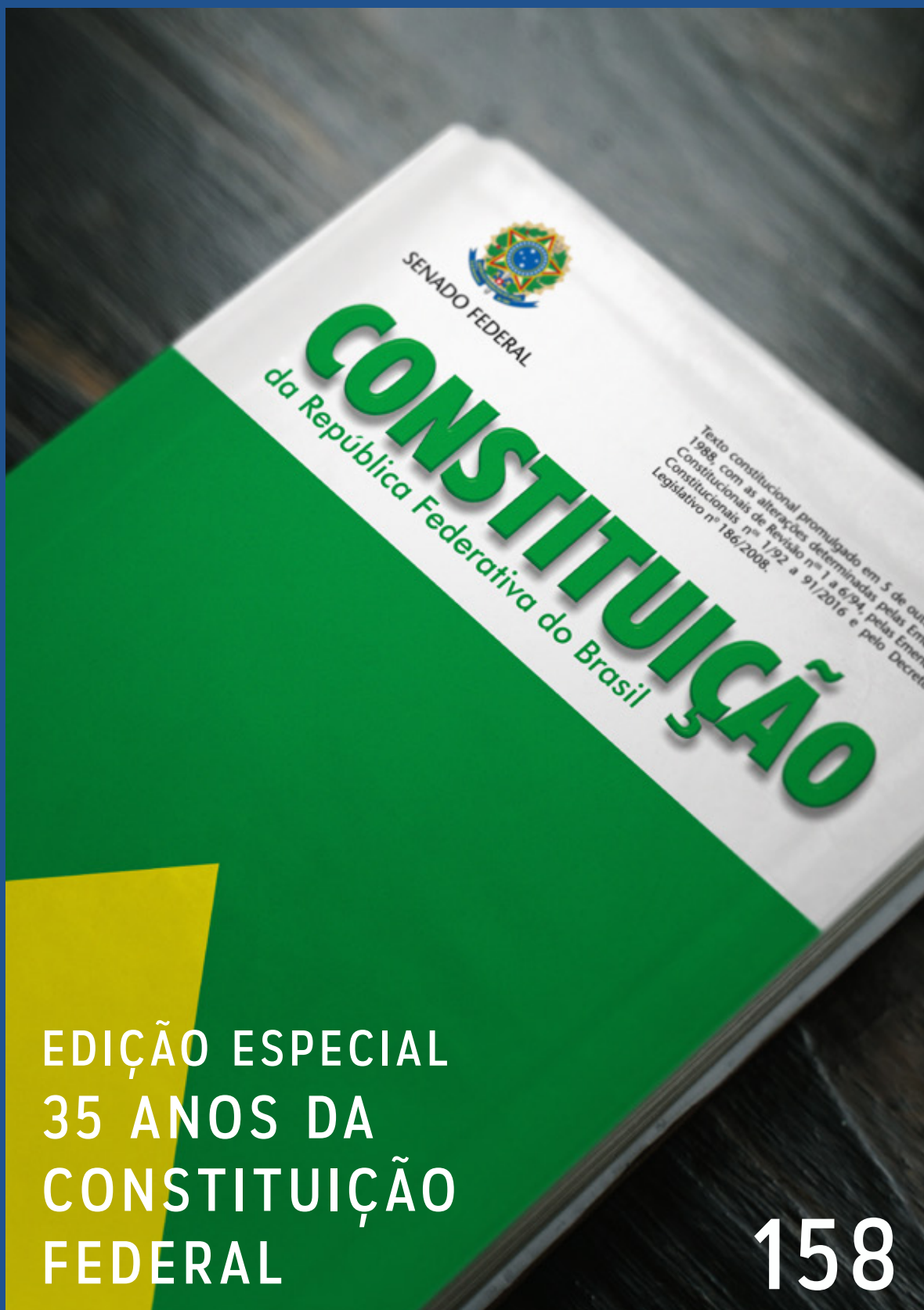




Revista

DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



EDIÇÃO ESPECIAL
35 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL

158

ISSN 1982-1506



Publicação Oficial

(Artigos 113 e 116 do Regimento Interno do TRF da 3ª Região)

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	v. 34	n. 158	p. 1-449	Jul./Dez. 2023

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Carlos Marcato

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Giselle de Amaro e França

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Inês Virgínia Prado Soares

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

José Carlos Francisco

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Juliana Furtado Costa Araujo

Fundação Getulio Vargas - São Paulo/SP, Brasil

Luis Carlos Hiroki Muta

Universidade de Brasília - Brasília/DF, Brasil

Mairan Gonçalves Maia Júnior

Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Hamburgo, Alemanha

Nelton Agnaldo Moraes dos Santos

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Newton De Lucca

Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

Paulo Sérgio Domingues

Goethe Universität Frankfurt am Main - Frankfurt, Alemanha

Robson Maia Lins

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil

EX-DIRETORES DA REVISTA

Grandino Rodas (30/03/1989 a 11/04/1993)

Diva Malerbi (02/05/1993 a 01/05/1995)

Ana Scartezzini (02/05/1995 a 27/03/1998)

Suzana Camargo (19/06/1998 a 01/05/2001)

Marli Ferreira (02/05/2001 a 04/05/2003)

Salette Nascimento (05/05/2003 a 01/05/2005)

Newton De Lucca (10/06/2005 a 01/05/2007)

Fábio Prieto (21/06/2007 a 03/03/2010)

Eva Regina (04/03/2010 a 31/03/2011)

Márcio Moraes (12/05/2011 a 07/03/2012)

Antonio Cedenho (08/03/2012 a 14/03/2014)

Lucia Ursaia (15/03/2014 a 02/03/2016)

Nery Júnior (03/03/2016 a 14/03/2018)

André Nekatschalow (15/03/2018 a 11/03/2020)

Baptista Pereira (12/03/2020 a 09/03/2022)

EXPEDIENTE

Editora-Chefe

Simone de Alcantara Savazzoni
Assessora no TRF da 3ª Região
Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, Brasil

Equipe Editorial

Renata Bataglia Garcia – Analista Judiciária
Angelo Alfredo Meireles – Técnico Judiciário

Capa

Paulo Polimeno

Ao submeter o texto acadêmico à Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os autores declaram ser titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos; bem como garantem o ineditismo do texto e a inexistência de qualquer infração à ética acadêmica.

Os autores mantêm os direitos autorais e concedem à Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região o direito de primeira publicação, sem ônus e sem limitações quanto ao prazo, ao território ou qualquer outra, autorizando a publicação do trabalho neste periódico sob a *Licença Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional - CC BY 4.0*, que permite o compartilhamento desde que reconhecida a autoria e a publicação inicial nesta Revista.

Os conceitos e as opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Corpo Editorial desta Revista, nem do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

As decisões e os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista apenas realizou a diagramação para padronização ao *layout* do periódico.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Diretor da Revista
Av. Paulista, 1842, Torre Sul, 6º andar, quadrante 2
CEP 01310-936 - São Paulo - SP

Página TRF3: www.trf3.jus.br/revista

Página OJS: www.revista.trf3.jus.br

E-mail: revista@trf3.jus.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1990- .

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

Semestral a partir de julho de 2023.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) – n. 119 (out./dez. 2013).

1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3ª Região).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Desembargadora Federal Marisa Santos – Presidente do TRF da 3ª Região..... 17

EDITORIAL

Equipe editorial do Gabinete da Revista..... 21

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: estudo a partir do caso da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão

Carla Abrantkoski Rister 29

Os avanços na busca da efetividade do processo e da eficiência da atuação judicial: a experiência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Fabiano Lopes Carraro

Louise Vilela Leite Filgueiras

Fábio Akahoshi Collado 59

Qual República? O princípio republicano na Constituição Federal de 1988

Daniel Chiaretti 79

Accountability nas democracias e seu contorno na Constituição Federal de 1988

Eurico Zecchin Maiolino 99

Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: possibilidades e limites

Fausto Martin De Sanctis 113

O papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde a partir da Constituição Federal de 1988

Giselle de Amaro e França 131

Liberdade de expressão artística nos 35 anos da Constituição: a contribuição do Judiciário

Inês Virgínia Prado Soares 155

Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro: utilização restrita e estratégica

José Carlos Francisco

Gianfranco Faggin Mastro Andréa 179

<i>A (in)constitucionalidade do reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários</i>	
José Renato Rodrigues	199
<i>O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a sua atuação como cláusula geral de tutela da personalidade</i>	
Leonardo Estevam de Assis Zanini	
Odete Novais Carneiro Queiroz	211
<i>Reflexões sobre a separação dos poderes e a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral</i>	
Marcelo Vieira de Campos	
Marcelo Winch Schmidt	235
<i>O mandado de segurança e a necessidade de revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal</i>	
Nelton Agnaldo Moraes dos Santos	251
<i>Igualdade e justiça tributária no Brasil: contradição entre o texto constitucional e o que mostra a realidade</i>	
Nino Oliveira Toldo	
Marcelo Guerra Martins.....	267
<i>Notas sobre o conceito de crime político na Constituição Federal de 1988 e os crimes contra o Estado Democrático de Direito</i>	
Paulo Bueno de Azevedo	287
<i>A Constituição como limitadora dos poderes públicos</i>	
Renato Lopes Becho	309
<i>Regras de transição para aposentadoria - EC nº 103/2019</i>	
Sérgio Nascimento	335
<i>Reavaliação do Estado Brasileiro e de seu princípio federativo</i>	
Valdeci Dos Santos	345

JURISPRUDÊNCIA

ÓRGÃO ESPECIAL

Arguição de Inconstitucionalidade. Constitucional. Processual Civil. Ação Civil Pública. Plano de assistência social (Lei nº 4.870/1965). Lei nº 12.865/2013 (arts. 38 e 42). Direito adquirido. Vedação do retrocesso social. Igualdade. Ofensa reflexa. Não conhecimento.	
ArgIncCiv 0000663-18.2005.4.03.6122	
Desembargador Federal Nino Toldo	353

Arguição de Inconstitucionalidade. Processual Civil. §§ 15 e 17 do art. 74 da Lei nº 9.430/1996. Ausência superveniente de interesse. Decisão do STF acerca da matéria. Tema 736. Multa diante da negativa de homologação de compensação tributária. Prejudicado o incidente.

ArgIncCiv [0017774-71.2011.4.03.6100](#)

Desembargador Federal David Dantas 354

PRIMEIRA SEÇÃO

Ação Rescisória. Violação literal de dispositivo de lei. Artigos 67 e 100 da Lei nº 8.112/90. Direito ao anuênio e licença-prêmio. Inconstitucionalidade dos incisos I e III do artigo 7º da Lei nº 8.162/1991. Cômputo do tempo de serviço prestado sob regime anterior à conversão. Direito adquirido. Súmula 678 do STF.

AR [0015822-97.2006.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Valdeci Dos Santos 355

Processual Civil. Conflito de competência. Mandado de Segurança. Opção pela propositura no foro de domicílio da parte impetrante. Viabilidade. Repercussão Geral. Tema 374. Incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais.

CC Civ [5004857-47.2021.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Giselle França 356

Primeira Turma

Administrativo. Constitucional. Servidor público. União homoafetiva. Aplicação do previsto no art. 217, I, alínea “c” da Lei nº 8.112/1990 por analogia à união estável. Entidade familiar. Reconhecimento da sociedade de fato. Princípios constitucionais. Precedentes STF.

ApReeNec [0027226-52.2004.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Wilson Zauhy 357

Constitucional. Administrativo. Civil. Processual Civil. Responsabilidade da FUNAI por atos ilícitos perpetrados por indígenas. Não recepção do regime tutelar previsto pelo Estatuto do Índio pela CF/88. Prolação de sentença *citra petita*. Ausência de análise dos pressupostos da responsabilidade civil quanto à comunidade indígena corré no processo. Sentença anulada sob pena de indevida supressão de instância. Retorno dos autos à vara de origem para a devida apreciação do tema.

ApCiv [5000078-27.2017.4.03.6002](#)

Desembargador Federal Hélio Nogueira 359

Segunda Turma

Processo Civil. Mandado de Segurança. Apelação Civil. Entidade filantrópica. Imunidade. Tema 32. Repercussão geral. Constitucionalidade do art. 55 da Lei nº 8.212/1991. ADIN nº 2.028-5. Limitação material para auferir imunidade fiscal. Lei complementar. Necessidade.

ApCiv [0029565-57.1999.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 361

Apelação. Preliminar de falta de interesse de agir. Ação de reintegração de posse. Reforma agrária. Projeto de assentamento. Ocupação irregular. Mera detenção. Imóvel rural. Função social. Art. 186, I a IV, da Carta Magna.

ApCiv [0000873-61.2012.4.03.6110](#)

Desembargador Federal Carlos Francisco 362

SEGUNDA SEÇÃO

Administrativo. Constitucional. Inscrição em conselho profissional. Existência de condenação criminal. Resolução nº 327/1992 do COFECI. Ofensa frontal e direta ao livre exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição Federal) e ao art. 2º da Lei nº 6.530/1978. Ilegalidade e inconstitucionalidade da restrição imposta única e exclusivamente com fundamento em Resolução do COFECI.

Ag AR [5005182-85.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Johonsom Di Salvo 364

Constitucional. Processual Civil. Agravo Interno. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Afastamento do artigo 62 da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal). Extensão da faixa de APP do reservatório da UHE Ilha Solteira. Matéria de índole constitucional submetida à análise pelo STF nas ADIS nºs 4.937, 4.901, 4.902, 4.903 e na ADC nº 42. Constitucionalidade dos artigos 61-A e 62 da Lei nº 12.651/2012. Inadmissibilidade do incidente. Art. 976, § 4º, do CPC. Necessidade de processo em tramitação ("processo piloto"). Ausência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II, CPC). Possibilidade do exame monocrático da admissibilidade.

Ag IRDR [5018308-08.2022.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Marli Ferreira 365

Terceira Turma

Ação Civil Pública. Competência da Justiça Federal. Instrumento processual adequado. Legitimidade passiva. IBAMA. Competência supletiva. Queima controlada da palha de cana-de-açúcar. Licença ambiental concedida pelo órgão estadual. Repartição constitucional e legal de competência. Limites da atuação cooperativa entre órgãos federais, estaduais, distritais e municipais. Estudo prévio de impacto ambiental condicionado à reserva de lei (art. 225, § 1º, IV, da CF).

ApelRemNec [0002023-07.2014.4.03.6143](#)

Desembargador Federal Nelson Dos Santos 368

Administrativo. Constitucional. Ação Civil Pública. Direitos fundamentais de acesso à justiça e assistência gratuita aos necessitados. Determinação judicial compulsória. Instituição de unidade da DPU na Subseção Judiciária de Araraquara/SP. Violação à garantia da inamovibilidade do defensor e ao princípio da separação dos poderes. Artigos 34 ao 38 e 43, II, da LC nº 80/1994 e artigo 2º da CF/88. Impossibilidade de ingerência do Judiciário na implementação de políticas públicas. Ausência de situação constitucional intolerável. Mérito administrativo. Conveniência e oportunidade.

ApCiv [0010085-08.2014.4.03.6120](#)

Desembargador Federal Nery Júnior 370

Processo civil. Administrativo. Constitucional. Direito à saúde. Realização de procedimento cirúrgico. Dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro. Cumprimento de ordem judicial. Resolução de mérito. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico não verificado. Lastro probatório insuficiente. Ato ilícito e nexo de causalidade não comprovados.

ApCiv [5002551-88.2019.4.03.6107](#)

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 372

Ensino superior. Igreja adventista. Atividades acadêmicas aos sábados. Liberdade religiosa. Direito do aluno a alternativa compatível.

RemNecCiv [5016647-32.2019.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 374

Processual Civil. Constitucional. Administrativo. Tutela provisória da saúde. Tratamento medicamentoso. Pedido de fornecimento. "Trikafta". Incapacidade financeira. Registro na ANVISA. Elementos de análise do caso concreto. Necessidade e urgência não corroboradas por critérios técnicos no caso concreto. Solidariedade dos entes federados. Tema 793 (RE 855.178-ED).

AI [5030398-48.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Carlos Muta..... 375

Processo Civil. Mandado de Segurança. Constitucional. Direito à educação (arts. 6º e 205 da CF/88). Processo seletivo. Vagas reservadas. Políticas públicas compensatórias. Não atendimento dos critérios do edital. Erro escusável no preenchimento da inscrição. Não verificado. Inclusão em lista de ampla concorrência. Impossibilidade. Observância dos princípios da legalidade e da eficácia vinculante do edital. Mudança judicial do critério de seleção. Aplicação analógica da Lei nº 12.990/2014. Impossibilidade. Observância do princípio da separação dos poderes.

AI [5004239-34.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Carlos Delgado 379

Quarta Turma

Constitucional. Tributário. COFINS-importação. Majoração da alíquota em um ponto percentual. Legalidade. Vedação do aproveitamento integral dos créditos obtidos com o pagamento do tributo. Constitucionalidade declarada pelo STF. Lei nº 12.715/2012. Legalidade Reconhecida.

ApelRemNec [0006471-74.2013.4.03.6105](#)

Desembargador Federal André Nabarrete 384

Administrativo. Ensino superior. Autonomia universitária. Desligamento de estudante. Hipótese prevista em Estatuto e Regimento Interno da instituição de ensino. Art. 207 da CF. Competência para se autodeterminar e autorregulamentar.

ApCiv [5002894-75.2019.4.03.6110](#)

Desembargadora Federal Mônica Nobre..... 385

Tributário. Constitucional. Mandado de Segurança. Contribuição ao INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE e salário-educação. EC nº 33/2001. Base de cálculo. Folha de salários. Legalidade e constitucionalidade. Tema 325. Tema 495.

ApCiv [5008685-06.2020.4.03.6105](#)

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 386

Sexta Turma

Constitucional. Administrativo. Pregão para a contratação de empresa intermediária de transporte de correspondência, documentos e pequenos volumes. Violação ao monopólio postal da ECT. ADPF nº 46. Art. 21, X, CF/88.

ApCiv [0026117-95.2007.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Souza Ribeiro 387

Constitucional. Processual Civil. Agravo Retido. Reiteração. Inocorrência. Não conhecimento. Ordem dos Músicos do Brasil. Profissão de músico. Arts. 5º, IX e XIII, da Constituição. Art. 53 da Lei nº 3.857/1960. Músicos estrangeiros. Taxa pelo registro de contratos. Não recepção pela atual ordem constitucional. Livre manifestação artística. Prescindibilidade de controle profissional. Violação da regra da cláusula de reserva de plenário. Inocorrência.

ApCiv [0014757-56.2013.4.03.6100](#)

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 389

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Ação Civil Pública. Implementação do portal da transparência. Lei nº 12.527/2011. LC nº 131/2009. Controle social da gestão pública. Concretização do princípio republicano. Dever administrativo. Gestão da documentação governamental. Art. 216, § 2º, CF/88. Atendimento parcial pelo município. Suspensão de transferências voluntárias e multa diária. Medidas desproporcionais. Necessidade de reavaliação contemporânea dos fatos.

ApCiv [0002252-26.2016.4.03.6133](#)

Desembargadora Federal Diva Malerbi 391

Processual Civil. Administrativo. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. DNIT. Acidente de veículo. Buraco na pista. Conduta omissiva. Art. 37, § 6º, da CF. Aplicabilidade. Responsabilidade objetiva. Direito de regresso. Responsabilidade da autarquia. Ressarcimento devido.

ApCiv [5003549-48.2017.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Mairan Maia 393

Ação Civil Pública. Tutela antecipada. Implantação de, no mínimo, dois leitos em UTI neonatal. Município de Três Lagoas. Inércia do Executivo. Implementação de direitos fundamentais. Poder Judiciário. Políticas públicas. Ativismo judicial. Prazo de 120 dias. Razoabilidade. Art. 5º, XXXV, da CF/88. Multa diária. Cabimento.

AI [5017573-48.2017.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Johnson Di Salvo 394

Constitucional. Tributário. Importação. "Cards games". Imunidade de impostos e alíquota zero do PIS/COFINS importação quanto a álbuns, livros e *cards* integrantes dos livros de "Magic the Gathering". Reconhecimento. Art. 150, VI, "d", da CF/88.

ApelRemNec [5031548-39.2018.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Toru Yamamoto 396

Ambiental. Ação Civil Pública. Intervenção antrópica em área de preservação permanente. Rio Paraná. Município de Rosana/SP. Bairro Beira-Rio. Inexistência de regularização fundiária. Dano ambiental. Recuperação da área. Necessidade. Responsabilidade objetiva. Art. 225 da CF/88. Obrigação "propter rem". Indenização pecuniária.

ApCiv [5002095-26.2019.4.03.6112](#)

Desembargadora Federal Diva Malerbi 397

Processual Civil. Constitucional. Administrativo. Iminente perigo público. Propriedade particular. Artigo 5º, inciso XXV, da CF/88. Requisição de bens e serviços. Pandemia de coronavírus. Lei nº 13.979/2020.

AI [5007553-90.2020.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Fábio Prieto 399

TERCEIRA SEÇÃO

Previdenciário. Ação Rescisória. Art. 966, V, do CPC. Desaposentação reconhecida judicialmente. Inexistência de manifesta violação à norma jurídica. Improcedência do pedido de rescisão do julgado. RE 661.256. Modulação dos efeitos do acórdão. Preservação do direito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado até a data do julgamento dos embargos em 06.02.2020. Desnecessidade de repetição dos valores recebidos a título de desaposentação.

AR [5007086-14.2020.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Gilberto Jordan 400

Sétima Turma

Processo Civil. Previdenciário. Constitucional. Juízo de retratação. Tema 709. Aposentadoria especial. Termo inicial. Artigo 57, § 8º, da Lei nº 8.213/1991. Constitucionalidade. Pedido administrativo indeferido. Concessão judicial. Continuidade de labor na atividade especial até a concessão judicial. Valores atrasados. Desligamento de atividade especial.

EDcl ApCiv [0007614-80.2018.4.03.9999](#)

Desembargadora Federal Inês Virgínia 402

Previdenciário. Benefício de prestação continuada. Assistência social. Previsão constitucional (art. 203, V, da CF/88). Renda *per capita* de 1/4 do salário mínimo. Rcl 4374 STF. Inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Inconstitucionalidade do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Critério defasado. Possibilidade de aferição da miserabilidade por outros meios. Precedentes.

AI [5001820-41.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Marcelo Vieira 404

Oitava Turma

Previdenciário. Revisão. Aposentadoria por tempo de serviço. Atividade especial. Necessidade de realização de prova pericial. Cerceamento de defesa. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal. Anulação da sentença.

ApCiv [5891662-14.2019.4.03.9999](#)

Desembargador Federal Therezinha Cazerta..... 405

Assistência social. Benefício assistencial ao portador de deficiência. Art. 203, V, da CF/88. Caráter subsidiário, limitado às situações de total impossibilidade de manutenção própria ou pela família, não sendo possível ser utilizado como complementação de renda. Miserabilidade não comprovada. Não preenchimento dos requisitos legais. Devolução dos valores recebidos de boa-fé. Não cabimento.

ApelRemNec [5049731-93.2021.4.03.9999](#)

Desembargador Federal Herbert De Bruyn 406

Nona Turma

Processual civil. Previdenciário. Menor sob guarda. Avó falecida. Segurada do RGPS. Pensão por morte. Tema 732/STJ. ADIS 4878 e 5083. Julgamento. EC nº 103/2019. Fundamento na Constituição Federal (ART. 227) e na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Limite etário para concessão do benefício. Art. 2º do ECA (dezoito anos de idade).

EDcl ApCiv [0040444-70.2016.4.03.9999](#)

Juiz Federal Convocado Nilson Lopes 408

Salário-maternidade. Proteção constitucional. Indígena. Segurada especial. Equiparação aos boias-frias/diaristas. Comprovação do trabalho rural no período de carência. Início de prova material válido. Certidão expedida pela FUNAI. Trabalhadora rural. Enquadramento da boia-fria/diarista como segurada empregada. Indígena menor de 16 anos de idade. STF. RE 1.086.351.

ApCiv [5001854-31.2019.4.03.9999](#)

Desembargadora Federal Marisa Santos 410

Previdenciário. Agravo de Instrumento. Tutela antecipada. Pensão por morte. Exigência de prévio requerimento administrativo. Ausência de violação à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV). Interesse de agir. RE nº 631.240/MG.

AI [5020491-49.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Ali Mazloum 412

Previdenciário. Aposentadoria por idade rural. Vedação de repetição de ação idêntica. Observância à coisa julgada. Manutenção da segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, da CF). Identidade de partes, pedido e causa de pedir. Extinção do feito sem resolução de mérito.

