soares, L.B. (2019). *Compliance uma ferramenta estratégica para a segurança das informações nas organizações*. Publicação do VI Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, Inovação e Sustentabilidade. De <https://singep.org.br/6singep/resultado/429.pdf>, resgate em 20/08/2020.

““””

“[...] nós, juristas, nós, os advogados, não somos os instrumentos mercenários dos interesses das partes. Temos uma alta magistratura, tão elevada quanto aos que vestem as togas, presidindo os tribunais; somos os auxiliares naturais e legais da justiça;

e, pela minha parte, sempre que diante de mim se levanta uma consulta, se formula um caso jurídico, eu o encaro sempre como se fosse um magistrado a quem se propusesse resolver o direito litigado entres partes. Por isso, não corro da responsabilidade senão quando a minha consciência a repele”

Ruy Barbosa