ApCiv [5002722-67.2023.4.03.9999](#)

Desembargadora Federal Daldice Santana 413

Décima Turma

Previdenciário. Processo Civil. Mandado de Segurança. Renúncia ao benefício. Desaposentação. Tema 503/STF. RE Nº 661.256. *Distinguishing*. Pensão por morte militar. Vedação constitucional à acumulação de proventos e aposentadorias. Benefício mais vantajoso. Possibilidade.

ApelRemNec [5015211-80.2019.4.03.6183](#)

Desembargadora Federal Leila Paiva 414

Previdenciário. Constitucional. Mandado de Segurança. Prorrogação de benefício. Deferimento em sede de recurso administrativo. Recusa do INSS a cumprir a decisão. Impossibilidade. Princípio do devido processo legal, ao qual está sujeita toda a atuação administrativa. Art. 37 da CF/88.

RemNecCiv [5000685-47.2022.4.03.6137](#)

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 416

Previdenciário. Civil. Aposentadoria por tempo de contribuição. Natureza especial das atividades laboradas reconhecida. Agente físico ruído. Possibilidade de conversão do tempo especial em comum mediante aplicação do fator previsto na legislação até a data da EC nº 103/2019. Regra de transição da EC nº 103/2019.

ApCiv [5002514-90.2022.4.03.6128](#)

Desembargador Federal Nelson Porfírio 417

Execução de título judicial. Precatório de natureza alimentar. Cessão de crédito. Possibilidade. Concordância do devedor. Desnecessidade. §§ 13 e 14 do art. 100 da CF/88. EC nº 62/2009. Perda da natureza alimentar do crédito.

AI [5013378-44.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Baptista Pereira 420

QUARTA SEÇÃO

Penal. Processual penal. Revisão criminal. Redução a condição análoga à de escravo. Art. 149 do CP. Trabalho em condições degradantes. Violação ao postulado da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88). Patamar mínimo e indisponível de respeito que deve ser conferido a todo ser humano.

RevCrim [5021056-47.2021.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Paulo Fontes 421

Quinta Turma

Penal. Processo Penal. Artigo 334-A, § 1º, IV, do CP. Exceção à regra constitucional de inviolabilidade de domicílio. Situação de flagrância (art. 5º, XI, da CF). Provas lícitas. Contrabando de cigarros estrangeiros. Condenação mantida. Desclassificação para descaminho. Incabível. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

ApCrim [0002140-19.2017.4.03.6102](#)

Desembargador Federal Maurício Kato 423

Penal. Processual Penal. Apelação Criminal. Atividade clandestina de telecomunicação. Art. 183 da Lei nº 9.472/1997. Liberdade de expressão (CR, art. 5º, IX) e de manifestação do pensamento (CR, art. 220). Exercício de direitos culturais. Radiodifusão (CR, art. 21, XII). Exigibilidade de autorização, permissão ou concessão. Compatibilidade.

ApCrim [5002580-16.2020.4.03.6104](#)

Desembargador Federal André Nekatschalow 424

Décima Primeira Turma

Processo Penal. "Habeas Corpus". Crime previsto no artigo 2º, § 4º, II, C.C. § 1º, ambos da Lei nº 12.850/2013. Ilegalidade e inconstitucionalidade das interceptações telefônicas e das buscas e apreensões. Inviolabilidade da intimidade e das comunicações (art. 5º, X e XII, CF/88). Ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF/88).

HC [5025265-64.2018.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 426

Penal. Processual Penal. Lei nº 7.170/1983. Lei de Segurança Nacional. Inaplicabilidade. Ausência de ilicitude. Conduta atípica. Vídeo divulgado no YouTube. Propaganda do impedimento, com violência ou grave ameaça, do livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Liberdade de expressão. Estado Democrático de Direito. Compatibilização dos comandos. Limites à liberdade de expressão. Vedação a discursos de ódio ou com objetivo único de inspirar de forma imediata a derrubada violenta das instituições constitucionais.

ReSe [5004096-26.2020.4.03.6119](#)

Desembargador Federal José Lunardelli..... 431

Penal. Processo Penal. "Habeas Corpus". Operação "status". Redesignação de audiências de forma virtual. Excepcional situação da saúde mundial com o aumento do número de casos de Covid-19. Inexistência de afronta à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal. Art. 5º, LIV e LXXVIII, da CF/88.

HCCrim [5000336-25.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 433

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 437

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 445

APRESENTAÇÃO



APRESENTAÇÃO

Na gestão atual, a Presidência desta Corte envidou esforços para apoiar relevante projeto de readequação da “Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região”, mediante implantação da plataforma Open Journal Systems (OJS), software utilizado internacionalmente, de código aberto, recomendado para a gestão e a publicação eletrônica de periódicos, com o escopo de contemplar todas as ações essenciais à automação das atividades de editoração.

Assim, a utilização dessa ferramenta otimiza o fluxo editorial, proporcionando maior transparência, confiabilidade e celeridade nas publicações de artigos doutrinários e jurisprudência. Ademais, propicia a potencialização do resultado, tanto no que concerne à qualidade do conteúdo, quanto no que se refere à ampliação da sua difusão, objetivando a democratização do conhecimento científico, o que se coaduna com os objetivos da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário, inclusive, com maior segurança de dados e redução de custos.

Além disso, para consolidar todo o processo de reestruturação, foi formado Conselho Editorial, bem como reformuladas as normas de publicação com o compromisso de atender a rigorosas diretrizes éticas, alinhando-se com padrões nacionais e internacionais de qualidade e rigor científico, na busca pela excelência da prestação dos serviços, de modo eficiente e padronizado.

Para coroar essa iniciativa, aproveitou-se o lançamento deste primeiro número no novo formato digital para veicular uma edição especial, em comemoração aos 35 anos da Constituição Federal de 1988. Assim, todos os artigos e acórdãos selecionados abordam relevantes questões de temática constitucional, discorrendo sobre inestimáveis conquistas e desafios ainda remanescentes.

Por toda essa conjuntura, evidencia-se que esta edição representa um marco na história da Revista, lançada em 1990, como repositório oficial de jurisprudência desta Corte que, no decorrer desses mais de 30 anos de publicação, já passou por diversas transformações com a finalidade de cumprir satisfatoriamente sua missão institucional, sempre na tentativa de acompanhar a evolução tecnológica e do Poder Judiciário para melhor atender às necessidades e aos interesses não somente dos membros da instituição, mas, sim, de toda a sociedade.

Imprescindível registrar sinceros agradecimentos pelo inestimável empenho do Desembargador Federal Souza Ribeiro, que não mediu esforços para materializar este projeto, durante sua gestão como Diretor do Gabinete da Revista. Também imperioso agradecer pela prestigiosa colaboração de todos os ilustres membros do Conselho Editorial, assim como de todos os autores envolvidos e todas as autoras envolvidas nesta edição, que engrandeceram a “Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região”, possibilitando a entrega de excelente conteúdo para os leitores deste periódico em celebração aos 35 anos da Constituição Federal e à inovação tecnológica.

Por fim, para que a Revista continue a jornada de qualificação e aprimoramento, galgando lugar ao lado de outros valorosos periódicos publicados pelo Poder Judiciário, desde já, fica lançado o convite para que os membros das diversas carreiras da comunidade jurídica e acadêmica participem desta iniciativa, apresentando seus trabalhos para publicação no desiderato de que a divulgação de diferentes perspectivas fomente reflexões, promova o diálogo e contribua para o incremento da justiça e do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Desembargadora Federal Marisa Santos
Presidente do TRF da 3ª Região

EDITORIAL



EDITORIAL

É com grande satisfação que temos o privilégio de apresentar a 158ª edição da Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região, especialmente preparada em celebração aos 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, esse marco denota-se como um momento oportuno para refletirmos acerca dos avanços que a “Constituição Cidadã” representou na construção do Estado Democrático de Direito, bem como sobre os desafios que remanescem e as perspectivas futuras em âmbito constitucional.

Deveras, a Carta de 1988 expressou uma declaração histórica símbolo da redemocratização estatal, reorganizando os Poderes, reconhecendo o caráter pluriétnico e multicultural da sociedade brasileira, comprometendo-se com a primazia dos direitos e garantias fundamentais, instituindo um regime jurídico-político inspirado na concepção ética da máxima efetividade dos direitos humanos, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e no objetivo máximo da justiça social.

Em razão dessa grandeza, tanto nos momentos de tranquilidade institucional, como nos contextos de crises políticas e econômicas, o núcleo essencial da nossa Constituição permaneceu integralmente resguardado como sustentáculo do sistema jurídico e da sociedade brasileira.

Neste espectro, é crucial reconhecermos o papel desempenhado pelo Poder Judiciário nessa luta, na qualidade de guardião da Constituição, da democracia e dos direitos fundamentais, enfrentando com idoneidade árduos dilemas, teóricos e práticos, para assegurar a implementação dos preceitos constitucionais.

Nesse contexto, é relevante demonstrarmos o compromisso desta E. Corte Federal com o constitucionalismo brasileiro. Assim, nesta edição, foram contemplados artigos que versam sobre matéria constitucional, em suas múltiplas facetas – tributária, previdenciária, civil, penal, dentre outras. Ademais, foi acrescida seção de jurisprudência selecionada, reunindo julgados paradigmáticos no mesmo recorte temático no âmbito de todas as Seções.

O primeiro artigo, intitulado “*O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*”, aborda essa relevante questão a partir da análise do caso relativo à exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão. Para tanto, trata das relações entre o Direito internacional e a ordem jurídica interna, bem como do controle de convencionalidade e do diálogo das Cortes, apresentando um estudo da evolução jurisprudencial brasileira na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Na sequência, o artigo designado “*Os avanços na busca da efetividade do processo e da eficiência da atuação judicial*” discorre acerca de um dos maiores desafios do Poder Judiciário, qual seja dar resposta adequada à ampliação crescente do acesso à justiça, com garantia da duração razoável do processo. Nesse desiderato, considerando que os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal vêm ganhando novos contornos, o estudo apresenta os avanços na busca da efetividade do processo e da eficiência da atuação judicial, inclusive aludindo à reforma do Judiciário e à contribuição do Conselho Nacional de Justiça para a modernização do Judiciário. Por fim, analisa a experiência da Justiça Federal da 3ª Região como pioneira, no Brasil, no que se refere à adoção e implantação de processos eletrônicos em larga escala e outros significativos projetos de inovação, inclusive durante a pandemia.

No artigo “*Qual República?*”, inicialmente, realiza-se uma reconstrução de algumas das principais características da tradição republicana, para, posteriormente, examinar o princípio republicano com base na dogmática e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de debater se o alcance desse princípio poderia ser ampliado a partir de uma interpretação mais popular da tradição republicana.

Noutro enfoque, o artigo “*Accountability nas democracias e seu contorno na Constituição Federal de 1988*” analisa o controle democrático como ferramenta para tornar o exercício do mandato eletivo mais responsável e responsivo. Nesse diapasão, discorre sobre os traços da *accountability* e seus reflexos na representação política, suas dimensões e formas de expressão – social, popular e institucional –, para ponderar acerca do entrelaçamento das formas de controle e das fragilidades da democracia representativa brasileira.

Debatendo vertentes processuais penais, o artigo “*Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*” elucida que os crimes de competência federal, muitas vezes, são praticados no âmbito de associações criminosas ou de organizações criminosas, valendo-se também de pessoas jurídicas, usualmente não deixando transparecer rastros financeiros. Diante de tais especificidades, exige-se maior *expertise* dos agentes estatais para o desvendamento dessas condutas delituosas, o que impõe o uso de técnicas de investigação que fogem às comumente empregadas e, nesse aspecto, o monitoramento telefônico e telemático representam um evidente reforço na atividade de persecução penal para tutela de bens jurídicos essenciais, resguardando a preservação da intimidade até onde não colida com o interesse público cuja proteção se impõe.

O subsequente artigo *“O papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde a partir da Constituição Federal de 1988”* trata da relevante temática sanitária, destacando, além dos contornos constitucionais do direito em si, algumas questões comumente invocadas nas discussões sobre o assunto, como o controle judicial de políticas públicas, a reserva do possível e o ativismo judicial. Nesse desenvolvimento, demonstra como as decisões judiciais repercutem nas decisões políticas, em verdadeiro diálogo entre os Poderes, cada qual preservando sua independência e contribuindo para a realização do direito à saúde, como marco fundamental de cidadania inscrito na Constituição de 1988.

Por seu turno, o artigo *“Liberdade de expressão artística nos 35 anos da Constituição”* analisa a contribuição do Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento e fortalecimento da liberdade de expressão artística na democracia brasileira. Com base em doutrina e legislação sobre o assunto, são examinadas decisões paradigmáticas da Corte Suprema sobre o tema, com a finalidade de apresentar o estado da arte nos 35 anos da Constituição, partindo do pressuposto de que o STF, no exercício da *judicial review*, tem um papel essencial na salvaguarda das condições essenciais para o livre exercício da expressão artística no cenário político, econômico e social.

O próximo artigo, intitulado *“Brown vs. Board of Education of Topeka e sua influência no processo estrutural brasileiro”*, examina essa temática a partir de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a fim de estabelecer a compatibilidade normativa e a viabilidade da utilização do processo estrutural no sistema jurídico brasileiro. Ponderando, entretanto, que o uso generalizado dessa via processual, movido por voluntarismo, ativismo e correlatos, pode desautorizar esse útil mecanismo de tutela jurisdicional.

O artigo seguinte, designado *“A (in)constitucionalidade do reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários”*, aborda essa questão com o escopo de refletir acerca do direito do menor sob guarda ao benefício de pensão por morte e/ou auxílio reclusão relativo a(o) sua(eu) guardião(o) segurada(o) da Previdência Social. Para tanto, além da análise legislativa e doutrinária, foram examinados recentes precedentes do STJ e do STF acerca da matéria, sob o enfoque da EC nº 103/2019.

Adiante, outra temática muito relevante foi tratada pelo artigo *“O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a sua atuação como cláusula geral de tutela da personalidade”*, que, após apresentar breve evolução da ideia de dignidade, investiga a relação existente entre a constitucionalização do direito privado e a inclusão da dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional, esclarecendo a distinção entre cláusulas gerais e princípios. Por fim, ressalta a importância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

Noutra perspectiva, o artigo *"Reflexões sobre a separação dos poderes e a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral"* reflete acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e de sua função normativa, em cotejo com o princípio da separação e harmonia entre os poderes. A partir da análise de casos relevantes, pondera sobre as críticas em relação à atuação mais ativa da Justiça Eleitoral a ensejar debates sobre possíveis excessos no exercício de sua função normativa, que poderiam consubstanciar eventual violação ao Estado de Direito.

Por sua vez, o artigo *"O Mandado de Segurança e a necessidade de revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal"* assevera que as referidas Súmulas estabelecem que o Mandado de Segurança não é substitutivo de ação de cobrança e não produz efeitos financeiros em relação a período pretérito. Entretanto, o artigo analisa que, ao tempo da concepção das referidas súmulas (1963), somente as sentenças tipicamente condenatórias eram consideradas títulos executivos judiciais; porém, desde o advento da Lei nº 11.232/2005, a legislação processual civil passou a conferir força executiva também às sentenças meramente declaratórias. Diante disso, sustenta-se que já é passada a hora de rever os aludidos enunciados sumulares, não somente por conta da evolução legislativa, mas também pela aplicação do princípio da efetividade do processo.

Sob a ótica tributária, o artigo *"Igualdade e justiça tributária no Brasil"* trata desses conceitos nos termos elencados pela Constituição de 1988 (o texto normativo), em comparação com o que há tempos se observa na prática (o sistema em operação), constatando que o sistema tributário brasileiro vem funcionando contrariamente ao desejado pelos constituintes de 1988, na medida em que a tributação atinge os mais pobres de modo significativamente mais intenso do que aqueles em melhores condições econômicas. Ademais, infere que o sistema tributário também não vem conseguindo proporcionar um nível minimamente aceitável de distribuição de riqueza em prol dos mais necessitados, sendo possível, inclusive, que esteja contribuindo para concentrar ainda mais a riqueza no Brasil.

Na sequência, são apresentadas *"Notas sobre o conceito de crime político na Constituição Federal de 1988 e os crimes contra o Estado Democrático de Direito"*, versando sobre os possíveis conceitos de crime político na Constituição Federal, mediante a análise de sua evolução histórica, espécies e respectivas teorias, com o escopo de investigar a natureza de delito político ou não dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, sucessores dos tipos penais previstos na revogada Lei de Segurança Nacional.

No artigo *"A Constituição como limitadora dos poderes públicos"*, após o escorço histórico, apresenta-se uma visão mais atual sobre a Filosofia do Direito, notadamente expondo ideias neoconstitucionalistas ou, como prefere denominar, pós-positivistas, especialmente relacionadas aos direitos humanos. Ao final, propõe uma reflexão sobre a profunda transformação jurídica representada pelo reequilíbrio entre as fontes do Direito, com o aumento da relevância da jurisprudência, até mesmo frente à redução da atuação do legislador nas alterações das normas jurídicas, num fenômeno que exige do intérprete e do aplicador do Direito redobrada atenção, a fim de que eventual afastamento da segurança jurídica em prol de um sistema mais flexível não gere efeitos opostos ao desejado por seus atores.

Sob enfoque previdenciário, o artigo “*Regras de transição para aposentadoria - EC nº 103/2019*” tem por objetivo tecer considerações sobre as regras decorrentes da reforma previdenciária procedida pela Emenda Constitucional nº 103/2019, discorrendo acerca do valor da renda mensal inicial dos benefícios concedidos com respaldo nas supra aludidas regras de transição.

Encerrando, o artigo “*Reavaliação do Estado Brasileiro e de seu princípio federativo*” pondera sobre o federalismo no contexto do Estado brasileiro. Para tanto, apresenta um breve histórico do tema nas diversas Constituições que se sucederam. Nessa análise, verifica que o germe da centralização de poderes surge já na Primeira República e, ainda hoje, configura um quadro que a Constituição de 1988 procura reordenar. Em complementação, aborda os pressupostos do federalismo, concluindo que a crise econômica e social enfrentada no momento presente decorre da crise política e institucional. Por fim, demonstra que o encaminhamento dessas questões perpassa pela revisão dos sistemas de representação política e de repartição de competência.

Além dos mencionados artigos doutrinários, abordando as mais diversas vertentes decorrentes da Constituição Federal, também foram selecionados julgados relevantes sobre essa temática com o escopo de engrandecer a compreensão da amplitude das matérias englobadas no âmbito constitucional, demonstrando o papel desta E. Corte na construção e consolidação desse sistema.

Por fim, imprescindível destacarmos que, com o escopo de otimizar os serviços prestados, neste ano de 2023, este periódico, lançado em 1990, foi submetido a um processo interno de reestruturação, que culminou na implementação da plataforma *Open Journal Systems* (OJS), alinhando-se aos padrões nacionais e internacionais de qualidade e rigor científico, com base num processo editorial totalmente eletrônico.

Assim, esta edição comemorativa torna-se ainda mais representativa, pois é a primeira no formato OJS, o que é um marco para a gestão editorial deste periódico, na medida em que significa a concretização de um projeto que ampliará a difusão do conteúdo, de maneira mais célere e com maior qualidade, a fim de consolidar um processo mais eficiente e dinâmico, com o objetivo de colaborar com o debate jurídico, não apenas no âmbito do Poder Judiciário, mas também na esfera acadêmica, com o propósito de atingir toda a sociedade e contribuir para o incremento do princípio democrático, dos direitos fundamentais e da segurança jurídica.

Realizadas estas breves considerações, desejamos a todos uma boa leitura.

Equipe Editorial do Gabinete da Revista

Outubro/2023

ARTIGOS



O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: estudo a partir do caso da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão

The legal status of international human rights treaties in Brazil: a study based on the case of the requirement of a journalism diploma for the exercise of the profession

Carla Abrantkoski Rister

Juíza Federal. Professora do Programa de Mestrado Profissional da Universidade de Araraquara. Professora de Graduação em Direito Tributário e Financeiro. Pós-Doutora em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela (USC) (2018), em Santiago de Compostela, Espanha. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (2003). Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1992). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1997). Graduada em Engenharia Química pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1988).

RESUMO:

O presente artigo aborda o estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Para tanto, a partir da análise do caso relativo à exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão, trata das relações entre o Direito internacional e a ordem jurídica interna, bem como do controle de convencionalidade e do diálogo das Cortes. Dessa forma, apresenta um estudo da evolução jurisprudencial brasileira na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, constando um progresso na abertura do Judiciário brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos nas últimas décadas. De modo a concluir que, seguindo essa linha evolutiva, é possível esperar que a concomitante mudança na cultura jurídica nacional propicie o futuro reconhecimento do caráter constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, privilegiando assim o caráter universal e especial desses direitos, necessariamente infensos a modificações que os mitiguem.

PALAVRAS-CHAVE:

Tratados internacionais. Direitos humanos. Controle de convencionalidade. Diálogo das Cortes.

ABSTRACT:

This article addresses the legal status of international human rights treaties in Brazil. To this end, from the analysis of the case concerning the requirement of a degree in journalism for the exercise of the profession, it deals with the relations between international law and the internal legal order, as well as the control of conventionality and the dialogue of the Courts. Thus, it presents a study of the Brazilian jurisprudential evolution in the application of international human rights treaties, from the promulgation of the Federal Constitution of 1988 to the present day, showing progress in the opening of the Brazilian Judiciary to the international system of human rights protection in recent decades. In order to conclude that, following this evolutionary line, it is possible to expect that the concomitant change in the national legal culture will lead to the future recognition of the constitutional character of all international human rights treaties, thus favoring the universal and special character of these rights, necessarily immune to modifications that mitigate them.

KEYWORDS:

International treaties. Human rights. Control of conventionality. Dialogue of Courts.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão: o caso em análise. 3 Sobre as relações entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna. 4 O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. 5 Controle de convencionalidade nacional ou interno: definição, sujeitos, meios e efeitos. 6 Diálogo das Cortes. 7 Progressiva utilização pelo STF do controle de convencionalidade em suas decisões, assim como do diálogo das Cortes. 8 O caso italiano. 9 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Após um longo período de ditadura cívico-militar no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiu como marco incontornável da redemocratização do país. Filha do seu tempo, a Constituição privilegiou a defesa dos direitos humanos, positivando-os em extenso rol de direitos e garantias fundamentais e criando instrumentos aptos à sua máxima efetividade; ao lado das previsões expressas, reconheceu os limites do processo de positivação e fez constar em seu corpo cláusula de abertura a outros direitos humanos oriundos de fontes diversas, inclusive internacionais.

No plano interno, o destaque a esses direitos se mostra como uma resposta direta às violações que aconteceram no período de repressão; no plano externo, representa a atenção do país a um movimento global que ganhara força do final da segunda guerra mundial em diante, quando se passou a reconhecer que a pessoa humana carece de um sistema de proteção fundado em seu valor intrínseco, de caráter universal, capaz de resistir a tentativas de violação propugnadas através da legislação positiva de cada Estado ou comunidade historicamente determinada. Portanto, a problemática considerada pela nova Constituição é ao mesmo tempo local e universal.

A abertura constitucional do ordenamento jurídico interno para outras fontes, sobretudo no campo dos direitos humanos, constituiu novidade no Direito brasileiro da qual se esperava ampla repercussão prática, movendo a comunidade jurídica ao estudo dessas interações e inspirando os profissionais em seu mister cotidiano. Todavia, não foi isso o que se verificou; muito embora mantida a previsão no texto constitucional, e não obstante o fato de o Estado brasileiro prosseguir na subscrição de importantes instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, poucos avanços foram feitos na doutrina, enquanto na jurisprudência apenas esporadicamente surgiram intervenções atentas ao caráter universalista da matéria.

Esse estado de coisas era explicável principalmente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro – considerar que os tratados internacionais de direitos humanos ostentavam estatuto de lei ordinária, portanto abaixo da Constituição e iguais ao restante da legislação pátria, facilmente superáveis pela atuação comum do Legislador. Num cenário assim, e dada uma cultura jurídica ainda pouco afeita ao universalismo contemporâneo, pouco incentivo havia à exploração da matéria.

No entanto, mudanças começaram a acontecer nos anos 2000, desencadeando progressos significativos em seu rastro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Três marcos podem ser destacados nessa trajetória.

A decisão em ação civil pública de caráter nacional e ampla repercussão na imprensa – por mim subscrita em 2002 –, afastando previsão legal originária do período da ditadura cívico-militar, segundo a qual o exercício do jornalismo estava condicionado à prévia graduação e registro do profissional em órgão do governo. A par do reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência, mostrou-se determinante para a deliberação o fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, dispõe de forma contrária, garantindo o livre acesso ao jornalismo e, por conseguinte, acesso à liberdade de informação e expressão. Esse entendimento seria depois tornado definitivo pelo STF em 2009.

Na sequência, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual, entre outras inovações, criou a possibilidade de que tratados internacionais de direitos humanos fossem equiparados a emendas constitucionais, passando então a integrar o chamado “bloco de constitucionalidade”. Para além da previsão específica criada, a inovação levou a importante alteração na jurisprudência do STF relativa ao estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos.

Referida alteração foi produzida em 2008, quando o Tribunal, ao julgar o caso do depositário infiel, deixou de considerar os tratados de direitos humanos equivalentes a leis ordinárias, passando a neles reconhecer o caráter supralegal, de tal modo que dali em diante tornou-se viável a todo o Poder Judiciário a realização do controle de convencionalidade entre o Direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo país, paralelamente ao controle de constitucionalidade costumeiro.

Nessa evolução jurisprudencial é possível identificar elementos importantes para a compreensão da interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos – universalistas por vocação – e acompanhar os progressos da jurisprudência subsequente, além de traçar perspectivas para o futuro, pontuando questões ainda não resolvidas e possibilidades em aberto. Este estudo se desenvolve partindo do caso do diploma em jornalismo, tomado como paradigma para a compreensão do fenômeno jurídico em questão.

2 Exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão: o caso em análise

No Direito brasileiro, a obrigatoriedade de graduação em jornalismo e registro no Ministério do Trabalho para exercício da profissão constitui um importante caso de aplicação de tratado e jurisprudência internacionais pelo Judiciário nacional a fim de dirimir uma controvérsia interna.

No contexto da ditadura cívico-militar que prevaleceu no Brasil a partir dos anos sessenta, foi editado o Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, cujo artigo 4º dispunha que “[o] exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social”, a ser feito mediante a apresentação, entre outros, de “diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada”.

Havia então uma dupla exigência, ambas dependentes da atuação estatal: a de que o jornalista se graduasse em curso sob a supervisão do Ministério da Educação, e a de que, na sequência, se registrasse junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

No país, a profissão de jornalista frequentemente foi exercida por especialistas e expoentes de outras áreas do conhecimento, os quais, ao se destacarem nestas, envolviam-se com a mídia e passavam a nela atuar, muitas vezes não só como colaboradores, mas também na condição propriamente dita de jornalistas. Vários profissionais de destaque no setor trilharam esse caminho. Quando do advento da lei restritiva do exercício profissional aos graduados e registrados em órgão governamental, viu-se no ato o cerceamento da liberdade de expressão por parte do governo ditatorial, cujo objetivo seria dificultar a

atuação justamente daqueles profissionais que tiveram caminhos diversos da graduação em jornalismo e que, naquele momento, incomodavam o regime.

Após a redemocratização nos anos oitenta, a legislação permaneceu como herança da ditadura cívico-militar, criando insegurança na atuação da imprensa, pois muitas vezes colaboradores não formados em jornalismo se encontravam numa linha divisória pouco nítida entre a mera colaboração e o jornalismo propriamente dito, ou na prática cruzavam essa linha em função de sua qualidade profissional.

Diante desse cenário, em 2001, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública nº 0025946-51.2001.4.03.6100, junto à Justiça Federal em São Paulo, com o objetivo de ver reconhecida a não recepção da regra de 1969 pela Constituição Federal de 1988, de modo a ser determinado à União abster-se do registro dos diplomados em jornalismo, pela desnecessidade do procedimento, bem como abster-se da fiscalização desse registro, entre outras providências, tudo de forma a tornar prescindível a intervenção estatal prévia em relação àquele que desejasse atuar na imprensa.

A petição ministerial foi baseada em dois fundamentos principais: o de que a regra restritiva não se coadunaria com a liberdade de profissão garantida pelo artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, tampouco com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil em 1992, que garante a liberdade de pensamento e expressão.

O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estatui ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A norma permite ao legislador infraconstitucional estabelecer certas restrições ao exercício profissional no tocante à qualificação, o que não significa, porém, que exigências desarrazoadas sejam admitidas, restando dúvidas, assim, quanto aos limites da razoabilidade.

Por sua vez, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratando da liberdade de pensamento e expressão, dispõe que toda pessoa “tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”, compreendendo esse direito “a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”, sem censura prévia ou restrições por meios diretos ou indiretos.

A sentença do Juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo, a fim de avaliar os limites permitidos na regulação da atividade de jornalista, levou em consideração outras normas constitucionais cuja observância igualmente se impunha, a saber, a livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da Constituição Federal); a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, IX, da Constituição Federal); e a impossibilidade de restrição da manifestação de pensamento, criação e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (artigo 220, *caput*, da Constituição Federal). Concluiu então que não haveria compatibilidade entre a exigência da graduação em jornalismo e a Constituição democrática editada em 1988.

A par disso, o julgamento se pronunciou favorável “ao caráter vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos, em face da sua ratificação pelo Brasil aos 25.09.92”, pelo que considerou aplicável o artigo 13 da referida convenção, reputado incompatível com a exigência de diploma para o exercício do jornalismo.

Contra o pronunciamento de primeira instância, foi interposto recurso de apelação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹. A Corte deu provimento ao recurso, concluindo que as exigências legais para o exercício do jornalismo eram compatíveis com a Constituição Federal. Lê-se na ementa do acórdão que: “[n]ão se pode confundir liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão com liberdade de profissão”, podendo a lei ordinária “estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício de determinada profissão”; nessa esteira, o Decreto-Lei nº 972/1969 teria sido recepcionado pela Constituição, nele não havendo contrariedade à Convenção Americana de Direitos Humanos. O jornalismo estaria entre aquelas profissões cuja relevância e interesse social exigem certa qualificação mínima para o seu exercício, sob pena de prejuízos serem causados.

A discussão, porém, não se encerrou em segunda instância, sendo interposto recurso extraordinário² ao STF, Corte responsável por dar a última palavra na interpretação da Constituição Federal. Ali, foi reformado o julgamento anterior e retomada a linha decisória da sentença recorrida.

O STF pontuou que “[o] jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação”, sendo “a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”, motivos pelos quais a interpretação da norma constitucional que autoriza ao legislador exigir determinadas qualificações para o exercício profissional deveria ser feita “em conjunto com os preceitos do artigo 5º, incisos IV, IX, XIV, e do artigo 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral”.

Vista a situação dessa forma, a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo não estaria autorizada pela ordem constitucional, por constituir “uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo artigo 220, § 1º, da Constituição”. Qualquer controle estatal quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista interferiria na liberdade profissional no momento mesmo do início do seu desenvolvimento, configurando, “ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição”.

A par da fundamentação estritamente constitucional da questão sob apreço, o STF, em postura até então pouco comum, levou em conta ao decidir que:

[a] Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Parecer Consultivo OC 5-85, dado em resposta ao Governo da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou questão semelhante àquela que chegou ao STF.

¹ BRASIL. TRF3. AC 0025946-51.2001.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Manoel Álvares, j. 26/10/2005, DJU 30/11/2005.

² BRASIL. STF. RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009.

O Governo da Costa Rica desejava saber se haveria compatibilidade entre “o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter”, de um lado, e os artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de outro.

Em sua análise, a Corte considerou que: “a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e de expressão compreende o direito a difundir informações e ideias ‘por qualquer [...] processo’”, no que consignaria “que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente”.

Nesse sentido, a exigência de registro profissional para o exercício do jornalismo limitaria,

[...] de modo permanente, em prejuízo dos não colegiados, o direito de fazer uso pleno das faculdades reconhecidas a todo ser humano no artigo 13 da Convenção, o que infringe princípios primários da ordem pública democrática sobre os quais ela mesma se fundamenta.

Logo, restringir que qualquer cidadão se valha dos meios comumente à disposição dos jornalistas para se expressar, condicionando esses meios ao registro profissional ou à qualificação do tipo universitário, implicaria cerceamento ao próprio direito de expressão.

3 Sobre as relações entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna

Tanto na doutrina quanto na prática cotidiana, não é tranquila a questão da relação entre o Direito internacional e a ordem jurídica interna. O debate se estrutura através de duas correntes principais – a dualista e a monista.

Segundo Francisco Rezek (2018, p. 28), para a teoria dualista, o Direito internacional e o Direito interno constituem esferas distintas, de modo que a validade jurídica de uma norma interna não depende de sua compatibilidade com a ordem internacional; por seu turno, a teoria monista pressupõe uma integração entre ordem jurídica interna e Direito internacional, na qual geralmente as normas internas devem ser compatíveis com as normas internacionais, que detêm primazia.

Explicita Fabiano Távora (2016, p. 31) que o dualismo pode ser radical ou moderado: radical quando pressupõe que a norma internacional necessita de uma norma interna para ter efeitos nesse âmbito; moderado quando pressupõe que a norma internacional deve ser analisada pelo Poder Legislativo e referendada pelo Chefe do Executivo. De sua parte, o monismo pode ser internacionalista, quando pressupõe a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno; e nacionalista, quando pressupõe a supremacia do Direito interno sobre o Direito internacional.

Em artigo que escrevi sobre o tema, assinalei a existência de importantes diferenças entre as soluções encontradas por ambas as teorias quando do conflito entre Direito internacional e ordem jurídica interna. A teoria dualista requer que a

norma internacional seja transformada em norma de Direito interno para vigor; sendo assim, e admitindo-se que norma incorporada e norma interna originária se encontram no mesmo nível hierárquico, a lei posterior revoga a lei anterior, de tal maneira que haverá casos em que prevalecerá norma interna contrária aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado perante a comunidade global. Por sua vez, a teoria monista, ao pressupor uma hierarquia, resultará na prevalência da norma de hierarquia superior sobre a norma de hierarquia inferior; se a norma interna ou a norma internacional, dependerá da orientação local adotada (RISTER, 1999, p. 5).

Hildebrando Accioly e outros (2021, p. 82) recordam que, em 2009, o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, cujo artigo 27 preconiza que “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, com o que sinalizaria para uma adesão à teoria monista, já que doravante passa a haver uma necessidade de compatibilidade da ordem jurídica interna a um Direito internacional que pretende deter a primazia.

A Constituição Federal de 1988 não disciplina expressamente as relações entre a ordem internacional e a ordem jurídica interna; por isso há oscilações na adesão a uma ou outra teoria. De acordo com o já citado Fabiano Távara (2016, p. 31), é possível identificar no STF uma alternância entre tendências monistas internacionalistas e monistas nacionalistas.

Entretanto, como será adiante exposto, é certo que, quanto aos direitos humanos, adota-se um regime à parte na disciplina das relações entre ordens jurídicas externa e interna, porquanto ambas coincidem em ter como objetivo a proteção da pessoa humana; o que deve prevalecer, por consequência, é a norma mais favorável à vítima (RISTER, 1999, p. 5-6).

4 O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

A síntese da discussão jurídica que levou ao reconhecimento da inexigibilidade da graduação em jornalismo como condição prévia ao exercício da profissão faz perceber que duas fontes principais foram invocadas: os direitos fundamentais previstos na Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Uma vez que, no Brasil, a ordem jurídica interna encontra seu fundamento de validade nas normas constitucionais, importa verificar o estatuto dos tratados de direitos humanos dentro dela, a fim de assim apurar sua validade e eficácia em contraste tanto com as normas inseridas na Constituição quanto com a legislação infraconstitucional.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 proclama que “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, e na sequência elenca extenso rol de direitos e garantias fundamentais, entre os quais se encontram os antes citados direitos à livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da Constituição Federal), à liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, IX, da

Constituição Federal), e à liberdade de profissão (artigo 5º, XIII, da Constituição Federal). Como o próprio dispositivo enuncia (artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal), o rol não é exaustivo.

De acordo com o artigo 60, § 4º, IV, da mesma Constituição, não serão objeto de deliberação as emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais; essa norma estatui as assim chamadas “cláusulas pétreas”, princípios e regras que não poderão ser modificados nem mesmo pelo poder constituinte revisor ou reformador. Dado que, no Brasil, a ordem jurídica interna é estruturada de modo a possibilitar um controle de constitucionalidade, e que as cláusulas pétreas são infensas a qualquer alteração, tem-se que os direitos e garantias fundamentais servem de parâmetro de aferição tanto da compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição, quanto da compatibilidade entre eventuais emendas e o texto perene da Constituição. É preciso, portanto, ter em vista essa dinâmica básica a fim de examinar de maneira mais clara o estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos dentro da ordem jurídica brasileira.

As normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos coincidentes com os direitos e garantias fundamentais explicitamente trazidos pela Constituição não apresentam maiores dificuldades. As dificuldades existem naqueles pontos em que os tratados são mais protetivos ou dispõem de maneira diferente da Constituição.

Historicamente, a integração dos tratados internacionais sobre direitos humanos à ordem jurídica brasileira vem passando por diferentes abordagens desde a edição da Constituição Federal em 1988.

A redação original do mencionado artigo 5º era complementada pelos parágrafos 1º e 2º: aquele dispozo que as normas sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; este, no sentido de que os direitos e garantias expressamente consagrados pela Constituição não excluem “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, no que constituía uma verdadeira cláusula de abertura do texto da Constituição.

Por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foram incluídos os parágrafos 3º e 4º, preconizando, respectivamente, que os tratados internacionais de direitos humanos seriam equivalentes às emendas constitucionais, desde que submetidos ao mesmo rito de aprovação, e que o Brasil se submeteria à jurisprudência de Tribunal Penal Internacional a cuja criação aderisse.

Parcela considerável da doutrina sempre entendeu que, desde a promulgação do texto constitucional, direitos humanos previstos em tratados internacionais a que o país aderisse teriam o mesmo estatuto das normas constitucionais, independentemente de rito especial de aprovação. Essa condição decorreria da cláusula de abertura prevista no parágrafo segundo, bem como, e principalmente, em decorrência da natureza dos direitos fundamentais, seu caráter universal e historicidade, que os impediriam de ser considerados hierarquicamente inferiores aos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, ou mesmo revogáveis pela legislação infraconstitucional superveniente.

O STF, contudo, não adotava essa interpretação, antes considerando que os tratados – mesmo os de direitos humanos – equiparavam-se à lei ordinária.

Para Flávia Piovesan (2018, p. 73-75), a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional levaria à conclusão de que os tratados internacionais de direitos humanos ostentam estatuto jurídico constitucional. Seria assim, entre outros motivos, porque a própria Constituição prevê cláusula de abertura a essas normas externas; porque a dignidade humana e os direitos fundamentais constituem valores que orientam o fenômeno constitucional; e porque deve ser observado o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, de resto consideradas materialmente constitucionais.

Na mesma linha caminha Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 69), para quem o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao estabelecer que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, preconizaria ele próprio que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” na ordem jurídica interna, como se estivessem escritos na Constituição.

A posição inicial do STF é bem sintetizada por André de Carvalho Ramos (2022, p. 307). Tendo em vista que a Constituição de 1988 não contém um capítulo específico para disciplinar as relações entre o Direito interno e o Direito internacional, é preciso extrair uma interpretação nesse sentido a partir dos dispositivos que tangenciam o tema. A Corte constitucional então formou seu entendimento partindo das seguintes constatações: o artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal diz caber recurso extraordinário no caso de decisão que considera inconstitucional “lei ou tratado”; o artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, por sua vez, diz caber recurso especial contra decisão que viole ou negue vigência a “lei ou tratado”; ao passo que o artigo 47 da Constituição Federal prevê que a maioria simples é o quórum de aprovação tanto da lei ordinária federal quanto do decreto legislativo – que é o diploma por meio do qual o Poder Legislativo aprova um tratado internacional subscrito pelo Poder Executivo. Desse modo, para o STF, se a Constituição equipara os tratados às leis ordinárias em três ocasiões, é porque ambos ocupam a mesma posição hierárquica³.

Conforme a posição a princípio consagrada pelo STF, seria possível o controle de constitucionalidade, formal e material, entre tratados e Constituição, assim como conflitos entre tratados e leis ordinárias, passíveis de solução pelos critérios da cronologia e especialidade; logo, no interior da ordem jurídica brasileira, em tese, seria possível que uma norma de tratado internacional de direitos humanos fosse revogada por lei ordinária superveniente.

Segundo essa lógica, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – referido como razão de decidir quando do julgamento do caso do diploma de jornalismo – seria norma com hierarquia idêntica à de uma lei ordinária, reputada compatível com a Constituição e aplicável às situações concretas em razão de o Decreto-Lei nº 972/1969, com o qual conflitava, ser anterior ao decreto que a incorporou ao ordenamento jurídico interno em 1992.

A inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, porém, promoveu alterações significativas nesse entendimento, por um lado esclarecendo o estatuto jurídico de alguns tratados de direitos humanos, por outro aumentando

³ BRASIL. STF. ADIn MC 1.480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

as dúvidas existentes em relação aos tratados restantes. A partir de então, tratados de direitos humanos integrados à ordem jurídica brasileira mediante a observância do rito para aprovação de emendas constitucionais a elas estariam equiparados, formando o assim chamado bloco de constitucionalidade e servindo como parâmetro para o controle da legislação inferior com a lei maior. Restou sem expresse esclarecimento, no entanto, o problema do estatuto jurídico dos tratados aprovados anteriormente à emenda constitucional, e depois, contudo sem a observância do rito mais dificultoso das emendas.

Um marco importante para a evolução desse debate foi a formação da jurisprudência em torno da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, a qual culminou com o julgamento definitivo do STF⁴. A relação do tema com os tratados de direitos humanos se dá na medida em que a Constituição brasileira e a legislação ordinária, respectivamente, autorizavam e previam esse tipo de prisão, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro antes de 2004, vedava essa possibilidade.

Consoante o disposto pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. No nível infraconstitucional, essa autorização era concretizada normativamente pelo artigo 1287, do Código Civil de 1916, e pelo Decreto-Lei nº 911/1969, vigentes à época da ratificação da Convenção em 1992; em 2002, semelhante norma foi inscrita no artigo 652 do novo Código Civil. Já o artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção, dispõe que “[n]inguém deve ser detido por dívida”, a não ser em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Seguindo a linha interpretativa até então consagrada pelo Tribunal Constitucional, a Convenção Americana de Direitos Humanos deveria ser tomada como lei ordinária, de modo que, se a Constituição autorizava a prisão do depositário infiel, e a legislação ordinária, por seu turno, tanto anterior quanto posterior, previa expressamente a hipótese, terminaria afastada a aplicação da Convenção, não obstante esta ser mais protetiva.

Todavia, o STF – não sem manter seu distanciamento da interpretação equiparadora de tratados de direitos humanos à Constituição –, alterou significativamente seu posicionamento anterior, passando a considerar que os tratados de direitos humanos não equiparados às emendas constitucionais mediante aprovação especial, ostentariam caráter suprallegal, ou seja, estariam acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo do texto constitucional. Essa saída permitiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos fosse aplicada à ordem interna para afastar a prisão do depositário infiel, na medida em que, diante da autorização constitucional dessa possibilidade, realizaria a escolha de não a efetivar, impedindo assim que a legislação infraconstitucional produzisse seus efeitos.

Antonio Moreira Maués (2013, p. 218-219) identifica na decisão do STF três razões principais para a não equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos à Constituição: (01) supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, garantidora, inclusive, da possibilidade de controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais; (02) utilização inadequada do conceito de “direitos humanos” para produzir normas infensas ao exame de

⁴ BRASIL. STF. RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009.

compatibilidade com a ordem constitucional; e (03) percepção de que a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição atestava que os tratados ratificados anteriormente não podiam ser equiparados à Constituição.

Por seu turno, Daniel Sarmento (2016, p. 315-317) considera bem-vindo o posicionamento adotado. A seu ver, apesar de a princípio parecer positivo que todos os tratados internacionais de direitos humanos fossem considerados integrantes do bloco de constitucionalidade, isso promoveria uma indevida inflação constitucional, em que dezenas – e talvez centenas – de tratados internacionais assinados ao longo dos anos passariam a ostentar estatuto constitucional, criando grande instabilidade jurídica, inclusive discussões sobre a natureza constitucional daqueles tratados cujas disposições não fossem tão claramente de direitos humanos. Para ele, o estatuto de supralegalidade, propiciador do controle de convencionalidade, e a presença de cláusulas de abertura na Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana, seriam suficientes para manter a ordem jurídica interna a par dos entendimentos mais recentes e abalizados em matéria de direitos humanos.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto que conduziu o julgamento, ao discorrer acerca do debate existente em torno do estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, após pontuar que a Emenda Constitucional nº 45 seria uma eloquente declaração de que os tratados aprovados até o seu advento não teriam estatuto constitucional, acrescentou não ser possível negar “que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”. Nessa linha de raciocínio, ponderou que, nos últimos anos, no Direito comparado, cresceu a integração entre sistemas jurídicos visando a uma maior proteção aos direitos humanos, de tal forma que, nesse contexto, seria difícil defender que os tratados de direitos humanos se igualem em hierarquia às leis ordinárias, ainda mais quando se considera que a Constituição brasileira demonstra privilegiá-los. Por isso defendeu – e foi acompanhado por seus pares – a supralegalidade desses tratados, a qual garantiria, a um só tempo, a supremacia da Constituição e a valorização dos instrumentos internacionais. O ministro falou em efeito paralisante da eficácia jurídica da legislação infraconstitucional que conflitasse com o tratado.

O que o Tribunal fez foi, além de consagrar o estatuto supralegal dos tratados, possibilitar que doravante fosse realizado um controle de convencionalidade entre a legislação infraconstitucional e esses diplomas, o que até então não existia, pois eventuais conflitos eram resolvidos como conflitos entre normas de idêntica hierarquia.

Segundo essa nova lógica – autêntico “*overruling*” da Corte brasileira –, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – vinculado ao caso do diploma em jornalismo – seria norma de hierarquia superior à de uma lei ordinária, produzindo assim efeito paralisante sobre a eficácia do Decreto-Lei nº 972/1969, com o qual conflitava, na medida em que lhe é posterior. No caso concreto, a referência à Convenção serviu apenas como reforço de uma argumentação que se baseava no controle de constitucionalidade; contudo, se não houvesse esse parâmetro constitucional, seria também possível a solução do conflito pela via do controle de convencionalidade.

5 Controle de convencionalidade nacional ou interno: definição, sujeitos, meios e efeitos

No momento mesmo em que os tratados internacionais de direitos humanos têm seu caráter supralegal reconhecido, abre-se a possibilidade de que a legislação situada em nível hierárquico inferior seja a eles comparada em exame de compatibilidade, semelhantemente ao que é feito em relação à Constituição Federal. O controle de convencionalidade nacional ou interno (doravante apenas controle de convencionalidade) surge assim como o exame da compatibilidade entre a legislação infraconstitucional brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos integrados à ordem jurídica interna, feito pelo Poder Judiciário do país. Essa legislação passa não só a ter que respeitar os ditames constitucionais, como também aqueles inseridos nos tratados.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 30) pontua que o controle de convencionalidade é “a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”, no que ressalta que o sistema de proteção dos direitos humanos visa à máxima efetividade, de modo que não faz sentido a prevalência de um tratado naquelas hipóteses em que a ordem jurídica interna se mostra mais benéfica à pessoa humana. O mesmo autor, já em estudo anterior, reservava o conceito de “controle de convencionalidade” ao exame da compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os tratados de direitos humanos, considerando estes materialmente (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal) ou formal e materialmente (artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal) constitucionais; a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e as normas dos tratados que não sejam de direitos humanos, tidas como supraleais, constituiria mero controle de legalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 137). Essa linha se afasta do entendimento adotado pelo STF, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos, em regra, teriam estatuto supralegal no Brasil.

Flávia Piovesan (2018, p. 659) identifica no julgamento do caso do depositário infiel pelo STF a introdução no Brasil do controle de convencionalidade das leis, consistente na interpretação de normas jurídicas internas tendo em vista não apenas os parâmetros constitucionais, como também os parâmetros protetivos internacionais dos direitos humanos, entendidos estes como tratados e jurisprudência internacionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 53-54) também identifica no julgamento do caso do depositário infiel uma atitude pioneira no controle de convencionalidade das leis no Brasil. A seu ver, os tratados de direitos humanos aprovados segundo o rito das emendas constitucionais se prestam tanto ao controle de convencionalidade quanto ao controle de constitucionalidade das normas inferiores, servindo o caráter constitucional à facilitação do processamento do controle, já que existem diversos instrumentos jurídicos que lhe são exclusivos, por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Por sua vez, os tratados de direitos humanos não submetidos àquele rito ainda assim serviriam ao controle meramente convencional das normas inferiores.

Por seu turno, André de Carvalho Ramos (2022, p. 319) avança no detalhamento do que seja o controle de convencionalidade; para o autor, este é o exame da compatibilidade dos atos internos, comissivos ou omissivos, em

contraste com as normas internacionais em sentido amplo, o que abrange tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais. Seguindo essa lógica, o controle poderá ter efeitos negativo e positivo: negativo quando houver a invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais; e positivo quando as normas nacionais forem interpretadas de conformidade às normas internacionais.

Faz-se referência ao “controle de convencionalidade nacional” ou “interno”, em contraposição àquele de matriz internacional. Segundo André de Carvalho Ramos (2022, p. 319), o controle de convencionalidade de matriz internacional é comumente atribuído a órgãos internacionais criados por tratados internacionais, os quais evitam que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados.

As oscilações na definição do que seja o controle de convencionalidade interno no Brasil decorrem principalmente da defesa que a doutrina faz de que todos os tratados internacionais de direitos humanos teriam estatuto constitucional, integrando o assim chamado “bloco de constitucionalidade”. Na prática, o STF – responsável pela última palavra na interpretação e aplicação da ordem jurídica interna – não admite essa extensão indiscriminada do caráter constitucional, antes distinguindo entre tratados aprovados como emendas constitucionais e, portanto, integrantes do bloco de constitucionalidade, e demais tratados de direitos humanos, considerados supralegais. De um modo ou de outro, e na medida em que a supralegalidade implica superioridade hierárquica frente à legislação infraconstitucional, é possível dizer que, independentemente do seu caráter constitucional essencial ou accidental, todos os tratados internacionais de direitos humanos hoje se prestam ao controle de convencionalidade no Brasil.

É inegável que o julgamento do caso do depositário infiel constitui típico exemplo de controle de convencionalidade, pois a aplicação de normas infraconstitucionais foi afastada por força de dispositivo convencional sob certos aspectos até divergente da própria Constituição. Já no que se refere ao caso que aqui vem sendo utilizado como base de análise, qual seja o do diploma em jornalismo, apesar de não ter ocorrido concretamente o controle de convencionalidade, uma vez que foi dada preferência ao controle constitucional, aquele também seria possível.

A exigência de graduação em jornalismo como condição de exercício da profissão tinha fundamento em legislação infraconstitucional datada de 1969; por sua vez, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – tratado internacional de direitos humanos promulgado no Brasil em 1992 –, era o dispositivo convencional que dispunha em sentido oposto. Sendo assim, seria possível examinar a compatibilidade entre esta norma superior e aquela norma inferior, o que resultaria em seu afastamento. Em prol da exatidão, é preciso salientar que a averiguação da incompatibilidade não seria automática, na medida em que o mencionado artigo 13 contém certo grau de imprecisão, a permitir ao intérprete conclusão em sentido diverso; para a averiguação resultaria decisivo o Parecer Consultivo OC 5-85, proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, em exercício interpretativo da norma, chegou à conclusão específica de que eventual restrição de acesso ao jornalismo prejudicaria o direito amplo das pessoas à expressão e à informação. Dito de outro modo, o controle de convencionalidade neste caso seria efetivado conjugando a norma positivada na

Convenção com a interpretação que lhe foi dada pela Corte responsável por sua aplicação no plano internacional. Cuida-se, então, de normas internacionais em sentido amplo, como referido acima por André de Carvalho Ramos.

O mesmo caso da graduação em jornalismo também permite identificar os sujeitos e meios aptos a exercer o controle de convencionalidade no Brasil. Para tanto, importa primeiramente fazer um breve excursus pelo controle de constitucionalidade.

No país, o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade de forma difusa, através dos magistrados integrantes de todas as instâncias, cabendo a palavra final ao STF; na mesma Corte, desenvolve-se o controle concentrado de constitucionalidade, o qual prescinde de casos concretos que o motivem, voltando-se antes ao ato normativo impugnado de forma objetiva e abstrata. Paralelamente, eventuais conflitos entre leis infraconstitucionais, além de serem resolvidos pelos magistrados de todas as instâncias, são resolvidos de forma definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Aproximando os dois institutos, Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 150 e 157) sustenta que, assim como ocorre com o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, no controle difuso de convencionalidade devem os juízes e tribunais locais compatibilizar a legislação interna com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor quando da apreciação de casos concretos. Avançando com o seu raciocínio, o autor defende que, das decisões em controle de convencionalidade das instâncias inferiores, caberá recurso extraordinário ao STF (artigo 102, III, "a", da Constituição Federal). A Constituição destina o recurso extraordinário à impugnação de decisões que contrariem seus dispositivos. Mazzuoli estende a abrangência do recurso às decisões que contrariem dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos porque entende que todos eles integram o bloco de constitucionalidade, o que vai de encontro ao entendimento consagrado pelo STF.

Muito embora reconheça que a não aceitação pelo STF do estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos cria dificuldades na aplicação destes, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 56) assevera que a reconhecida hierarquia supralegal é suficiente para superar a legislação infraconstitucional naquilo que contrariar tratado internacional de direitos humanos, pelo que constitui o exame de compatibilidade um poder-dever cometido à integralidade do Poder Judiciário.

Quanto ao controle concentrado de convencionalidade, o mesmo Mazzuoli (2018, p. 161) aduz ser possível a utilização dos instrumentos destinados ao controle concentrado de constitucionalidade, contanto que se trate de tratados internacionais de direitos humanos aprovados através do rito das emendas constitucionais; isto porque o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, ao prever que estes "serão equivalentes às emendas constitucionais", "por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional".

Vê-se, portanto, ser possível o controle amplo de convencionalidade pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, sendo restrita a hipótese de cabimento somente nos casos de controle concentrado, o qual, vale dizer, por si só já constitui um instrumento extraordinário no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com

hipóteses estritas de cabimento e poucos legitimados definidos em sede constitucional.

No caso do diploma em jornalismo, houve uma aproximação do controle difuso de convencionalidade, na medida em que o Juízo de primeiro grau, a Corte de apelação e o STF se pronunciaram sobre a compatibilidade da legislação interna com tratado internacional de direitos humanos, ainda que ao final tenham optado pelo julgamento do caso pela via do tradicional controle de constitucionalidade. A questão convencional foi conhecida pelo STF em sede de recurso extraordinário. A mesma dinâmica pode ser observada no caso do depositário infiel, com a diferença de que nele houve o efetivo exercício do controle convencional.

A título exemplificativo, vale mencionar o caso do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, em que o STJ, em sede de controle difuso, declaradamente exerceu um controle de convencionalidade, além do necessário diálogo entre Cortes. Examinando a possibilidade de condenação criminal pelo crime de desacato, a Corte entendeu, com base no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema, que a tipificação penal brasileira não é compatível com a norma convencional garantidora da liberdade de expressão, pelo que acabou afastando a condenação⁵.

Uma vez que o fenômeno do controle de convencionalidade constitui uma experiência relativamente recente no universo jurídico brasileiro, existe certa imprecisão quanto aos seus efeitos. A proximidade entre os institutos aconselha que primeiramente sejam examinados os efeitos do controle de constitucionalidade típico.

Explica Luís Roberto Barroso (2019, p. 37-40, 51 e 108-109) que, no Brasil, é adotada a teoria da nulidade da legislação inconstitucional, segundo a qual é inválida a norma editada em contrariedade à lei maior; assim, quando do reconhecimento da inconstitucionalidade, produz-se um ato declaratório – em vez de constitutivo –, com efeitos retroativos que desconstituem todas as relações estabelecidas com base na legislação inconstitucional. Em caso de legislação preexistente à Constituição ou a emenda constitucional, a incompatibilidade, se material, resolve-se pelo fenômeno da não recepção, mediante o qual a legislação inconstitucional é revogada. Uma hipótese também muito verificada é a da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade: é reconhecida a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, entretanto, são mantidos os seus efeitos, prospectivamente, durante certo período, a fim de preservar situações irreversíveis e garantir a segurança jurídica em situações específicas. Em todos esses casos, naturalmente, os efeitos produzidos são *erga omnes*. Registre-se que existem outras hipóteses (e efeitos) do enfrentamento do fenômeno da inconstitucionalidade, porém, menos utilizadas e dispensáveis para os fins do presente estudo.

Quanto ao controle difuso de convencionalidade, não parece haver maiores problemas: tal como em sua contraparte constitucional, ao afastar a incidência de determinada norma sobre o caso concreto, o pronunciamento judicial produz efeitos tão somente em relação aos litigantes, nada afetando a norma impugnada – abstratamente considerada –, nos planos da existência, validade e eficácia.

⁵ BRASIL. STJ. REsp 1.640.084/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

Maior complexidade reside no controle concentrado de convencionalidade.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 116-134) defende que as normas integrantes do ordenamento jurídico, para produzirem regularmente os efeitos a que se destinam, precisam estar “vigentes”, bem como serem “válidas” e “eficazes”. “Vigente” é aquela norma formalmente produzida segundo as normas estabelecidas para tanto, ou seja, aprovada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, havendo identidade entre “vigência” e “existência”. “Válida” é aquela norma materialmente compatível com a Constituição. E “eficaz”, a norma que concretamente se mostra apta a produzir efeitos. Partindo desses conceitos, o autor propugna que, quando lei anterior conflita com tratado internacional de direitos humanos (seja com estatuto supralegal, seja com estatuto de norma constitucional), ratificado pelo Brasil e já em vigor, ela é revogada imediatamente (uma vez que o tratado lhe é posterior, para além de superior); ao passo que, quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (ainda que compatível com a Constituição), ela é inválida (posto que vigente) e, conseqüentemente, ineficaz. É possível extrair do entendimento de Mazzuoli uma transposição da dinâmica existente em torno do fenômeno da inconstitucionalidade àquele da inconvenção.

De sua parte, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 58) concorda com o fato de que eventual incompatibilidade entre a normativa interna superveniente e tratados internacionais de direitos humanos em geral implica a declaração da invalidade daquela e sua conseqüente inaplicabilidade. Todavia, discorda do que comumente é dito a respeito da legislação incompatível que precede o tratado no tempo, defendendo que também nesses casos ocorre o fenômeno da invalidade.

Analisando especificamente o caso do depositário infiel, Beclaut Oliveira Silva (2016, p. 81) se aproxima da posição de Mazzuoli, afirmando que “[o] tratado de San José da Costa Rica, admitido como supralegal, revogou as previsões que complementavam a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel, dando-lhe eficácia imediata e direta”.

Por ocasião do julgamento desse caso, o voto condutor assim se pronunciou a respeito dos efeitos do controle de convencionalidade. Sobre as normas anteriores ao tratado internacional de direitos humanos: “[...] a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]”. Sobre as normas posteriores: “[t]endo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”. Tanto num caso como no outro, o STF fez referência aos “efeitos paralisantes” dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional que lhes seja incompatível; muito embora isso baste para resolver problemas práticos de incidência concreta ou não de determinada norma sobre uma base fática, do ponto de vista doutrinário, não esclarece se existe identidade, quanto aos efeitos, entre os fenômenos da inconstitucionalidade e da inconvenção.

Isto posto, é possível concluir que ainda está em aberto a questão relativa aos efeitos do controle concentrado de convencionalidade, o que, no entanto, não chega a impedir que o controle seja feito, tendo em vista a utilidade prática da expressão adotada pelo STF – “efeitos paralisantes”.

Para retomar o caso do diploma em jornalismo, sempre utilizado aqui como referência para o estudo da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, é possível afirmar que, se seguida a teoria da nulidade utilizada no controle de constitucionalidade, poderia se afirmar que houve o fenômeno da não recepção da legislação de 1969 pela Convenção de 1992, de modo que aquela restou revogada.

6 Diálogo das Cortes

Vale observar que a referência a tratados internacionais e a adoção de posições interpretativas assumidas pelas Cortes internacionais nem sempre redundam em controle de convencionalidade. No caso do diploma em jornalismo, por exemplo, o STF não declarou a impossibilidade de exigência do diploma com base na Convenção Americana de Direitos Humanos; o que fez foi reconhecer a inconstitucionalidade da exigência, reforçando sua fundamentação com a fundamentação adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da interpretação do dispositivo específico do tratado internacional. Houve assim o chamado “diálogo de Cortes”, mas não propriamente o controle de convencionalidade.

Ao decidir, o STF, em postura até então pouco comum, levou em conta que:

[a] Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Parecer Consultivo OC 5-85, dado em resposta ao Governo da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou questão semelhante àquela que chegou ao STF. O Governo da Costa Rica desejava saber se haveria compatibilidade entre “o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter”, de um lado, e os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quando o STF, decidindo uma questão interna de compatibilidade entre um Decreto-lei de 1969 e a Constituição brasileira de 1988, traz para as razões de sua deliberação o que entendeu uma Corte internacional a respeito do mesmo tema, o que faz é promover um diálogo entre Cortes, no qual a ordem jurídica interna se abre à força persuasiva de decisões e pareceres produzidos por outras instâncias, seja em países estrangeiros, seja em Cortes internacionais.

No caso específico do diploma em jornalismo, o diálogo entre Cortes foi promovido não só quando o STF se referiu ao entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; ele também aconteceu por iniciativa do próprio colegiado regional, uma vez que, quando da emissão do seu parecer, valeu-se de entendimentos de outras Cortes.

Com efeito, no Parecer Consultivo OC 5-85, a princípio foi feita comparação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos com o artigo 10 da Convenção (Europeia) para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assim como com o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos, ambos de semelhante conteúdo. Na sequência, o colegiado trouxe ao debate a interpretação conferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao referido artigo 10, para depois concluir que:

[a] comparação feita entre o artigo 13 e as disposições relevantes da Convenção Europeia (artigo 10) e do Pacto (artigo 19) demonstra claramente que as garantias da liberdade de expressão incluídas na Convenção Americana foram elaboradas para serem as mais generosas e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação das ideias.

Mais adiante, foi feita referência a manifestação da Comissão Europeia de Direitos Humanos.

André de Carvalho Ramos (2022, p. 321) explica o diálogo das Cortes pela necessidade de harmonização entre o controle de convencionalidade exercido em âmbito interno – pelos juízes e tribunais nacionais ao aplicarem tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte –, e o controle de convencionalidade exercido pelas Cortes e comissões especialmente criadas para tanto, a cuja jurisdição o país se submete. Não é salutar que um mesmo instrumento jurídico – o tratado – conduza a deliberações conflitantes, o que, ao fim e ao cabo, pode resultar em condenação do país pelo colegiado internacional.

Segundo o autor, uma decisão judicial nacional que promove o diálogo das Cortes é caracterizada por quatro características: (01) menção à existência de dispositivos internacionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; (02) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e suas consequências; (03) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos; e (04) peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional (RAMOS, 2022, p. 322).

Flávia Piovesan (2018, p. 136), por sua vez, fala na existência de um “diálogo jurisdicional”, e para isso toma como base de análise o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Segundo ela, esse diálogo é promovido através de quatro vertentes: (01) diálogo com o sistema global, notadamente aquele estruturado em torno da Organização das Nações Unidas; (02) diálogo com sistemas regionais, em especial com o sistema europeu; (03) diálogo com os sistemas nacionais, isto é, entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade interno; e (04) diálogo com a sociedade civil, a fim de reforçar a legitimidade social do sistema.

Marcelo Neves (2014, p. 211) se vale do conceito de “transconstitucionalismo” para abordar o fenômeno do diálogo entre ordens jurídicas. Em suas palavras, as transformações por que passa a sociedade contemporânea fizeram com que o Estado deixasse de ser o local privilegiado de solução dos problemas constitucionais, entendidos estes como problemas concernentes aos direitos fundamentais ou humanos e à organização do poder; ocorre uma desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que assim se emancipam do Estado. Nesse novo cenário, as ordens jurídicas se entrelaçam na solução de problemas que lhes são concomitantes, buscando formas transversais de articulação para a solução, cada uma observando a outra a fim de compreender seus limites.

Percebe-se que a interação entre ordens jurídicas decorre da identidade existente entre questões relevantes em direitos humanos, tema desde sempre vocacionado ao universalismo, assim como das vinculações formais existentes entre sistemas, por exemplo a subscrição pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos e sua sujeição à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exigir harmonia entre o controle de convencionalidade interno e o controle de convencionalidade regional. Dito de outro modo, é possível identificar um diálogo entre Cortes que é movido, de um lado, pela força persuasiva das razões adotadas na deliberação, por instâncias diversas, sobre problemas comuns; e de outro, pela vinculação entre sistemas em que a desarmonia entre deliberações sobre um mesmo tema pode acarretar algum tipo de sanção.

No caso do diploma em jornalismo, à primeira vista, é possível dizer que houve um diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos movido pela força persuasiva das razões por esta adotadas no Parecer Consultivo OC 5-85. Todavia, quando se considera que o Brasil se sujeita à jurisdição da Corte regional, é possível identificar um diálogo do segundo tipo. De um modo ou de outro, o que se tem é a necessidade de progressiva compatibilização do entendimento do que sejam os direitos humanos em cada situação concreta, haja vista que, ao fim e ao cabo, todos se baseiam na dignidade da pessoa humana, valor inescapavelmente universal.

Antônio Moreira Maués (2013, p. 227-228), inclusive, relativiza a não aceitação do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do STF com base no fato de que, na prática, a Corte a compensa ao se valer da jurisprudência da Corte Interamericana para interpretar os dispositivos constitucionais, independentemente do estatuto supralegal dos dispositivos interpretados pela Corte regional. Dessa forma, uma vez que o Estado brasileiro subscreve um tratado internacional de direitos humanos, o STF passa a dispor de novos princípios e referenciais para definir o conteúdo das normas constitucionais existentes, o que resulta, ao final, na compatibilidade entre a Constituição aplicada e as obrigações internacionais assumidas, além da garantia de que o país não descumprirá seus compromissos junto à comunidade internacional.

7 Progressiva utilização pelo STF do controle de convencionalidade em suas decisões, assim como do diálogo das Cortes

Apesar da cláusula de abertura aos tratados internacionais de direitos humanos desde a edição da Constituição Federal em 1988, sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro por muito tempo se mostrou tímida. Essa ausência se fez notar não só mediante a não aplicação de dispositivos consagrados nesses diplomas, como também pela ausência de conhecimento e referências à jurisprudência construída em torno deles internacionalmente.

Marcelo Neves (2014, p. 198) reconhece que, na América Latina, há uma tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras; entretanto, historicamente, a referência a esses textos constituía mais uma “retórica” destinada à prova de erudição do que um fundamento imediato da deliberação tomada; inobstante isso, atualmente é possível observar uma tendência a fazer esse tipo de referência não só como parte do “*obiter dictum*”, mas também da “*ratio decidendi*”.

Perfilhando o mesmo entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 48-49) nota que, contrariamente ao esperado, a abertura da Constituição de 1988 aos tratados internacionais de direitos humanos não implicou “maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária”. Um movimento de abertura mais efetiva só teve início em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, a qual propiciou que o STF revisitasse sua jurisprudência e passasse a considerar os tratados internacionais de direitos humanos – no mínimo – instrumentos supralegais, viabilizando assim o controle de convencionalidade. Desde então, aumentou o número de ocasiões em que o STF passou a se basear em tratados para decidir, muito embora persistam algumas perplexidades do ponto de vista doutrinário.

Em estudo de 2014, Leonardo Cunha Silva e Nelson Camatta Moreira (2014, p. 56-57) constataram que a utilização dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF apresenta aumento discreto, porém contínuo, ao longo dos anos, preponderando a proteção dos direitos civis e políticos, especialmente o direito de liberdade de locomoção; o mesmo não acontece com os direitos sociais. Os mesmos estudiosos assinalam o papel que a advocacia e as promotorias têm a desempenhar nessa seara, levando ao conhecimento do Poder Judiciário as violações de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional.

Em estudo mais recente, datado de 2020, Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça (2020, p. 111) também analisaram o engajamento – sob o viés argumentativo – do STF com precedentes estrangeiros. Partiram de um quadro de referências que identifica quatro comportamentos possíveis: (01) um “comportamento de resistência”, em que o uso de precedentes estrangeiros é rejeitado; (02) um “comportamento de convergência”, em que há uma afirmação da identidade entre as decisões estrangeiras e as decisões internas; (03) um “comportamento de engajamento argumentativo”, em que há um compromisso de estabelecer diálogo com as decisões estrangeiras, enfrentando-as argumentativamente quando ocorrerem divergências; e (04) um “comportamento híbrido”, em que há uma alternância entre diferentes posturas, ora citando precedentes estrangeiros sem grande aprofundamento, ora enfrentando-os argumentativamente com profundidade. O STF apresentaria o quarto comportamento, dado que há uma quantidade significativa de votos que citam precedentes estrangeiros sem se aprofundar, ao mesmo tempo que há outras decisões, em número menor, que dialogam efetivamente com as Cortes internacionais.

Nesse sentido, os casos do diploma de jornalista e da prisão do depositário infiel são especialmente importantes. No primeiro, com forte repercussão na sociedade e na imprensa, desde a primeira instância até o julgamento pelo STF, a referência ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi feita de modo explícito, integrando efetivamente as razões do julgamento. No segundo, a vinculação ao Direito internacional se aprofundou.

Com efeito, o julgamento do STF foi precedido por amplo debate da comunidade jurídica e no interior da jurisprudência, o que propiciou a vários órgãos julgadores pronunciar-se sobre o tema tomando como fundamento a Convenção Americana de Direitos Humanos, prática, como dito, pouco comum na cultura jurídica nacional àquela altura. A Corte constitucional, por seu turno, não se limitou a integrar a jurisprudência internacional às suas próprias razões de decidir, como

fizera no caso dos jornalistas; valeu-se, isto sim, da própria norma contida em tratado como fundamento do seu julgamento, ao mesmo tempo afastando a legislação interna em sentido contrário e reconhecendo o caráter suprallegal do tratado.

Depois disso, vários passos foram dados pelo Judiciário brasileiro rumo a uma maior vinculação aos instrumentos internacionais e à jurisprudência a eles associada.

Em 2010, em típico juízo de convencionalidade, o STF afastou disposição contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, com base na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em 1991⁶. A legislação de 2006 vedava a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes envolvendo o tráfico de entorpecentes; já a Convenção caminhava no sentido da incidência da substituição para esses casos. O caráter suprallegal da Convenção foi o fundamento da decisão; caso prevalecesse o entendimento de que os tratados são equiparados à lei ordinária, haveria conflito de normas solucionável pelo critério temporal, segundo o qual prevaleceria a legislação proibitiva.

Nesse julgamento, diferentemente do caso do depositário infiel, a deliberação não se baseou exclusivamente na Convenção internacional; foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo em apreço, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal); entretanto, tanto como reforço argumentativo à conclusão pela inconstitucionalidade, quanto como reconhecimento da vinculação positiva ao dispositivo, foi trazido à tona o caráter suprallegal da Convenção. A ementa do acórdão consigna que a Convenção em comento é “[n]orma suprallegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

Em 2013, o STF, no curso de ação penal de sua competência originária⁷, reformulou entendimento que há tempos sustentava. A Corte considerava que não havia no Brasil um direito específico ao duplo grau de jurisdição, de modo que, quando alguém era processado e julgado pelo próprio Supremo, por exemplo, não tinha direito a recurso a outra Corte, já que o Supremo está no topo do Poder Judiciário brasileiro. Todavia, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagra o direito ao duplo grau, a Corte realizou interpretação da legislação nacional e do seu regimento interno de forma a garantir aos então acusados que recorressem de suas condenações, ainda que à mesma Corte.

No voto que desempatou o impasse que se formara no Plenário a respeito da questão, o Ministro Celso de Mello assinalou que a possibilidade de recurso ao próprio tribunal “buscaria permitir a concretização, no âmbito desta Corte, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos”. O artigo 8º da referida Convenção preconiza que toda pessoa

⁶ BRASIL. STF. HC 97.256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJ 16/12/2021.

⁷ BRASIL. STF. Informativos 719 e 720. AP 470/MG.

acusada de delito tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Outro ponto importante nesse percurso foi a corroboração, pelo STF, da assim chamada audiência de custódia, na qual o preso é prontamente levado à presença do magistrado responsável por seu caso. A princípio, o Supremo considerou que provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸ que previa essa audiência encontrava fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos⁹. Posteriormente, ao julgar a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, a Corte deferiu medida cautelar determinando ao Judiciário brasileiro a realização de audiências de custódia, baseando-se para tanto em tratados internacionais subscritos pelo país¹⁰.

O artigo 7º, item “5”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe que “[t]oda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. O provimento do Tribunal paulista, concretizando essa previsão, justificava a disposição em seu preâmbulo justamente na disposição da norma convencional.

Ao validar essa previsão, o STF, superando alegações de vícios constitucionais formais, abriu a ementa do acórdão registrando que a referida convenção, “[...] posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação’”. Reconheceu, então, a possibilidade do Poder Judiciário, com base nos efeitos imediatos das normas que versam sobre direitos fundamentais, de dar concretude a previsões contidas em instrumentos internacionais subscritos pelo país mediante sua regulamentação.

Essa linha de ação foi expandida pela própria Corte no pronunciamento subsequente que fez sobre o tema, quando em medida cautelar de enfrentamento da precária situação carcerária no país, determinou que:

[...] estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF MC 347/DF)

Percebe-se, portanto, uma evolução, desde um ponto em que instrumentos internacionais são apenas referidos, como um entre vários fundamentos de uma decisão, passando pela prevalência de um tratado sobre a legislação interna, em típico exemplo de controle de convencionalidade interno, até chegar ao ponto em que consequências práticas são extraídas de um tratado mediante ordem judicial, caso das audiências de custódia.

⁸ BRASIL. TJ/SP. Provimento Conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça.

⁹ BRASIL. STF. ADIn 5.240/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/08/2015, DJ 01/02/2016.

¹⁰ BRASIL. STF. ADPF MC 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJ 19/02/2016.

8 O caso italiano

A fim de melhor compreender a evolução pela qual o Direito nacional vem passando no que se refere à integração com sistemas externos de proteção dos direitos humanos, vale observar o caso da Itália, país que apresenta várias afinidades com o Brasil na área jurídica.

Luca Mezzetti (2013, p. 178), em estudo sobre o tema, estabelece a estrutura a partir da qual esse fenômeno ganha vida. Na Itália, há três níveis principais de proteção aos direitos fundamentais: (01) o Conselho da Europa, a Convenção Europeia pela Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH) e a Corte Europeia de Direitos Humanos, de 1950; (02) a União Europeia e a Corte de Justiça Europeia; e (03) a Constituição Italiana e a Corte Constitucional Italiana.

Apesar de não ter sido algo imediato, hoje se reconhece na Itália a aplicação automática das previsões da CEDH. A interpretação que se faz é a de que as disposições desse sistema de proteção dos direitos humanos integram implicitamente os princípios gerais de Direito a que se refere o artigo 2º da Constituição italiana (MEZZETTI, 2013, p. 178).

Basicamente, as normas da CEDH são consideradas como parâmetro interpretativo da legislação interna; havendo contraste entre esta e as normas convencionais, prevalecem as normas convencionais; o intérprete privilegiado da CEDH é a Corte Europeia de Direitos Humanos, portanto, a jurisprudência interna deve estar atenta não só à aplicação das disposições convencionais de conformidade com a CEDH, mas também com a aplicação destas de conformidade com a CEDH tal como interpretada pela Corte Europeia, a não ser por situações excepcionais envolvendo constitucionalidade. Entretanto, as normas da CEDH não se superpõem às normas da própria Constituição italiana, que prevalecem em caso de conflito (MEZZETTI, 2013, p. 185-186).

Percebe-se pelo exposto que a estrutura de integração entre a ordem jurídica italiana e o sistema regional de proteção dos direitos humanos se assemelha à estrutura consagrada atualmente, no Brasil, pelo STF: as normas convencionais são alçadas a um estatuto elevado, ao qual deve observância a legislação interna; todavia, não se superpõem à Constituição nacional, que prevalece em caso de conflito. Uma diferença notável é que na Itália o chamado diálogo das Cortes se tornou parte expressamente constitutiva da estrutura de integração, estando claro que a interpretação da corte regional para os dispositivos convencionais deve ser privilegiada; isso pressupõe uma cultura jurídica de conhecimento e referência à jurisprudência produzida nesse nível. No Brasil, não só inexistente uma estipulação expressa e reiterada do STF no sentido de que o controle de convencionalidade deve ter em mira a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como também inexistem as condições prévias a tanto, notadamente uma cultura jurídica habituada a conhecer e se referir a essa jurisprudência.

9 Conclusão

O estudo da evolução jurisprudencial brasileira na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, permite constatar que as dificuldades enfrentadas se

devem antes a resistências da cultura jurídica nacional do que à inexistência de instrumentos técnicos. Nota-se então que, à medida que o STF sinaliza à comunidade jurídica as possibilidades contidas nos instrumentos legislativos existentes, doutrina e jurisprudência como um todo avançam nesse sentido, vencendo as resistências anteriores.

A Constituição Federal de 1988 desde o princípio promoveu ampla abertura aos direitos humanos. A afirmação da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e a previsão de que os direitos ali positivados não excluem outros oriundos de fontes diferentes, por si sós, bastariam à abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Como na prática não bastaram, mostrou-se acertada a iniciativa do STF ao reconhecer – ao menos – o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, viabilizando desse modo o exercício do controle de convencionalidade por juízes e tribunais.

A supralegalidade garante a realização do controle de convencionalidade, tornando superadas as oscilações doutrinárias e jurisprudenciais em torno do caráter constitucional de todos os direitos humanos, sem distinção. Uma vez que esses tratados estão agora reconhecidamente acima da legislação infraconstitucional, não subsistem dificuldades técnicas relevantes no exercício de confrontação entre o Direito interno e o Direito internacional. Nem mesmo a incerteza quanto aos efeitos da declaração de inconvenção são capazes de deter o controle, dado que a expressão utilizada pelo STF – “efeitos paralisantes” – é suficiente para a solução dos casos concretos.

O controle de convencionalidade deve ser acompanhado necessariamente pelo diálogo entre as Cortes, sob pena do caráter universalista intrínseco dos direitos humanos restar prejudicado. O diálogo entre as Cortes é a abertura de juízes, tribunais e doutrina às interpretações que os diversos integrantes do sistema internacional de direitos humanos dão aos tratados e convenções, atividade na qual consubstanciam a variedade da experiência humana através do globo e propiciam um consenso mínimo sobre quais sejam os patamares indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana.

O diálogo entre as Cortes acontece não só quando os juízes e tribunais aplicam tratados internacionais de direitos humanos; ele também se faz sentir por sua força persuasiva quando do controle de constitucionalidade ou para a simples aplicação da legislação infraconstitucional. O caso do diploma em jornalismo é emblemático nesse sentido, na medida em que a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a um dispositivo convencional serviu como elemento decisivo à análise da constitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional pelo Judiciário brasileiro. Não houve controle de convencionalidade propriamente dito, entretanto o diálogo entre Cortes foi fundamental para a solução da questão.

Em verdade, a promoção do diálogo entre Cortes serve inclusive para superar, na prática, o não reconhecimento, no Brasil, da natureza constitucional da maior parte dos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque a Constituição Federal contém cláusulas de abertura, representadas, entre outros mecanismos, pelos princípios por ela consagrados, cujo conteúdo não é exaustivamente definido. No exercício de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como de aplicação desses princípios, o Poder Judiciário brasileiro tem a oportunidade de trazer para a experiência jurídica interna as

normas e precedentes firmados pelas Cortes internacionais a respeito do tema, de tal modo que o Estado brasileiro cumpre os compromissos assumidos na esfera internacional, ao mesmo tempo que a ordem jurídica interna se mantém atualizada quanto ao que há de mais atual e efetivo na proteção dos direitos humanos.

O progresso na abertura do Judiciário brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos é perceptível ao longo das últimas décadas. Parte-se do caso do diploma em jornalismo, em que a interpretação de uma Corte internacional é decisiva para a solução de um problema jurídico interno, ainda que não implique o exercício do controle de convencionalidade propriamente dito; avança-se para o caso do depositário infiel, em que o controle de convencionalidade é exercido, de modo que uma norma contida em tratado internacional de direitos humanos prevalece sobre legislações infraconstitucionais anteriores e posteriores; e por fim se chega ao caso das audiências de custódia, em que o STF extrai consequências práticas que afetam todo o Poder Judiciário brasileiro diretamente de um dispositivo convencional, sem a intermediação do Legislador interno.

Seguindo essa linha evolutiva, é possível esperar que a concomitante mudança na cultura jurídica nacional propicie o futuro reconhecimento do caráter constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, privilegiando assim o caráter universal e especial desses direitos, necessariamente infensos a modificações que os mitiguem. Essa uniformização apresentaria a consequência prática de facilitar a compreensão do fenômeno – e por consequência a utilização mais ampla – do controle de convencionalidade por juízes e tribunais, já que implicaria a superação das hesitações doutrinárias neste estudo comentadas, que decorrem principalmente do regime híbrido existente hoje – tratados internacionais de direitos humanos constitucionais, por um lado, e supralegais, por outro.

No entanto, a mudança da cultura jurídica nacional é um ponto incontornável para a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, seja qual for a abordagem que se faça do tema. A simples aplicação dos tratados internacionais subscritos pelo país, independentemente de existirem ou não incompatibilidades com as normas constitucionais e infraconstitucionais, depende de que os litigantes as conheçam para com base nelas demandar e defender os seus direitos, bem assim o Poder Judiciário, a fim de examinar os casos submetidos à sua apreciação e aplicar aquelas normas. Já a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos que conflitam com a ordem jurídica interna depende, além do conhecimento das normas internacionais conflitantes por parte dos litigantes e do Poder Judiciário, do conhecimento dos instrumentos de que dispõe o Direito brasileiro para solucionar essas situações. Nas duas hipóteses mencionadas, é preciso ainda que se conheça a jurisprudência formada pelas Cortes internacionais em torno dos dispositivos convencionais, a fim de evitar a adoção de posições conflitantes que terminem por colocar o Estado brasileiro na posição de descumpridor de suas obrigações perante a comunidade internacional. Uma vez conhecidas as normas e jurisprudência internacionais por litigantes e Poder Judiciário, também a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais naquilo que têm de principiológico, aberto e indeterminado poderão ser informadas por aquelas fontes, propiciando assim a máxima efetividade dos direitos humanos, inclusive aqueles positivados pela Constituição Federal.

Em todos esses casos, a mudança da cultura jurídica é o elemento indispensável à consecução do resultado almejado, capaz até de superar eventuais dificuldades técnicas, como a dupla natureza dos tratados de direitos humanos no Brasil consagrada pelo STF.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. STF. *ADIn 5.240/SP*, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/08/2015, DJ 01/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *ADIn MC 1.480/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STF. *ADPF MC 347/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJ 19/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *HC 97.256/RS*, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJ 16/12/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *Informativo 719*. AP 470/MG. Brasília, 9 a 13 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *Informativo 720*. AP 470/MG. Brasília, 16 a 20 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo720.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *RE 466.343/SP*, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STF. *RE 511.961/SP*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STJ. *REsp 1.640.084/SP*, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600321060&dt_publicacao=01/02/2017. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. TJ/SP. *Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. TRF3. AC 0025946-51.2001.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Manoel Álvares, j. 26/10/2005, DJU 30/11/2005. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CIDH. *Parecer Consultivo OC 5-85*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

GRAÇA, Felipe Meneses; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 18, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MEZZETTI, Luca. Direitos humanos na Itália, entre a Suprema Corte, a Corte Constitucional e as Cortes Supranacionais. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, 2013.

MOREIRA, Nelson Camatta; SILVA, Leonardo Cunha. Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 2, p. 29-58, jul./dez. 2014.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2022.

REZECK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RISTER, Carla Abrantkoski. A relação entre o ordenamento internacional e o ordenamento interno em matéria de direitos humanos. *Boletim dos Procuradores da República*, ano II, n. 16, ago. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. *Revista Populus*, Salvador, n. 5, dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional*: diálogos e fricções. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Beclaute Oliveira. Tratados de direitos humanos supraleais e constitucionais – uma abordagem analítico-normativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016.

TÁVORA, Fabiano. *Direito internacional público – Coleção diplomata*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Os avanços na busca da efetividade do processo e da eficiência da atuação judicial: a experiência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹

Advances in the search for the effectiveness of the process and the efficiency of judicial action: the experience of the Federal Regional Court of the 3rd Region

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Mestre e Doutora pela PUC/SP. Professora do Departamento e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Difusos e Coletivos (PUC/SP) e do Programa de Mestrado em Direito “Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos” (UNISAL/Lorena). Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade (PUC/COGEAE/SP) e do Centro de Estudos e Pesquisas Tecnológicas em Direito Mineralógico Ambiental (PUC/SP). Desembargadora Federal e Vice-Presidente do TRF 3ª Região (2020-2021).

Fabiano Lopes Carraro

Mestre em Direito Processual Civil pela USP. Juiz Federal Auxiliar da Vice-Presidência do TRF 3ª Região (2020-2021) e Titular da 7ª Vara do Juizado Especial Federal de São Paulo.

Louise Vilela Leite Filgueiras

Doutoranda e Mestre pela PUC/SP. Juíza Federal Auxiliar da Vice-Presidência do TRF-3ª Região (2020-2021) e Titular da 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

Fábio Akahoshi Collado

Mestrando em Inteligência Artificial Aplicada ao Direito na Unicamp, com foco em interpretabilidade de modelos de Inteligência Artificial. Diretor do Núcleo de Inovação e Inteligência Artificial (NIIA) e Gestor Técnico do Laboratório de Inteligência Artificial Aplicada (LIIA-3R) do TRF 3ª Região. Graduado em Engenharia de Automação e Controle (Unicamp) e em Direito (USP).

¹ Texto atualizado e extraído do artigo “A tecnologia da informação e da comunicação na atividade judicial e a gestão de crises em tempos de pandemia: a experiência do Tribunal Regional Federal da Terceira Região”, publicado originalmente em AVENI, Alessandro; SILVA, Gustavo Javier Castro; GONÇALVES, Jonas Rodrigo (Coords.). *Aspectos multidisciplinares que envolvem Direito, Gestão e Finanças acerca da Covid 19*. Brasília: Processus, 2020.

RESUMO:

O presente artigo trata de um dos maiores desafios do Poder Judiciário, qual seja dar resposta adequada à ampliação crescente do acesso à justiça, com garantia da duração razoável do processo. Para tanto, considerando que os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal vêm ganhando novos contornos, o estudo visa apresentar os avanços na busca da efetividade do processo e da eficiência da atuação judicial. Nesse desiderato, aborda a Reforma do Judiciário e a contribuição do Conselho Nacional de Justiça para a modernização do Judiciário. Na sequência, analisa a experiência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, observando que a Justiça Federal da 3ª Região foi pioneira no Brasil no que se refere à adoção e implantação de processos eletrônicos em larga escala. Nesse aspecto, para além da implantação do PJe, apresenta outras iniciativas precursoras como as relativas aos Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário, aos projetos SIGMA E SINARA, às sessões de julgamento virtuais e sustentações orais por videoconferência, à ferramenta para facilitação de recebimento de requisições de pequeno valor nos Juizados, à plataforma de conciliação para solução de casos relacionados à Covid-19, encerrando com a questão da construção de soluções inovadoras para tratar da judicialização de temas sensíveis durante a pandemia.

PALAVRAS-CHAVE:

Reforma do Judiciário. Acesso à Justiça. Duração razoável do processo. Efetividade. Eficiência. Processo Judicial Eletrônico. Inovação. Pandemia.

ABSTRACT:

This article deals with one of the greatest challenges of the Judiciary, which is to give an adequate response to the growing expansion of access to justice, with the guarantee of the reasonable duration of the process. To this end, considering that the principles of access to justice and due process of law have been gaining new contours, the study aims to present the advances in the search for the effectiveness of the process and the efficiency of judicial action. In this regard, addresses the Judicial Reform and the contribution of the National Council of Justice to the modernization of the judiciary. It then analyzes the experience of the Federal Regional Court of the 3rd Region, noting that the Federal Court of the 3rd Region was a pioneer in Brazil with regard to the adoption and implementation of electronic processes on a large scale. In this regard, in addition to the implementation of the PJe, it presents other precursor initiatives such as those related to the Innovation Laboratories of the Judiciary, the SIGMA and SINARA projects, virtual trial sessions and oral arguments by videoconference, the tool to facilitate the receipt of RPVs in the Courts, the conciliation platform for solving cases related to Covid-19, ending with the issue of building innovative solutions to deal with the judicialization of sensitive issues during the pandemic.

KEYWORDS:

Reform of the Judiciary. Access to Justice. Reasonable duration of the process. Effectiveness. Efficiency. Electronic Judicial Process. Innovation. Pandemic.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 As críticas ao Judiciário brasileiro que precederam a Reforma do Judiciário. 3 A Reforma do Judiciário pela EC 45/2004 e a contribuição do Conselho Nacional de Justiça na modernização do Poder Judiciário. 4 Justiça Eletrônica: breve histórico da implantação do PJe na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 3ª Região. 5 O PJe e a realidade dos processos criminais na 3ª Região. 6 A experiência pioneira dos Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário na 3ª Região. 7 Os projetos SIGMA e SINARA: a experiência inicial na Vice-Presidência e fases posteriores. 8 Sessões de julgamento virtuais e sustentações orais por videoconferência na 3ª Região. 9 Plataforma de conciliação para solucionar casos relacionados à Covid-19. 10 Juizados Especiais Federais e a ferramenta para facilitar recebimento de RPVs e precatórios. 11 Judicialização de temas sensíveis em meio à pandemia e a construção de soluções inovadoras. 12 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal vêm ganhando novos contornos ao serem conjugados com o princípio da efetividade do processo e, mais recentemente, com o princípio da eficiência, expressamente previsto na Constituição Federal, por força da EC 19/1998, e no atual Código de Processo Civil de 2015.

Enquanto a efetividade está intimamente relacionada à atividade executiva, é “a real concretização daquilo que se pretende (não se preocupando meramente com o fazer, mas com o realizar)”, a eficiência “está relacionada ao modo de fazer, como fazer, de modo correto e com o menor dispêndio possível”. Ela “guarda relação com a otimização da gestão técnica para o desenvolvimento do processo” (CASTRO, 2019).

Um dos maiores desafios do Poder Judiciário está em dar resposta adequada à ampliação crescente do acesso à justiça, com a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, reforçada pelo princípio da “duração razoável do processo”, introduzido pela Reforma do Judiciário (EC 45/2004), que assegura a todos “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII).

O princípio do *acesso à justiça* (CF, art. 5º, XXXV) ganha nova dimensão ao ser reconhecido como o *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*. O processo passa a ser analisado na perspectiva do *consumidor dos serviços jurisdicionais*, e ganham relevo os *efeitos concretos do processo na vida das pessoas* (CAPPELLETTI, 1994, p. 37). Seguindo essa diretriz, o movimento pelo acesso à justiça abre a vertente da *efetividade do processo* (MOREIRA, 1984, p. 27-42).

Referido princípio engloba um plexo de direitos fundamentais a serem assegurados no processo, de tal sorte que o princípio não é mais visto como mero acesso aos tribunais, mas, principalmente, como direito à prestação jurídica efetiva e adequada por meio de um processo cooperativo desenvolvido em contraditório (MARINONI, 2006, p. 217).

Não há mais que se falar em evolução da teoria processual sem que haja resultados para os litigantes. As modificações do Código de Processo Civil demonstram grande preocupação com o respeito à dignidade da prestação da justiça, com a flexibilização e desburocratização das regras processuais com vistas à mais adequada aplicação do direito material.

O processo é instrumento da jurisdição e a jurisdição é instrumento para a satisfação dos direitos. Logo, o processo é meio para a jurisdição, que, por sua vez, é meio para o fim da prestação da justiça. Não é razoável, sob o ponto de vista lógico nem sob o aspecto ético, que premissas científicas processuais desatualizadas impeçam o Poder Judiciário de tutelar os direitos com efetividade (LAMY, 2014, p. 301).

E não basta o direito ser apenas materialmente efetivo, sendo necessário ser temporalmente efetivo (tempestividade), ao estabelecer a EC 45/2004 a *razoável duração do processo*, princípio elevado à categoria de direito fundamental em sentido formal e material, de obrigatória observância pelo legislador infraconstitucional.

Por sua vez, a Reforma Administrativa realizada pela EC 19/1998, acrescentou a eficiência ao elenco de princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*) e ela figura expressamente no atual Código de Processo Civil entre os princípios a serem observados pelo juiz na aplicação do direito (art. 8º, *in fine*).

O princípio da eficiência aplicado ao processo integra-se e harmoniza-se com os demais princípios processuais. É um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal, ao possibilitar a otimização da gestão técnica do desenvolvimento do processo, garantindo, assim, a sua duração razoável e ensejando uma releitura do princípio da economia processual.

É o que se extrai da análise feita por Aldo Aranha de Castro (2019), baseada em considerações de renomados processualistas e administrativistas:

[...] em razão do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional hão de ser estruturados para que se construam regras adequadas à solução do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e ampla defesa. (CUNHA *apud* THEODORO JUNIOR, 2015, p. 93)

Somente com uma decisão justa e de qualidade, é que a eficiência terá alcançado sua plenitude (CASTRO, 2019).

É necessária a busca pela duração razoável, não apenas a “celeridade”; o processo deve durar o tempo suficiente para que o jurisdicionado obtenha um resultado satisfatório com a prestação jurisdicional, asseguradas todas as garantias fundamentais. É necessária a economia processual, mas “entre a rapidez da decisão e a qualidade da solução apresentada, o juiz deve primar pela segunda, de modo que nunca seja ela sacrificada em prol apenas da dinamicidade do processo.” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 93).

Enfim, “eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos” e, deste modo, “eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório.” (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 116-117).

2 As críticas ao Judiciário brasileiro que precederam a Reforma do Judiciário

A cientista política, professora e pesquisadora Maria Tereza Sadek, coordenadora da obra coletiva “Reforma do Judiciário” (SADEK, 2010), em artigo publicado em 2004 (SADEK, 2004), assim resumiu o Poder Judiciário no Brasil, pouco antes da Reforma feita pela EC 45/2004:

[...] O Judiciário brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, está na berlinda e não apresenta mais condições de impedir mudanças. Reformas virão e mudanças já estão em curso, algumas mais e outras menos visíveis, alterando a identidade e o perfil de uma instituição que sempre teve na tradição uma garantia segura contra as inovações.

No diagnóstico feito à época, a cientista política sustenta que o sistema judicial brasileiro acabava por estimular um paradoxo: “demandas de menos e demandas de mais”, referindo-se aos marginalizados dos serviços judiciais, que se utilizavam cada vez mais da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, “certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social”; e aos que “usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada”.

Apesar das críticas, a autora reconhece que todos os números referentes ao Judiciário são grandiosos. Pela evolução do número de processos entrados, constata que a demanda por uma solução judicial é extraordinária e crescente, existindo igualmente um volume apreciável de processos julgados, ainda que em magnitude relativamente menor.

3 A Reforma do Judiciário pela EC 45/2004 e a contribuição do Conselho Nacional de Justiça na modernização do Poder Judiciário

Em matéria publicada no início de 2009, intitulada “Inovar para julgar mais rápido” (SADEK, 2009), Maria Tereza Sadek, referindo-se à EC 45/2004, ressalta que essa importante Reforma do Judiciário e das demais instituições de Justiça “propiciou mudanças importantes e ensejou a utilização de instrumentos com capacidade de alterar o *status quo* na estrutura do Poder Judiciário, no tempo e na qualidade da prestação jurisdicional”.

Refere-se a autora ao instituto da súmula vinculante, ao sistema de repercussão geral, à Lei dos Recursos Repetitivos e ao critério de transcendência que “já provocaram alterações significativas no perfil das Cortes, no volume de processos e na qualidade das sentenças”. Acreditando no “potencial transformador” das inovações da EC 45/2004, ela vê o início de um processo de definição, com maior clareza, do perfil das Cortes superiores e que “levará à valorização das decisões de primeiro e segundo graus”. E arremata: “Mais importante: contribuirão para combater a morosidade e melhorar a imagem da Justiça”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela EC 45/2004, tem contribuído para a modernização do Judiciário brasileiro, ao valorizar o planejamento estratégico, definir e manter atualizados os macrodesafios do Judiciário.

Nesse âmbito, a Ministra Maria Cristina Peduzzi, então presidente da Comissão Permanente de Gestão Estratégica, Estatística e Orçamento do CNJ, ao apresentar a Resolução CNJ nº 198, de 01/07/2014, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, afirmou que:

O Planejamento estratégico, visto como um processo de definição de metas e escolha de programas de ação a serem promovidas para alcançá-las, é ferramenta indispensável à Administração e ao seu gerenciamento. Por seu intermédio, são definidos os objetivos organizacionais da Administração a longo prazo, o que possibilita o implemento do Princípio da Eficiência, positivado na Constituição da República e que ganha especial relevância no âmbito do Poder Judiciário. (CNJ, 2014)

Nesta oportunidade, foram apresentados os chamados macrodesafios do Poder Judiciário (2015-2020), figurando entre eles: promover a celeridade e produtividade na prestação jurisdicional; adotar soluções alternativas de conflito; gerir as demandas repetitivas e dos grandes litigantes; impulsionar as execuções fiscais, cíveis e trabalhistas; aprimorar a gestão da justiça criminal; e melhorar a infraestrutura e governança da Tecnologia da Informação e Comunicação, cujos novos termos foram indicados pela Resolução CNJ nº 325/2020, que estabeleceu os macrodesafios para o período de 2021-2026.

Em relação a este último macrodesafio ("melhoria da infraestrutura e governança de TIC") foi instituída a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) para o sexênio 2015-2020, pela Resolução CNJ nº 211, de 15/12/2015, atualmente revogada pela Resolução nº 370, de 28/01/2021, que instituiu a política para o sexênio 2021-2026.

O Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário objetiva diagnosticar a situação de toda a rede informatizada do Poder Judiciário e apresentar sugestões para a uniformização e padronização desse sistema.

Criado por meio da Portaria CNJ nº 222/2010 e reconstituído pela Portaria CNJ nº 47/2014, o comitê visa estabelecer diretrizes para segurança da informação, bem como ações de nivelamento de Tecnologia da Informação e Comunicação no que se refere à infraestrutura e à capacitação em disciplinas voltadas para melhoria da governança de TIC nos tribunais.

4 Justiça Eletrônica: breve histórico da implantação do PJe na Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 3ª Região

A Justiça Federal da 3ª Região foi pioneira no Brasil no que se refere à adoção e implantação de processos eletrônicos em larga escala. Isso ocorreu ainda nos idos de 2001/2002, quando da criação dos Juizados Especiais Federais (JEFs), cujas ações sempre foram processadas em ambiente eletrônico, por meio de sistema desenvolvido por servidores da própria Região (Sisjef) e que até hoje é utilizado no âmbito dos Juizados e também das Turmas Recursais.

O pioneirismo da 3ª Região relativamente à adoção de processos eletrônicos no microssistema dos JEFs não foi seguido, entretanto, por uma política institucional de substituição dos processos em meio físico por processos eletrônicos também no âmbito das Varas Federais. Nestas, somente nos últimos anos, teve início o processo de implementação de processos eletrônicos, após o estabelecimento pelo CNJ (Resolução CNJ nº 185, de 18/12/2013) e também pelo CJF (Resolução CJF nº 202, de 29/08/2012) do "Processo Judicial Eletrônico – PJe" como sistema eletrônico unificado, gratuito e de adoção obrigatória por todos os Tribunais do país.

No âmbito da 3ª Região, a adoção do PJe como sistema eletrônico de processamento de ações, em substituição ao meio físico, teve início na gestão do ex-Presidente Desembargador Federal Fábio Prieto (março/2014 a fevereiro/2016), com a edição da Resolução PRES nº 394, de 02/07/2014. Por meio desse ato normativo, foram criados os primeiros grupos internos de

trabalho para a efetiva implantação do PJe na Região, estabelecendo-se, ainda, um cronograma de iniciação do uso do novo sistema eletrônico em processos judiciais. Por meio da Resolução PRES nº 427, de 25/06/2015, estabeleceu-se a data de 21/08/2015 como marco inaugural de utilização do PJe na 3ª Região, liberando o uso desse sistema eletrônico para os jurisdicionados, de forma facultativa, apenas para novas ações de mandado de segurança na Subseção Judiciária de São Bernardo do Campo/SP.

O projeto de implantação e expansão do PJe por toda a Justiça Federal da 3ª Região teve seguimento na gestão da ex-Presidente Cecília Marcondes (março/2016 a fevereiro/2018). Em um cenário de severa restrição orçamentária, apostou-se na aceleração da implantação do PJe no primeiro e segundo graus da Justiça Federal como instrumento de redução de despesas de custeio (v.g. despesas com transporte ou armazenamento de autos; despesas com servidores mantidos em atividades exclusivamente burocráticas, como carga/descarga de processos, juntada de petições, etc.) e, ao mesmo tempo, de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, haja vista que a tecnologia do PJe conspira a favor da celeridade processual, reduzindo drasticamente o “tempo morto” do processo, ou seja, o período no qual o processo não está nem à disposição do juiz para decisão e tampouco com prazo aberto para as partes para eventual manifestação.

Na gestão da Desembargadora Federal Cecília Marcondes, então, foi editada a Resolução PRES nº 88, de 24/01/2017, por meio da qual foram consolidadas todas as normas relativas à utilização do PJe e, além disso, foi estabelecido cronograma de implantação do PJe em todas as Subseções Judiciárias dos Estados de São Paulo (44 Subseções) e Mato Grosso do Sul (7 Subseções) e de utilização obrigatória desse sistema eletrônico para todas as novas ações, excluídas apenas, à época, as ações criminais. Buscou-se, também, promover a digitalização e inserção de processos físicos no PJe, mediante a edição da Resolução PRES nº 142, de 20/07/2017, por meio da qual foram estabelecidos momentos processuais para que a parte promovesse a digitalização e inserção das peças processuais no PJe, prosseguindo-se a ação, a partir daí, por meio eletrônico.

O investimento na expansão e no uso obrigatório do PJe frutificou rapidamente: no início da gestão, no final de fevereiro de 2016, havia apenas 986 processos em curso pelo PJe, ao passo que, em 19 de dezembro de 2017, o número de ações em tramitação pelo PJe já atingia a expressiva marca de 200 mil feitos.

A política institucional de implantação do PJe não teve solução de continuidade na gestão da ex-Presidente Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (março/2018 a fevereiro/2020). Pelo contrário, investiu-se pesadamente na expansão do uso do processo eletrônico, o que se deu, em especial, pela adoção do PJe também para ações criminais, encerrando-se com êxito o ciclo de implantação do processo eletrônico para novas ações judiciais, qualquer que seja a classe. Com relação aos processos físicos ainda em curso, investiu-se, com a colaboração do CNJ, na digitalização deles (“Projeto TRF 100% PJE”, assentado nas Resoluções PRES nº 224, de 24/11/2018, e nº 235, de 28/11/2018). Os esforços na expansão do PJe foram coroados, em 18/07/2019, com o atingimento da marca histórica de um milhão de processos eletrônicos em curso por esse sistema.

É importante relembrar que os esforços de implantação e expansão do uso do PJe na 3ª Região foram feitos em simultaneidade com trabalhos hercúleos de melhoria do sistema, mediante correção de erros e desenvolvimento de funcionalidades. O PJe, nesse aspecto, possui vantagem competitiva quando em comparação com outros sistemas eletrônicos: está em utilização na maioria dos tribunais do país (TRF3, TRF1, TRF5, toda a Justiça do Trabalho, toda a Justiça Eleitoral, maioria dos Tribunais de Justiça dos Estados), que, atuando de forma cooperativa e colaborativa, trabalham harmonicamente para o aperfeiçoamento do sistema, cada qual se beneficiando das melhorias desenvolvidas por si e também pelos tribunais coligados.

No âmbito da 3ª Região, o Comitê Gestor Regional de Implantação do PJe (arts. 25 e 26 da Resolução PRES nº 88/2017, remodelada pela Resolução PRES nº 482/2021), presidido pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), atua com vistas a recepcionar as sugestões de melhorias trazidas por órgãos internos (Desembargadores, Juízes Federais e servidores) e externos (Ministério Público Federal, Defensoria Pública, Procuradorias Federais, OAB), sugerindo à Presidência, ainda, medidas para melhor uso e aperfeiçoamento do sistema eletrônico. Atua, ainda, em interlocução com comitês homólogos existentes no âmbito do CJF e do CNJ.

A tabela abaixo contém os dados estatísticos referentes à distribuição no PJe no período de 01/01/2015 a 30/04/2023 (feitos originários do PJe)²:

BASE		PJE								
		ANO								
		2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Conciliação				49	430	34	422	952	2.422	594
Jevas			2	11.471	26.644	26.347	24.645	58.921	75.085	54.974
Juizados								79.717	243.002	245.308
Turma Regional de Uniformização								2		
Turmas Recursais								2.466	15.407	11.352
Varas Federais		194	12.393	116.905	199.455	229.367	207.466	238.034	218.023	95.202
Tribunal		164	6.267	33.238	85.050	130.169	134.339	108.876	103.855	32.431
Total Geral		358	18.709	161.896	316.731	395.732	378.241	488.968	657.794	439.861

1º Grau (Varas Federais, Juizados Especiais, Turmas Recursais, TRU)	2.197.285
Tribunal	634.389
Total de Registros na 3ª Região	2.831.674

² Levantamentos realizados pelos servidores Kátia de Cássia Egídio, Diretora da Divisão de Estatística e Gerenciamento de Dados Estratégicos – DEGE; e David Panessa Baccelli, Assessor de Gestão dos Sistemas da Informação.

Nesta outra tabela consta o acervo da 3ª Região detalhado por órgão, com a informação do grau de virtualização (posição em 30/04/2023):

Acervo da 3ª Região

Posição em 30.04.2023

PAINEL BI:		Tram. Líquida	Sobrestados	Tram. Total	GRAU DE VIRTUALIZAÇÃO Proc. Ativos - Exclui Sobrestados
Tribunal		216.519	56.964	273.483	100%
SJSP	Varas Federais	721.540	1.518.732	2.240.272	98%
	Juizados	625.610	443.753	1.069.363	
	TR	60.742	111.582	172.324	100%
Total SJSP		1.407.892	2.074.067	3.481.959	
SJMS	Varas Federais	72.571	52.658	125.229	100%
	Juizados	43.981	14.460	58.441	
	TR	6.418	1.952	8.370	
Total SJMS		122.970	69.070	192.040	
Total da 3ª Região		1.747.381	2.200.101	3.947.482	99%

5 O PJe e a realidade dos processos criminais na 3ª Região

O processo judicial eletrônico tem significado, também na área criminal, maior celeridade na prestação jurisdicional e maior transparência dos dados contidos nos autos e dos atos processuais e jurisdicionais, pela facilitação de acesso que propicia, além de evidente economia de tempo, dinheiro e recursos humanos para todos os envolvidos.

O PJe foi implantado para os processos criminais como última etapa, em 27/02/2019, pela Resolução PRES nº 258/2019. A partir de então, os processos novos instauraram-se e passaram a correr por meio eletrônico.

O acervo físico não foi digitalizado de início. Essa tarefa ficaria a cargo das unidades jurisdicionais, se entendessem necessário, mas a digitalização de todo o acervo foi considerada contraproducente por muitas delas, em virtude do volume expressivo de documentos contidos em muitos dos autos já em tramitação, mas também pela necessidade de se conhecer a fundo e, assim, ajustar o sistema para as peculiaridades da área, antes de se partir para a digitalização de todos os processos que já tramitavam por meio físico.

Dessa forma, as Varas Criminais ficaram divididas entre acervo físico e eletrônico, entre os processos novos, que se iniciavam já de modo eletrônico, e acervo remanescente físico em tramitação.

Atento à problemática dos remanescentes físicos, o CNJ, no parágrafo 4º do artigo 6º da Resolução nº 314/2020, assinalou que “os tribunais poderão, mediante digitalização integral ou outro meio técnico disponível, virtualizar seus processos físicos, que então passarão a tramitar na forma eletrônica.”

A necessidade de digitalização dos feitos, portanto, foi reconhecida como prioridade durante as restrições da pandemia.

A virtualização tem sido um fator de celeridade e transparência do processo, pois facilita a sua verificação e propicia o trabalho remoto, que reduz custos e contribui para a qualidade de vida dos servidores e magistrados, advogados, membros do ministério público e defensorias, enfim, para todos os atores do processo, evitando perda de tempo, dinheiro e saúde física e emocional em deslocamentos vagarosos e inúteis, especialmente em grandes cidades.

Portanto, nesse contexto, muitas dificuldades têm sido superadas, e inúmeros questionamentos surgiram, mas a necessidade e a criatividade, unidas, criaram soluções, e certamente continuarão a criar e aprimorar os meios necessários para a continuidade, eficiência e celeridade da prestação jurisdicional.

6 A experiência pioneira dos Laboratórios de Inovação do Poder Judiciário na 3ª Região

O Laboratório de Inovação da Justiça Federal em São Paulo (iJuspLab), no Fórum Pedro Lessa, foi o primeiro laboratório do Poder Judiciário, instalado na gestão dos juízes federais Paulo César Neves Junior e Luciana Ortiz à frente da Diretoria do Foro da Seção Judiciária de São Paulo. A experiência pioneira e bem-sucedida inspirou a criação do Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (LIODS) do CNJ e do Laboratório de Inovação do TRF3 (iLabTRF3), inaugurado na gestão da ex-Presidente Therezinha Cazerta.

O iLabTRF3 é um espaço de participação democrática, no qual, por meio da metodologia *design thinking*, magistrados, servidores, operadores do Direito e usuários da Justiça Federal podem desenvolver e compartilhar experiências inovadoras, voltadas para a melhoria da gestão pública e para o aprimoramento dos serviços prestados à população.

É coordenado pela Assessoria de Desenvolvimento Integrado e Gestão Estratégica do Tribunal (ADEG), com o apoio do Grupo Inova TRF3. O espaço permite a reflexão, a interação, a cocriação, a empatia, a troca de conhecimento e a prototipagem, com a participação de todos os atores envolvidos com as políticas.

Na cerimônia de inauguração do iLabTRF3, Maria Tereza Uille, então Conselheira do CNJ, afirmou:

[...] Esse é um ambiente horizontal, um ambiente de diálogo, em que as pessoas se sentem livres para criar. E a criatividade é o sucesso da inovação. Nós temos muitos problemas, mas, quando nós nos reunimos, colocamos todos os problemas à mesa, chamamos os magistrados, os servidores e representantes de outros órgãos para dialogar, certamente a solução aparece. (TRF3, 2020)

Ela foi homenageada na ocasião pela condução elogiada dos estudos para a integração das Metas do Poder Judiciário aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis, disseminando a importância dos trabalhos realizados pelos Laboratórios de Inovação na busca de ideias, conceitos e planos para a melhoria dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

7 Os projetos SIGMA e SINARA: a experiência inicial na Vice-Presidência e fases posteriores

Com a expansão do PJe e a digitalização da grande maioria dos processos físicos, a estrutura de trabalho dentro das diversas unidades do TRF3 sofreu transformação: antigos paradigmas tornam-se ultrapassados e novas ferramentas de trabalho tornam-se possíveis.

Durante a pandemia de Covid-19, observou-se essa situação ainda com mais clareza, já que os processos físicos permaneceram parados enquanto os digitais seguiram seus trâmites normais.

Nesse contexto, objetivando a reestruturação da força de trabalho na Vice-Presidência, foi realizada a parceria com o Laboratório de Inteligência Artificial Aplicada da 3ª Região (LIAA-3R) para a realização do SIGMA, um Sistema Inteligente de Gestão de Modelos de Admissibilidade. Saliente-se que o LIAA-3R surgiu de uma parceria entre os laboratórios de inovação do TRF3 (iLabTRF3) e da SJSP (iJusLab) e é formado exclusivamente por servidores e magistrados voluntários que atuam sem prejuízo de suas funções; ou seja, o SIGMA não teve qualquer custo para o Tribunal.

O objetivo do SIGMA é fornecer um sistema inteligente para o cadastramento dos modelos e sua disponibilização durante a criação da minuta, em ordem ranqueada pelos algoritmos de inteligência artificial produzidos no Núcleo de Inovação e Inteligência Artificial (NIIA/AGES) e no laboratório. A organização desses milhares de modelos de maneira clara e objetiva reduz uma das etapas do procedimento de trabalho, colaborando com a celeridade e diminuição da possibilidade de decisões conflitantes. Embora o SIGMA possua outras funções – tais como níveis de acesso diferenciado por tipo de usuário, centralização das minutas, sistemas completos de busca e produção de relatório de produtividade –, por ser o sistema de ranqueamento inteligente o grande diferencial, é sobre este que será elaborado a seguir.

O SIGMA realiza o ranqueamento dos modelos a partir de informações extraídas do acórdão recorrido e das peças recursais. Modelos que possuem mais informações semelhantes às extraídas do processo cuja minuta está em produção aparecem primeiro. Essa comparação é realizada considerando as minutas que já foram produzidas no passado por toda a Vice-Presidência.

Nesse sentido, observa-se a importância da seleção das informações relevantes e do algoritmo de extração. O algoritmo de extração, também desenvolvido dentro do laboratório, chama-se SINARA e contou com a participação de diversos magistrados e servidores voluntários para preparar os dados, anotá-los e treinar a rede neural. Quanto melhor a precisão da SINARA na extração das informações relevantes, melhor o ranqueamento realizado pelo SIGMA.

A SINARA, por sua vez, é constituída de um reconhecedor de entidades (*Named Entity Recognition* - NER) e um extrator de relações entre essas entidades (*Relation Extraction* - RE). Ambos estão em constante evolução dentro do laboratório, sendo que diversas estratégias já foram implementadas e testadas, algumas mais precisas, outras mais rápidas. As principais informações extraídas de um texto jurídico pela SINARA, embora estejam sempre em expansão, são, por ora, os dispositivos normativos que, segundo a peça recursal, foram violados pelo acórdão, os demais dispositivos normativos mencionados, os precedentes, as súmulas, os temas repetitivos e de repercussão geral e o tipo de recurso.

Nesse ponto, a iniciativa conta com a facilidade de que diversas das tecnologias de inteligência artificial mais avançadas do mundo estão documentadas e em código aberto, publicadas em formato científico e disponíveis para qualquer aplicação que respeite as respectivas licenças. Saliente-se que nossos laboratórios possuem conhecimento e habilidade suficientes para a implementação dessas soluções às rotinas judiciais.

Atualmente, a SINARA utiliza um NER em *spaCy* e uma RE independente, não binária, assimétrica e sem sobreposição em CNN (*Convolutional Neural Network*). Porém, já foram testados NER por BIO e RE em BERT e estratégias conjuntas de RE/NER baseadas em *span* (ao invés de *tokens*). A preferência pelo sistema independente com *embeddings* descontextualizados decorreu unicamente por questões de velocidade e capacidade de processamento. Futuramente, novas arquiteturas e sistemas de treinamento semissupervisionados serão testados.

Importante consignar que, conquanto o objetivo do SIGMA não seja a prolação de decisões, mas apenas a organização interna da força de trabalho, todos os projetos do laboratório passam obrigatoriamente por uma comissão independente de validação ética e jurídica dos modelos. O objetivo é garantir que os algoritmos desenvolvidos pelo laboratório sejam legais, éticos e sólidos, seguindo, principalmente, mas não só, as "Orientações Éticas para uma IA de Confiança" estabelecidas pelo grupo independente de peritos da União Europeia.

Tanto o SIGMA quanto a SINARA foram inscritos no Projeto SINAPSES do CNJ, o qual visa ao desenvolvimento descentralizado de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Ambos possuem o código fonte disponibilizados para utilização por qualquer Tribunal inscrito no programa, favorecendo a cooperação institucional e colaborando com o objetivo dos nossos laboratórios de serem reconhecidos como centros de excelência. Ademais, privilegia-se a transparência na utilização de inteligência artificial na Justiça, um dos princípios basilares para uma inteligência artificial de confiança.

Por fim, embora o SIGMA tenha sido desenvolvido para utilização na Vice-Presidência, já foram realizadas as modificações para implementação em varas

e gabinetes. Atualmente, o SIGMA está disponível para utilização em todo o Tribunal.

8 Sessões de julgamento virtuais e sustentações orais por videoconferência na 3ª Região

A Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região editou a Orientação Core nº 2/2020 com objetivo de estabelecer instruções gerais para a realização de audiências virtuais no âmbito das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, durante a emergência em saúde pública decorrente do coronavírus (Covid-19).

Cabe ao magistrado, no momento processual adequado e quando julgar necessário, determinar a realização da audiência virtual. A intimação das partes é feita por intermédio de seus procuradores, mediante publicação na Imprensa Oficial. Já as entidades litigantes na Justiça Federal serão intimadas pelo Portal de Intimações. Nos processos em que as partes não estejam representadas por advogado, a intimação poderá ser feita por e-mail, telefone ou *WhatsApp*.

As partes devem informar ao juízo o *e-mail* e/ou número de telefone celular das testemunhas a serem ouvidas, de modo a possibilitar a intimação e o envio das instruções necessárias para o acesso à audiência. Após a respectiva intimação, a Secretaria da Vara ou do JEF envia o *link* de acesso à audiência ao endereço eletrônico dos participantes. No dia e horário agendados, o magistrado e o servidor acessam o *link* e o enviam às partes e seus respectivos procuradores. Posteriormente, o *link* da audiência é também enviado às testemunhas a serem ouvidas, observada a ordem estabelecida pela legislação processual.

A edição da Orientação Core nº 2/2020 leva em consideração as Resoluções nºs 313/2020 e 314/2020 do CNJ e as Portarias Conjuntas PRESI-CORE nºs 1/2020, 2/2020, 3/2020 e 5/2020 do TRF3.

A Resolução PRES nº 343/2020 instituiu, de forma provisória, a videoconferência nas sessões de julgamento do TRF3, das Turmas Recursais e da Turma Regional de Uniformização, para fins de sustentações orais, bem como nas audiências das Varas, Juizados e Centrais de Conciliação. Segundo a norma, a sessão realizada por videoconferência equivale à presencial para todos os efeitos legais.

Nas audiências e sessões de julgamento, são utilizadas ferramentas como a solução de videoconferência atualmente contratada no âmbito da 3ª Região; a *Cisco Webex Meetings* fornecida pelo CNJ; o *Microsoft Teams*; e outras, desde que previamente homologadas pela Secretaria de Tecnologia da Informação (SETI) do TRF3.

No momento da intimação das partes para as sessões de julgamento, as secretarias indicam se haverá sustentação oral e qual a ferramenta de videoconferência a ser utilizada.

O pedido de sustentação oral deve ser encaminhado pelo advogado/procurador até 48 horas antes do horário indicado para a realização da sessão. Deve ser enviado para o e-mail da secretaria, com as seguintes

informações: a data e o horário em que ocorrerá a sessão, o número do processo e o respectivo item de pauta. O advogado também deve indicar e-mail e número de telefone para possibilitar o contato para ingresso na sessão de julgamento.

Os processos com pedido de sustentação oral apresentados no período das 48 horas anteriores à sessão de julgamento podem ser adiados para a próxima sessão presencial ou eletrônica por videoconferência, a critério do presidente do órgão julgador.

O julgamento, no sistema de videoconferência, tem início quando se forma o quórum regimental exigido, bem como com a presença do Procurador Regional da República, quando necessária.

A Resolução também permite a realização de audiências de conciliação, instrução e/ou julgamento por videoconferência, nos termos das Portarias Conjuntas PRES/CORE nºs 1 e 2/2020.

9 Plataforma de conciliação para solucionar casos relacionados à Covid-19

O TRF3 criou uma Plataforma Interinstitucional de Conciliação para solucionar conflitos decorrentes da situação de emergência em saúde pública da Covid-19. A partir de uma demanda processual ou pré-processual, o Gabinete da Conciliação contatava os órgãos envolvidos para buscarem, em conjunto, uma resposta em até 48 horas, havendo, inclusive, a possibilidade da realização de audiências por videoconferência.

O objetivo foi uniformizar o atendimento das demandas relacionadas à pandemia, como a obtenção de medicamentos, materiais, equipamentos e leitos hospitalares; oferecer resposta célere ao jurisdicionado; e auxiliar os órgãos públicos no cumprimento das decisões judiciais, evitando, assim, excessiva judicialização dessas questões.

As unidades judiciárias federais que receberam processos relacionados à Covid-19 foram orientadas a, antes de proferirem qualquer decisão, encaminharem a questão pelo e-mail conciliacovid19@trf3.jus.br para o Gabinete da Conciliação, que a submetia imediatamente à plataforma, buscando a rápida solução consensual. Caso a questão não fosse resolvida em 48 horas, o juízo era comunicado para dar continuidade ao processo. As partes e advogados também podiam requerer que o processo fosse encaminhado à conciliação.

O trabalho realizado pelo Gabinete da Conciliação também alcançava quem ainda não tinha processo judicial. Qualquer pessoa com conflitos relacionados à Covid-19 podia encaminhar e-mail para conciliacovid19@trf3.jus.br, com assunto pré-processual, informações que identificavam o paciente e documentos pessoais anexados, entre eles a recusa do pedido pelo órgão ou empresa pública federal.

O desenvolvimento da plataforma contou com apoio da Presidência do TRF3 e da Corregedoria-Regional.

Tem-se como exemplo de solução eficiente e célere de demandas propiciada pela plataforma, entre tantos outros, o seguinte: no dia 27 de abril de 2020, o Gabinete da Conciliação recebeu da Defensoria Pública da União (DPU) reclamação pré-processual relativa à adequação da entrega de medicamentos pelas farmácias públicas durante a pandemia a fim de evitar aglomeração e trânsito desnecessário de pessoas.

Sob orientação do juiz federal Eurico Zecchin Maiolino, foi realizada, no dia 29 de abril de 2020, por videoconferência, audiência de conciliação com o Ministério Público Federal, o Estado e o Município de São Paulo.

Após as informações prestadas pelos órgãos no sentido de que há políticas públicas específicas quanto ao fornecimento de medicamentos sendo implementadas, a DPU encerrou a reclamação.

10 Juizados Especiais Federais e a ferramenta para facilitar recebimento de requisições de pequeno valor e precatórios

A Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Justiça Federal da 3ª Região disponibilizou uma nova ferramenta no Sistema de Peticionamento Eletrônico dos JEFs (*PEPWEB*) para facilitar o cadastro da conta destino de precatórios e de requisições de pequeno valor (RPVs) já expedidos e que estão à disposição das partes.

A ferramenta permitiu aos advogados informar o número das contas bancárias para receber valores depositados a título de requisitório, nas ações em tramitação nos JEFs da 3ª Região. A iniciativa levou em consideração, à época, as limitações ao atendimento presencial nas agências bancárias da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil em razão das medidas de enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19).

A medida atendia ao Comunicado Conjunto CORE/GACO. O interessado precisava informar os seguintes dados: número da requisição; número do processo; CPF/CNPJ do beneficiário; banco; agência; dígito verificador (DV) da agência; número da conta; dígito verificador (DV) da conta; o tipo da conta, se corrente ou poupança; e se é isento de imposto de renda.

A explicação sobre cadastro das contas para transferência dos valores de RPs e precatórios está disponível em tutorial com o passo a passo que os advogados devem seguir.

Para informar a conta de destino dos valores, o advogado deve acessar o Sistema de Peticionamento Eletrônicos dos JEFs (*PEPWEB*), no endereço www.jef.trf3.jus.br, clicar na opção Advogados, procuradores e peritos, e em seguida, em "peticionamento eletrônico". Após se logar, com a informação do CPF e da senha ou por certificado digital, basta selecionar a opção "cadastro de destino RPV/precatório".

Depois de realizar o cadastro da conta destino do precatório/RPV, não é necessário o envio de petição solicitando a transferência dos valores. Basta aguardar as providências por parte do JEF e das instituições bancárias (Banco do Brasil ou Caixa).

Os autores de ações propostas perante os JEFs, sem advogado, e que estejam com dificuldade de levantar os valores de RPVs ou precatórios depositados, também podem solicitar transferência das importâncias, desde que indiquem conta bancária de sua titularidade, através do serviço de atermiação online (SAO), também disponível na página dos JEFs na internet, na opção “parte sem advogado”.

11 Judicialização de temas sensíveis em meio à pandemia e a construção de soluções inovadoras

O advento da pandemia de Covid-19 teve aptidão para gerar um danoso efeito multiplicador de demandas judiciais em temas sensíveis, notadamente no que toca aos direitos à saúde e à assistência do Estado para a manutenção do mínimo existencial imprescindível para se conferir mínima concretude ao postulado da dignidade da pessoa humana.

No tocante à judicialização de temas sensíveis ligados à área da saúde, foi destacado (DOMINGUES *et al.*, 2020) que a pandemia potencializou as ações judiciais relativas, principalmente, à ocupação de leitos hospitalares, sobretudo em unidades de terapia intensiva; à adoção de tratamentos de duvidosa eficácia, porquanto desprovidos ainda de respaldo científico; e, finalmente, ao fornecimento de medicamentos cuja obtenção esteja em falta no mercado.

Na linha da cooperação com vistas ao fornecimento de subsídios aos órgãos julgadores para o enfrentamento de ações na área de saúde no período da pandemia, o Gabinete de Conciliação do TRF3 estruturou fluxo pré-processual específico para analisar a possibilidade de conciliação de demandas pertinentes à saúde ou a reflexos das medidas de combate à pandemia, em parceria com o TJ/SP, o MPF, o MP/SP, a DPU, a DPE, a AGU, a PGE e a PGM de São Paulo, além de Secretarias de Saúde.

Dessa forma, possibilitou-se aos juízes, ao receberem uma demanda, consultarem o Gabinete de Conciliação e Centrais de Conciliação da Justiça Federal (CECONs), os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do TJ/SP, os órgãos de saúde e os responsáveis pelo cumprimento de eventuais liminares, no intuito de se buscar, em até 48 horas, uma resposta sobre conciliação.

No que tange a ações relacionadas à assistência do Estado aos mais carentes, tiveram incremento as ações judiciais visando a concessão de benefício assistencial de um salário-mínimo aos idosos ou portadores de deficiência em comprovada situação de miserabilidade, na forma da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). No âmbito do TRF3, além disso, foi notável o crescente número de ações ajuizadas contra a União por conta do indeferimento do auxílio-emergencial previsto na Lei nº 13.982/2020, demandas essas que foram intentadas, no mais das vezes, pelo próprio pretendo beneficiário do auxílio, independentemente da contratação de advogados, por meio do Serviço de Atermiação Online (SAO), disponibilizado gratuitamente a todos os interessados por intermédio da página dos JEFs.

12 Considerações finais

O TRF3, graças a um exitoso projeto de virtualização de processos, por meio da implantação do PJe, viu-se em condições para prosseguir em sua missão institucional mesmo durante a pandemia, dando regular prosseguimento aos processos eletrônicos e aos físicos digitalizados e inseridos no meio eletrônico. Embora o TRF3 tenha sido pioneiro no uso de sistema de processos eletrônicos, demonstrou-se que somente em anos mais recentes deu-se o efetivo abandono do processo em meio físico, por meio de uma política institucional de expansão do PJe para todas as classes processuais, atingindo-se, ainda em 2019, a expressiva marca de mais de um milhão de processos eletrônicos em tramitação.

Para além do uso do processo eletrônico como instrumento adequado para o desempenho do serviço público judiciário em tempos de pandemia, destacam-se outras medidas adotadas. No âmbito do TRF3, para o enfrentamento da litigância na área da saúde, destaca-se a iniciativa de conciliação pré-processual construída pelo Gabinete de Conciliação do Tribunal; sob o aspecto dos direitos assistenciais, tem-se a possibilidade conferida aos mais carentes de, por meio de sistema automatizado (SAO), ajuizarem ações em meio eletrônico independentemente do auxílio de advogado, tendo sido inúmeras as ações intentadas com vistas à obtenção do auxílio emergencial criado pelo Governo Federal para assistir aos mais necessitados durante a pandemia.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro. La dimensione sociale: l'accesso allá giustizia. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 71 e ss.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come método di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 37, p. 233-245, 1982.

CASTRO, Aldo Aranha. Efetividade e eficiência: uma análise e compreensão contemporâneas desses princípios à luz do Código de Processo Civil de 2015. *Migalhas*, 07 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301717/efetividade-e-eficiencia-uma-analise-e-comprensao-contemporaneas-desses-principios-a-luz-do-codigo-de-processo-civil-de-2015>. Acesso em: 18 abr. 2020.

CNJ. Resolução institui estratégia judiciária até 2020. *Agência CNJ de Notícias*, 27 jun. 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/resolucao-institui-estrategia-judiciaria-ate-2020/>. Acesso em: 18 abr. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DOMINGUES, Paulo Sergio; BALBANI, Arthur; LUTAIF, Michel. A responsabilidade do Poder Judiciário ante a crise sanitária da Covid-19. *Conjur*, 9 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-pos-graduacao-responsabilidade-poder-judiciario-crise-covid-19>. Acesso em: 01 jun. 2020.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual. *Seqüência*, Florianópolis, n. 69, p. 301-326, dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/13.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do judiciário [online]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

SADEK, Maria Tereza. Inovar para julgar mais rápido. *Conjur*, 11 fev. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-fev-11/reforma-judiciario-propiciou-mudancas-acelerar-justica>. Acesso em: 01 jun. 2020.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, maio/ago. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005. Acesso em: 31 maio 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRF3. TRF3 inaugura laboratório de inovação. *Notícias*, 18 fev. 2020. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/noticias/Noticiar/ExibirNoticia/391975-trf3-inaugura-laboratorio-de-inovacao>. Acesso em: 31 maio 2020.

Qual República? O princípio republicano na Constituição Federal de 1988

Which Republic? The republican principle in the 1988 Federal Constitution

Daniel Chiaretti

Mestre e Doutorando em Filosofia pela USP.

RESUMO:

O objetivo deste artigo é analisar o princípio republicano a partir de uma perspectiva constitucional. Inicialmente, será feita uma reconstrução de algumas das principais características da tradição republicana. Em seguida, o princípio republicano será examinado a partir da dogmática e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao final, argumentar-se-á que o princípio republicano pode ter seu alcance ampliado a partir de uma interpretação mais popular e plebeína da tradição republicana.

PALAVRAS-CHAVE:

Republicanismo. Princípio republicano. Constitucionalismo. Constituição Federal.

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to examine the republican principle from a Constitutional perspective. Initially, a reconstruction of the main characteristics of the republican tradition will be made. Then, the republican principle will be analyzed from a theoretical point of view, as well as Supreme Court case law. As a conclusion, we will argue that the republican principle can have its reach broadened from a more popular and plebeian interpretation of the republican tradition.

KEYWORDS:

Republicanism. Republican principle. Constitutionalism. Constitution.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 A tradição republicana. 3 O princípio republicano. 4 O princípio republicano na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5 A ampliação do alcance do princípio republicano. Referências.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é a análise do princípio republicano a partir da Constituição Federal de 1988. Apesar deste princípio não ser uma novidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), sua utilização tem tido uma importância crescente em temas como o combate à corrupção e a privilégios. Além disso, o modo como o princípio tem sido utilizado revela uma clara incorporação de uma linguagem republicana pelo STF.

No entanto, a utilização do princípio pela jurisprudência tem sido desigual, expandindo-se principalmente para o campo punitivo e de combate a privilégios, mas sem o mesmo reflexo em outras áreas que seriam caras à tradição republicana. Para explorar essa limitação, investigar-se-á de forma crítica os antecedentes teóricos do princípio republicano incorporados pela jurisprudência e pela dogmática. Essa investigação levará em conta a tradição republicana, inclusive os recentes desenvolvimentos ocorridos neste campo a partir do chamado “retorno ao republicanismo”. Por fim, a partir desta reflexão em torno do republicanismo, será proposta uma aplicação do princípio republicano para além dos limites que vêm sendo desenhados pela jurisprudência do STF a partir de uma matriz mais popular e plebeína do republicanismo.

2 A tradição republicana

Antes da própria definição do princípio republicano é útil uma breve incursão pela tradição republicana, a qual fornece seus fundamentos teóricos e históricos. Aliás, é justamente o modo como a tradição republicana é articulada que permitirá modular o alcance do republicanismo como um princípio jurídico.

A reconstrução histórica do republicanismo não é uma tarefa simples, já que não é possível concebê-lo como um bloco coeso. Daí porque faz mais sentido pensar em matrizes do republicanismo, cada uma com características específicas¹. No entanto, isso não impede a identificação de um ideário comum que distingue o republicanismo das demais doutrinas políticas, desde que a análise das matrizes leve em consideração o fato que estes autores estavam dialogando com problemas de seu tempo, refletindo o contexto histórico, bem como retomando e incorporando temas já trabalhados no passado, o que permite uma certa coerência conceitual e linguística (BIGNOTTO, 2013-b, p. 11). Portanto, o ideário republicano é muito mais uma linguagem do que propriamente uma doutrina com características completamente definidas.

A República Romana é tida como uma das principais referências para a tradição republicana. É neste período, compreendido entre a expulsão de Tarquínio, o Soberbo (509 a.C.) e o início do Império (27 a.C.), que o regime de liberdade romano e suas diversas instituições, dentre as quais as leis, a cidadania militar, a participação popular na elaboração de leis e eleição de magistrados, os Tribunos da Plebe etc., tornaram-se referências centrais para o republicanismo (CARDOSO, 2013, p. 13-14). Dentro da matriz romana, Cícero (106-43 a.C.) é um autor que merece especial destaque. Em seus escritos, os quais datam de um momento histórico marcado por golpes que culminariam com o final da República

¹ Para uma apresentação das principais matrizes do republicanismo, cf. BIGNOTTO, 2013-b.

Romana, Cícero enfatizou diversos temas caros ao republicanismo, como a cidadania ativa e a virtude como instrumento para a proteção do bem comum, o governo misto² e a liberdade. É de se destacar também a influente aproximação que Cícero (2008, p. 19) fez, na obra *Da República*, entre *res publica* e *res populi*, afirmando que a República deve pertencer ao povo para fazer jus a essa denominação. Ou seja, não há *res publica* com instituições voltadas à satisfação de interesses privados ao invés do bem comum. Isso leva o autor também a destacar a importância de uma cidadania ativa marcada pela virtude, com proeminência da justiça, para a proteção desse bem comum (CÍCERO, 2017; CARDOSO, 2013, p. 57). Ademais, Cícero também adere ao elogio do governo misto, enfatizando sua maior eficiência contra a inevitável corrupção, tema que será posteriormente retomado por outros autores, em especial Maquiavel (CÍCERO, 2008, p. 32).

Este período permitiu a conceituação da *libertas* como liberdade sob a lei, o que se tornou um modelo para a tradição republicana, em especial a partir do humanismo cívico, cujos autores procuraram retomar a liberdade supostamente perdida pelos romanos com o fim da República (ARAÚJO, 2019, p. 253-258). Esta concepção republicana de liberdade está intimamente ligada a outras do ideário, como o governo misto, o império da lei, a cidadania ativa e a virtude cívica. Como explica Cícero Romão Araújo (2019, p. 403):

É notável que os romanos tivessem chamado de *libertas* o arcabouço constitucional da cidade. No sentido literal, *libertas* é a palavra latina para “liberdade”, um conceito abstrato que, então como hoje, pode abarcar variados sentidos. No entanto, identificada com a própria vida institucional, a liberdade deixa o campo da elaboração normativa abstrata para tornar-se uma condição social e política concreta.

Apesar do peso da matriz romana, a qual forneceu as bases para a tradição republicana, a matriz italiana tem especial importância por ter recuperado, a partir do trabalho dos humanistas da Renascença do séc. XV, os valores clássicos e ter sido a fonte dos movimentos políticos republicanos da Inglaterra, Estados Unidos, Países Baixos e França, além de objeto dos estudos dos teóricos anglo-saxões que retomaram a tradição no século XX (VIROLI, 1999, p. 3).

Não é possível a reconstrução detalhada do humanismo cívico italiano³, mas dentro desta limitação, algumas das contribuições essenciais dessa matriz para a tradição republicana merecem destaque. Dentro da recuperação historiográfica do tema, a expressão “humanismo cívico” é utilizada para descrever a fusão de duas tradições do pensamento de Florença. De um lado, a de pensadores humanistas⁴

² O elogio ao governo misto já era feito por historiadores e filósofos gregos, como Aristóteles, e por outros pensadores romanos, como Políbio. De acordo com esse modelo, a tipologia tradicional de regimes políticos conforme o número de governantes (monarquia, aristocracia e democracia) leva a falhas específicas. Assim, os autores que defendem o governo misto apontavam para a conveniência da fusão de características de cada uma dessas formas simples. O tema será posteriormente retomado na modernidade por autores contrários (como Thomas Hobbes) e favoráveis (como Maquiavel) ao governo misto.

³ Sobre esse tema: BIGNOTTO, 2021; ADVERSE, 2013.

⁴ Como explica Alberto Ribeiro G. de Barros (2015-b, p. 59), o uso da palavra humanista antecede o termo humanismo. Segundo o autor, “[h]umanista designava, no século XV, o letrado, o gramático, o retórico, enfim o estudioso das letras antigas e das disciplinas com elas relacionadas: a poética, a história, a filosofia moral, que formavam a categoria dos *studia humanitatis*. A palavra humanista designava em geral aquele que ensinava as *humanae litterae*, que concorriam com o sistema medieval

que promoveram a redescoberta e valorização dos textos clássicos da Antiguidade, vistos como uma fonte de inspiração para a renovação da cultura e, de outro, a tradição guelfa de resistência ao domínio imperial, trazendo assim um ideal republicano de defesa da liberdade.

Neste contexto, autores como Coluccio Salutati e Leonardo Bruni incorporaram elementos de autores latinos ao pensamento cristão então hegemônico, trazendo assim argumentos importantes em favor da *vita activa*, conferindo-lhe uma significação ética que rompia com o agostinianismo político. Surgem no período temas característicos do republicanismo, como o elogio da liberdade e da *vita civile*, a condenação da tirania, o estímulo à leitura dos autores clássicos, a vinculação entre retórica e ação política e a associação entre a liberdade e o exercício da cidadania, enfatizando os laços dos homens à *polis* (BIGNOTTO, 1991, p. 21; BIGNOTTO, 2021; ADVERSE, 2013).

Como bem sintetiza Alberto R. G. Barros (2015-a, p. 80) sobre este período:

A república não era vista apenas como o lugar de proteção e de satisfação das necessidades materiais, mas também onde os cidadãos partilhavam de leis, costumes, magistraturas, cerimônias religiosas e públicas, experimentando relações de amizade e de solidariedade.

Na matriz italiana é importante destacar ainda a figura de Nicolau Maquiavel, cujos textos exerceram enorme influência na tradição republicana. Em que pese sua obra se desenvolva no contexto do humanismo cívico, ela apresenta notáveis inovações. Apesar das dificuldades em sintetizar o pensamento republicano do pensador florentino, pode-se dizer que o autor ressaltou a ligação entre o conceito de liberdade e o de boas instituições, as quais seriam essenciais para dar uma solução institucional aos inevitáveis conflitos existentes no interior da República (VIROLI, 1999, p. 128; BIGNOTTO, 1991, p. 82-90; ADVERSE, 2013, p. 100). Ao contrário dos autores anteriores, para Maquiavel (2007, p. 21-23), estes conflitos, consistentes no embate entre os grandes e o povo em uma contraposição de desejos de dominar e não ser dominado, não eram vistos como, necessariamente, um problema, mas sim como uma fonte possível para a produção das melhores leis⁵.

Em Maquiavel também é possível identificar uma associação entre a liberdade política e a cidadania. Seguindo a tradição do humanismo cívico, o autor enfatizou a importância da *vita activa* e a ação política dos cidadãos na cidade. No entanto, o autor reinterpreta a tradição de uma forma radical, "abandonando uma certa posição aristocrática, comum a muitos de seus predecessores, para defender o que poderíamos anacronicamente chamar de republicanismo popular" (BIGNOTTO, 2003, p. 42).

Outro ponto que merece destaque no republicanismo maquiaveliano é o tema da desigualdade. Ao discutir a forma política adequada para cada matéria, ou seja, para cada corpo político, Maquiavel (2010, p. 65-66) associa a igualdade à

do *trivium* – gramática, retórica e dialética – até substituí-lo. O estudo dessas disciplinas gerou uma preocupação ética que ia de encontro ao ideal ciceroniano da *humanitas*, isto é, o cultivo moral e intelectual do ser humano e a sua formação. Por amor à língua de Cícero, os humanistas repeliram a escolástica, principalmente em razão do uso de um latim bárbaro. A atividade intelectual típica dos humanistas era voltada para a literatura, a poesia e a oratória da Antiguidade".

⁵ Todavia, Maquiavel admite que os conflitos podem também levar à desintegração do corpo político, tal qual ocorreu em Roma em razão dos enfrentamentos entre nobreza e plebe por conta da lei agrária, tema explorado no Livro I.37 dos *Discorsi*. (MAQUIAVEL, 2007, p. 21-23)

República e a desigualdade aos principados. Esta ênfase na desigualdade é importante na medida em que, segundo Maquiavel (2007, p. 71), sua introdução no corpo político leva à corrupção, aqui compreendida em um sentido mais amplo que aquele da contemporaneidade, reduzido muitas vezes a uma apropriação de rendas públicas. A desigualdade neste contexto possui uma face política e se apresenta quando os cidadãos perdem a proteção da lei contra os detentores do poder. Quando isso acontece, a lei é substituída por vínculos pessoais de servidão, os quais, uma vez instalados no corpo político, são de difícil reversão (PANCERA, 2010, p. 92-93).

O tema da desigualdade é igualmente importante para a matriz francesa. Autores importantes como Montesquieu e Rousseau também faziam uma defesa de características importantes da tradição republicana, como a ênfase do interesse público como mais relevante que os desejos privados, a relação entre um governo republicano e a administração que leve em conta a coisa pública e a identificação da República com um regime das leis (BIGNOTTO, 2013-a, p. 175-230). No entanto, Rousseau (1978, p. 66) faz também uma defesa enfática da igualdade, a qual deve ser concebida não apenas do ponto de vista formal, mas também material, eis que diferenças expressivas de riqueza possuem implicações políticas relevantes. Segundo o autor, em um cenário de desigualdade material, os cidadãos podem se encontrar em uma situação de desnível político, corrompendo o próprio ideal de igualdade republicana⁶.

Ainda que outras matrizes tenham contribuído para o republicanismo⁷, as matrizes aqui apresentadas são suficientes para o desenvolvimento do tema deste texto. Mas é importante destacar aqui que, apesar do prestígio do republicanismo nos períodos históricos descritos, por uma série de razões, em um curto espaço de tempo, o republicanismo sofre uma derrocada enquanto o utilitarismo clássico do século XVIII ganha um espaço notável e, como ele, o liberalismo (SKINNER, 1998, p. 96).

A recuperação do republicanismo na contemporaneidade ocorre, inicialmente, a partir dos trabalhos de historiadores das ideias políticas⁸. A partir destes trabalhos, alguns autores, em especial Philip Pettit (1997, 2012, 2014)⁹, passam a articular o republicanismo como uma alternativa ao liberalismo. De modo geral, esses autores afirmam que o republicanismo possibilita a recuperação de temas negligenciados pelo liberalismo, como civismo, a busca do bem comum, um senso de responsabilidade coletiva, a primazia do interesse público, os deveres da cidadania (BARROS, 2015-a, p. 94-95), além de compartilharem uma concepção de liberdade, fundada na ideia de não dominação em oposição à liberdade como não interferência típica dos liberais¹⁰.

⁶ Segundo o autor, “quanto à igualdade, não se deve entender por essa palavra que sejam absolutamente os mesmos os graus de poder e de riqueza, mas, quanto ao poder, que esteja distanciado de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude do posto e das leis e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja suficientemente opulento para poder comprar um outro e não haja nenhum tão pobre que se veja constrangido a vender-se [...]”. ROUSSEAU, 1978, p. 66 (L. II.11).

⁷ Merece destaque especial a matriz inglesa que, de acordo com J.G.A. Pocock (1975), influenciou os revolucionários norte-americanos. Para uma crítica dessa posição, cf. BARROS (2015-b).

⁸ Algumas obras importantes para a compreensão desta retomada: BARON, 1993; POCKOCK, 1975; FINK, 2011; SKINNER, 2010; ROBBINS, 2004; GARIN, 1993.

⁹ Em que pese o trabalho mais influente de Pettit seja a obra *Republicanism*, de 1997, como introdução ao pensamento do autor a obra *Just Freedom*, de 2014, é mais indicada. Além de trazer um texto mais simples, reflete a posição mais atualizada do republicanismo de Pettit. Para uma apresentação das principais ideias de Pettit, cf.: PETTIT, 1997; PETTIT, 2012; PETTIT, 2014; CHIARETTI, 2017.

¹⁰ Para uma análise dessas diferentes concepções de liberdade, cf.: BARROS, 2020.

3 O princípio republicano

A apresentação do princípio republicano para fins deste artigo levará em conta principalmente o modo como a dogmática tem desenvolvido o tema no Brasil, o que tem ocorrido de forma dialógica com a jurisprudência do STF. Será seguida, ainda, a proposta de Daniel Sarmiento (2018, p. 300-301) sobre a classificação deste princípio como norma constitucional. Afirma o autor que o princípio republicano desempenha simultaneamente o papel de norma de organização, norma definidora de direitos e norma programática.

Em geral, os autores que abordam o princípio republicano admitem sua centralidade e fundamentalidade. Geraldo Ataliba (2001, p. 32), em trecho carregado de retórica, apresenta o tema nos seguintes termos, muito ilustrativos dessa posição:

Como princípio fundamental e básico, informador de todo nosso sistema jurídico, a ideia de *república* domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos e recônditos meandros.

Tal é a sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. *A fortiori*, todas as leis devem ter sua exegese conformadora às suas exigências, inclusive as leis constitucionais, a começar pelo próprio Texto Magno.

Mas este tipo de abordagem não é suficiente por ser excessivamente vaga. Uma definição mais precisa do princípio republicano demanda a identificação dos fundamentos deste princípio, passo que exigirá não apenas uma análise do texto constitucional, mas ainda um diálogo com a própria história do republicanismo. Em seguida, a partir destes fundamentos, pode-se chegar a uma identificação mais precisa dos componentes do princípio republicano. Em síntese, para fins desse artigo, será feita uma investigação de cunho dogmático, a partir do próprio pensamento jurídico, para a identificação de uma concepção dos componentes do princípio republicano. Isso permite, ainda, compreender o que a dogmática tem em mente quando recorre à ideia de República.

Do ponto de vista da fundamentação do princípio, é comum a associação deste com a própria forma republicana. Regime republicano, nesta chave, é aquele que se opõe à monarquia. A forma republicana, adotada no Brasil a partir da Constituição de 1891, está prevista no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Nesta abordagem formalista, a República é compreendida como uma decisão política fundamental, que não estaria associada nem ao ideal republicano da coisa pública, nem às eleições periódicas e livres, atributos da democracia¹¹. Nesta abordagem, República é simplesmente a forma na qual o chefe do Estado não tem natureza dinástica (SILVA, 2021, p. 84-85).

¹¹ Todavia, o STF já invocou o princípio republicano como fundamento à vedação de mais de uma reeleição para a chefia do executivo, proibindo a existência do chamado “prefeito itinerante”. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o princípio republicano impede a perpetuação de uma pessoa no poder (STF, RE 637.485, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 01/08/2012, DJ 21/05/2013).

Todavia, a posição topográfica da escolha constitucional da forma republicana é utilizada como um argumento para ampliar o alcance do sentido da República¹². Ricardo Lewandowski (2005, p. 189), sobre este ponto, afirma o seguinte:

A se levar em conta a importância da topologia para a hermenêutica constitucional, não há como deixar de reconhecer que, quando se adotou a forma republicana de governo, na verdade se estava definindo um dos princípios estruturantes de nossa Lei Maior. Com efeito, o princípio republicano, ao lado dos princípios federativo e democrático, configura, no dizer da doutrina, o “núcleo essencial da Constituição”, visto que lhe garante uma determinada identidade e estrutura.

Geraldo Ataliba (2001, p. 14), em raciocínio semelhante, afirma que a “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”, afirmando ainda que são características da República a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade. Há, assim, não só uma aproximação entre a República e a democracia, como também a incorporação do ideário republicano de cuidado com a coisa pública.

Ricardo Lewandowski (2005, p. 193-194), após traçar um histórico da República a partir de autores como Cícero, Maquiavel, Rousseau, Kant e os federalistas, segue na esteira de Geraldo Ataliba e aponta como características essenciais da República a eletividade, a temporariedade e a responsabilidade dos governantes, destacando, a partir da obra de Dalmo de Abreu Dallari, que a monarquia possui características diametralmente opostas: vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade. Assim, a abordagem não possui um cunho meramente formal.

Deixando de lado algumas tensões conceituais entre República e democracia que surgem dessa abordagem¹³, é interessante explorar dois sentidos possíveis de República apresentados por Renato Janine Ribeiro (2001, p. 24-33). O primeiro sentido, mais formal, é aquele já referido: República é o regime contraposto à monarquia. De fato, historicamente, há uma contraposição entre a monarquia e a República inclusive nos moldes conceituais já apresentados. Contudo, certos fatos históricos diluem essa oposição considerando um sentido menos formalista de República a partir da tradição republicana explorada na seção anterior.

Na Inglaterra, por exemplo, desde a Magna Carta de 1215, houve a mitigação do poder real em detrimento do Parlamento, situação que se consolidará de forma progressiva na história inglesa até a consolidação de uma monarquia constitucional, modelo que se propagou por outros países. Nesta situação, há um monarca que segue sendo uma figura com destaque no Estado. Mas também há uma Câmara de representantes eleitos, um Judiciário independente e, em certos casos, um Poder Executivo dominado pelo partido vencedor.

¹² Neste sentido, além de Ricardo Lewandowski, pode-se citar: ATALIBA, 2001, p. 37; PILATTI, 2003 p. 17; CARRAZZA, 2022. Alguns autores fazem essa associação entre República e forma republicana, contrapondo-a à monarquia, mas admitem que o republicanismo vai além disso. Neste sentido: SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 216.

¹³ Uma abordagem didática do tema é encontrada em: RIBEIRO, 2017, p. 34-47.

Também na história brasileira pode-se elaborar sobre essa contraposição entre a República e a monarquia. Heloisa Starling e Christian Lynch (2009, p. 225-245), por exemplo, apontam que, no decorrer no século XIX, desenvolve-se uma concepção de republicanismo que seria compatível com a monarquia constitucional, de modo que a forma republicana não seria a única chave para a consolidação de um sistema voltado para o bem comum. Ou seja, não há necessariamente uma associação entre republicanismo e a forma republicana, entendida esta como aquela forma de governo em que o chefe do Estado, que pode ser uma pessoa ou um colegiado, é eleito, de forma direta ou indireta, pelo povo (MATTEUCCI, 1994, p. 1107-1109). Isso exige um aprofundamento da investigação para além da forma, ainda que não seja o caso de se ignorar, especialmente no Brasil, a importância da forma republicana como substituição da monarquia¹⁴.

Pode-se pensar, então, em uma segunda concepção de República, mais ligada à tradição republicana, fundada na ideia de que o bem público se sobrepõe ao privado, ou seja, um regime ligado à defesa do bem comum. Estes são conceitos imprecisos, mas não se pode negar que o vocabulário político dá conta de identificar um regime que zela por este bem comum, o qual é, inclusive, coletivamente definido. Neste sentido, ainda que o Brasil possua um regime republicano formal desde 1889, dificilmente é possível sustentar que se trata de uma República plena. Como afirma Renato Janine Ribeiro (2001, p. 13):

No Brasil, onde desde de 1889 o regime se chama república, só houve eleições minimamente decentes para a presidência em 1945, 1955 e 1960 – e eleições livres de 1989 para cá, mas ainda com certa manipulação dos meios de comunicação. De nossos cento e poucos anos nominalmente republicanos, quantos corresponderam a um regime com as liberdades públicas asseguradas?

Assim, se é possível pensar em um regime monárquico que se ocupa do bem comum e em um regime republicano que faz justamente o oposto, rompe-se a necessária dicotomia entre a forma republicana e a forma monárquica para identificar o republicanismo. E, além disso, esta concepção parece responder melhor aos antecedentes históricos apresentados anteriormente, já que os autores destacados se ocuparam principalmente em temas relativos ao bem comum, civismo, cidadania e liberdade política. Diante disso, parece mais adequada a definição de República oferecida por Cícero Romão Araújo (2013, p. XI):

Assim, entende-se a república não como um objeto empírico perfeitamente decantado, mas como um conjunto de práticas no qual seres humanos investidos de um determinado papel, o de “cidadãos”, orientam suas ações para promover certos valores comunitários, entre os quais a igualdade, o império da lei e a própria participação política.

¹⁴ Newton Bignotto (2020, p. 57) traz uma reflexão importante sobre o contexto da defesa da forma republicana contra a monarquia: “No Brasil, na segunda metade do século XIX, não havia consenso sobre o sentido da ideia de República, e menos ainda sobre a de democracia. Mas havia o desejo de derrubar um regime baseado no catolicismo, no ecletismo, na escravidão e no privilégio de poucos. Isso parecia unir muitos atores que compareciam na cena pública. Olhando para o programa da Igreja Positivista brasileira, desenvolvido pelo filósofo Teixeira Mendes, temos uma visão dos pontos fortes da luta contra a monarquia. Em primeiro lugar estava o desejo explícito de fazer do Brasil uma República; em segundo a afirmação da necessidade de separar a Igreja do Estado instituindo, entre outras coisas, o casamento civil. Por fim, os positivistas viam como tarefa primordial a libertação dos escravos. Agnosticismo, anticlericalismo, cientificismo, temas tradicionais de pensadores republicanos mundo afora, ganharam terreno no Brasil, ancorados na doutrina positivista herdada de Auguste Comte”.

Dessa maneira, a forma republicana adotada pela Constituição pode ser entendida de forma mais rica do que uma mera contraposição à forma monárquica. Além do aspecto formal de repúdio à uma forma dinástica no topo do governo, a Constituição acolheu diversos elementos que consagram o ideário republicano. Neste sentido, Daniel Sarmiento (2018, p. 296) afirma o seguinte:

[...] o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); a legitimidade de todo cidadão para propor ação popular visando à tutela da res publica (art. 5º, LXXIII); os princípios da moralidade, publicidade e impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*); as exigências constitucionais de concurso público e licitação (art. 37, II e XXI), dentre tantos outros. A “forma republicana” foi arrolada no elenco dos princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, “a”), cuja inobservância pelos Estados enseja a intervenção federal¹⁵.

Assim, chega-se a um sentido de República que não só acolhe aquele corolário clássico da tradição republicana, envolvendo civismo, dedicação à coisa pública e respeito à lei, mas também elementos que foram sendo incorporados ao pensamento político posteriormente, como governo representativo, democracia, igualdade e reconhecimento de direitos fundamentais. Trata-se de uma concepção substancial de República¹⁶.

Neste sentido, o princípio republicano pode ser extraído justamente deste conjunto de valores substantivos, os quais não se limitam à forma republicana. Daniel Sarmiento (2018) indica que o princípio republicano incide com especial ênfase em temas como mandatos políticos, responsabilidade de autoridades e governantes, separação entre o público e o privado e a participação do cidadão na gestão da “coisa pública”. O autor enfatiza ainda, junto a Aline Osório (SARMENTO; OSÓRIO, 2014, p. 4), a associação do princípio republicano e o combate ao patrimonialismo, o qual deve ser encarado como um dos inimigos da República na medida em que permite a cooptação do Estado para a satisfação de interesses privados (RIBEIRO, 2001, p. 38-39).

Sarmiento (2018, p. 300-301) argumenta, ainda, que o princípio republicano possui um papel central na ordem jurídica brasileira, projetando-se sobre relações sociais mesmo sem mediação legislativa. Reitera que, apesar da importância da forma, a República é também uma fonte de direitos e deveres para os cidadãos e autoridades. Ademais, tem uma dimensão aspiracional, constituindo assim um ideal regulador do que deve ser perseguido pelo Estado. Daí porque, como já mencionado, o princípio republicano desempenha simultaneamente os papéis atribuídos às normas classificadas como de organização, definidoras de direitos e programáticas.

Ricardo Lewandowski (2005, p. 197-199), por sua vez, afirma que o princípio republicano, como uma viga mestre do sentimento constitucional, refere-se à eleição dos representantes do povo para mandatos renováveis periodicamente, igualdade de acesso dos cidadãos aos cargos públicos, progressiva superação das

¹⁵ Sarmiento (2018, p. 296), no entanto, no mesmo parágrafo, usa como argumento a opção plebiscitária pela República e não pela monarquia, mostrando novamente o destaque dado ao argumento da forma.

¹⁶ Esta distinção foi feita a partir da análise de Christian Lynch (2012, p. 296-298) do republicanismo no pensamento de Joaquim Nabuco. Apesar do autor ter deixado claro que esses são sentidos de República manejados especificamente por Nabuco, trata-se de uma sistematização que encontra eco na tradição republicana de forma mais ampla e, consequentemente, pode ser extrapolada para além da proposta do artigo de Lynch.

causas da pobreza e da marginalização, supressão de privilégios e regramentos para os servidores públicos, mecanismos e instituições para o controle da moralidade da administração pública.

Luís Roberto Barroso (2014, loc. 10025-10035) também identifica o princípio republicano entre aqueles princípios fundamentais que expressam as decisões políticas mais importantes no Estado. Segundo o autor, a partir da jurisprudência do STF, seria possível extrair como corolário do princípio republicano a responsabilidade política, penal e administrativa dos governantes, bem como nele fundamentar as restrições de hipóteses de tratamento especial a agentes públicos.

Essa densificação do princípio republicano, a partir do conceito amplo de coisa pública, permite identificar de forma clara o grande inimigo da República: a corrupção. Como afirmam Heloisa Sterling Murgel e Lilia Moritz Schwarcz (2015, p. 503-504):

República não é apenas um regime determinado de governo; ela remete à significação de “coisa pública”. O que pertence ao povo, o que se refere ao domínio público, o que é de interesse comum e se opõe ao mundo dos assuntos privados. Sua principal virtude é a afirmação do valor da liberdade política, da igualdade dos cidadãos e do direito deles de participar da vida pública. Seu grande inimigo é a corrupção.

Contudo, a corrupção deve ser pensada a partir da chave republicana. Na contemporaneidade em geral, e no Brasil de forma mais específica, a corrupção é comumente associada ao desvio de recursos públicos. De fato, trata-se de um problema muito sério, especialmente em um país com escassez de recursos públicos e abundância de problemas sociais como o Brasil. A grande crítica que pode ser formulada a esta concepção de corrupção a partir do republicanismo funda-se, justamente, na recusa à redução do termo ao desvio de recursos públicos.

Em primeiro lugar, porque a corrupção tem um sentido mais complexo e rico que uma ofensa jurídica com uma implicação econômica, envolvendo também questões de moralidade pública¹⁷. Mesmo dentro de um paradigma mais tradicional, se considerada uma concepção institucional que ignore aspectos de corrupção não institucional ou de pessoas em seus papéis não institucionais¹⁸, a ênfase apenas na subtração econômica impede a identificação de todas as formas de atos de corrupção. Seria o caso, por exemplo, de um juiz que, ao violar a imparcialidade, corrompe uma virtude típica de seu papel institucional (MILLER, 2018).

Em segundo lugar, porque a perda desse sentido mais rico de corrupção afasta-se de um modelo que enfatiza o bem comum em prol de outro orientado por relações privadas e de mercado. A mera substituição das relações públicas entre os cidadãos por relações privadas já representa, sob a ótica republicana, um

¹⁷ Como lembra Janine Ribeiro (2001, p. 51), a corrupção “perturba o elo social básico que é a confiança no outro”. E prossegue o autor, afirmando que “[a] corrupção é a destruição da *res publica*, do espírito público que deve estar presente num Estado democrático. Ela privatiza sorrateiramente o que é de todos. [...] Em regimes autoritários, a corrupção pode ser regra, melhor dizendo: mal se distingue do andamento normal das coisas. O rei ou o ditador que vê no tesouro público a continuação de seu patrimônio pessoal é como se generalizasse a corrupção, como se a tornasse, em vez de exceção, regra. Para falar em corrupção, é preciso ter a perspectiva de um regime em que o público e o privado estejam separados. Este regime não é o despotismo, a tirania, a ditadura. É a república”. (RIBEIRO, 2017, p. 120)

¹⁸ Instituições aqui está sendo usado em sentido amplo, não restrito a ocupantes de cargo público. Um empresário faz parte de uma instituição empresa e os cidadãos possuem um papel institucional no Estado.

risco para a liberdade política que pode ser associado à corrupção (POCOCK, 1975, p. 93). Ainda que aqui seja necessário cuidado terminológico quanto aos sentidos do termo corrupção, é certo que o modelo liberal associa-se com outras concepções liberais, como a liberdade negativa e seu caráter não social, a baixa exigência de participação política e uma concepção de cidadania como mera titularidade de direitos (POCOCK, 2014, p. 67-85; PIETRZYK-REEVES, 2006, p. 373). Isso gera um empobrecimento muito expressivo da ação política, que se reduz a interações instrumentais. Desse modo, dentro da tradição republicana, a corrupção deve ter um sentido mais abrangente, o que permite assim discutir temas como elegibilidade, obrigações de autoridades públicas, regras para financiamento de campanhas eleitorais, separação entre público e privado, entre outros temas, inclusive a desigualdade, dentro da chave conceitual da corrupção.

De tal modo, podem ser acentuados dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, apesar de muitos autores afirmarem a identificação entre a República e a forma republicana adotada pela Constituição de 1988, na verdade, estão fundamentando a concepção de República na ideia de um regime ocupado com a coisa pública, o bem comum, não estando restrito à forma de governo adotada pelo modelo constitucional. Traduzindo em termos legais, o princípio republicano não é extraído apenas do artigo 1º da CF, o qual, na linha do argumento de Virgílio Afonso da Silva (2021), refere-se basicamente à forma republicana, mas de diversos outros dispositivos esparsos.

Em segundo lugar, há uma tônica importante no combate à corrupção e ao patrimonialismo. Trata-se de uma característica do princípio republicano que encontra eco na tradição republicana, a qual historicamente ocupa-se da questão da corrupção. Todavia, nem sempre esse combate tem ocorrido em sintonia com a tradição republicana, justamente por uma recusa em se adotar uma concepção mais ampla de corrupção.

4 O princípio republicano na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Estabelecidas as premissas teóricas a partir de uma análise doutrinária do tema, é possível verificar como o STF tem se utilizado do princípio republicano. Como já referido, a construção dogmática do princípio republicano tem sido feita de forma dialógica com a jurisprudência do STF. Desta maneira, qualquer tentativa tanto de tornar o princípio mais preciso, quanto de abordá-lo criticamente, passa necessariamente por essa análise da jurisprudência.

Um primeiro caso que merece atenção envolve o alcance do foro por prerrogativa de função. A partir do princípio republicano, o STF tem limitado esta prerrogativa de agentes públicos sob o argumento principal de que, em uma República, privilégios e discriminações devem ser restringidas ao máximo, prestigiando-se sempre o equilíbrio entre os cidadãos. Foi o caso da decisão que determinou o fim do foro por função a partir do momento em que o agente deixa de exercer o cargo que lhe garantia essa prerrogativa¹⁹.

¹⁹ STF, ADI 2797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

O princípio republicano também foi articulado no estabelecimento da tese segundo a qual:

[...] é vedado às unidades federativas instituírem normas que condicionem a instauração de ação penal contra governador, por crime comum, à prévia autorização da casa legislativa, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça dispor, fundamentadamente, sobre a aplicação de medidas cautelares penais, inclusive afastamento do cargo.

O princípio republicano, neste contexto, veda a existência de normas que impeçam a responsabilização de agentes políticos, os quais devem se submeter às mesmas leis dos demais cidadãos²⁰. Este argumento foi utilizado inclusive em decisão sobre a investigação do próprio Presidente da República. Como argumentou o Ministro Luís Roberto Barroso:

A ninguém deve ser indiferente o ônus pessoal e político de uma autoridade pública, notadamente o Presidente da República, figurar como investigado em procedimento dessa natureza. Mas este é o preço imposto pelo princípio republicano, um dos fundamentos da Constituição brasileira, ao estabelecer a igualdade de todos perante a lei e exigir transparência na atuação dos agentes públicos. Por essa razão, há de prevalecer o legítimo interesse social de se apurarem, observado o devido processo legal, fatos que podem se revestir de caráter criminoso²¹.

Outro aspecto do republicanismo utilizado pelo STF como componente do princípio republicano foi a separação entre a coisa pública e a coisa privada, elemento que indica a inconstitucionalidade de normas que instituem pensões vitalícias para cônjuges de agentes públicos. Caso contrário, haveria violação da impessoalidade e da igualdade perante a lei que são características fundamentais de um regime republicano²².

Mas talvez o julgamento que manejou mais aspectos substantivos do princípio republicano tenha sido a ADI 4.650²³, na qual o STF proibiu o financiamento empresarial de campanhas políticas. Isto porque, mais uma vez de acordo com Daniel Sarmento (2018, p. 311-312; SARMENTO; OSÓRIO, 2014), estas práticas criavam um desnível econômico na esfera eleitoral, o que tinha evidentes implicações políticas. Ademais, isso criava relações promíscuas e de favorecimento entre agentes públicos e empresas, fato que trouxe danos expressivos para a prática democrática brasileira. Portanto, o STF encampou aqui elementos mais substantivos do princípio republicano, em especial a intuição já presente em Maquiavel e Rousseau de que a desigualdade econômica deve ser combatida em razão das assimetrias políticas que podem ser geradas, o que tem potencial para criar uma situação de dominação de uns cidadãos sobre os demais.

²⁰ Neste sentido, *v.g.*, STF, ADI 1008/PI, Relator p/ o acórdão Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 19/10/1995, DJ 17/11/1995.

²¹ STF, Pet 7123/DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, j. 12/09/2017, DJ 14/09/2017.

²² Neste sentido, *v.g.*, STF, ADPF 889/AM, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 10/11/2022, DJe 10/01/2023; STF, ADPF 1039/PA, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 27/03/2023, DJe 20/04/2023; STF, ADPF 783/ES, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 06/03/2023, DJe 05/05/2023.

²³ STF, ADI 4650/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17/09/2015, DJ 24/02/2016.

Outros exemplos poderiam ser colhidos da jurisprudência do STF, mas estes são suficientes para indicar a tônica que tem sido dada ao princípio republicano pela Corte. De modo geral, o princípio tem sido articulado no combate aos privilégios, na vedação de restrições que impeçam a punição de agentes públicos e, em alguma medida, no aprimoramento de mecanismos institucionais com o objetivo último de zelar pela igualdade dos cidadãos.

5 A ampliação do alcance do princípio republicano

Nesta última seção, serão explorados alguns limites e possibilidades desta concepção de princípio republicano. A partir dos tópicos anteriores infere-se que há, no Brasil, uma concepção razoavelmente consolidada de princípio republicano. Com Daniel Sarmento (2018, p. 302-315), é possível sistematizar a aplicação do princípio nos seguintes campos: i) temporariedade dos mandatos políticos²⁴; ii) responsabilidade dos agentes políticos por seus atos; iii) igualdade republicana; iv) não sujeição dos cidadãos ao despotismo; v) separação entre o público e o privado; vi) participação política do cidadão.

Daniel Sarmento (2018, p. 315), a partir destes componentes do princípio republicano, expõe um grupo de críticas relevantes. A primeira consiste no que chama de republicanismo seletivo, o qual é “duro e rigoroso na crítica e no combate aos desvios éticos dos adversários políticos. Mas é manso e complacente quando se depara com práticas similares envolvendo pessoas próximas ou do mesmo campo ideológico”. A segunda crítica envolve o republicanismo dos heróis mascarados, o qual permite que agentes públicos, especialmente juízes e membros do Ministério Público, lancem mão de expedientes voluntaristas e arbitrários em uma suposta luta contra a corrupção, o que reduz os cidadãos a meros expectadores deste processo. Por fim, Sarmento (2018, p. 315-318) critica o jacobinismo republicano, segundo o qual é legítimo sacrificar direitos fundamentais para a defesa de certos valores republicanos.

Estas são críticas muito relevantes e revelam caminhos mais promissores ao princípio republicano. Todavia, o recurso à própria história do republicanismo permite a extração de consequências ainda mais radicais do princípio republicano, ampliando o alcance de componentes importantes.

Uma análise tanto dos trabalhos dogmáticos quanto da jurisprudência do STF não permite identificar, de forma clara, qual republicanismo serve de fundamento para o princípio republicano. E aqui não se trata de investigar o que o constituinte tinha em mente, mas sim o modo como, coletivamente, o princípio republicano tem sido articulado na teoria e na prática²⁵. É comum, tanto nos trabalhos dogmáticos quanto na jurisprudência, a referência a uma série de autores da tradição republicana, inclusive alguns nomes contemporâneos. Todavia, há uma tendência em tratá-los como um bloco monolítico, ignorando algumas diferenças expressivas entre autores e matrizes distintas, as quais, se corretamente articuladas, trariam consequências muito distintas.

²⁴ Vide nota 11 supra.

²⁵ Essa abordagem seria ainda mais produtiva a partir de uma análise histórica que indicasse os modos como a tradição republicana foi recepcionada no Brasil, algo que não está no escopo deste trabalho.

Neste contexto, com o objetivo de densificar o referencial histórico para enriquecer as concepções de republicanismo e princípio republicano, pode-se identificar ao menos duas formas de se abordar a tradição republicana. Em uma primeira chave teórica estão autores filiados a uma abordagem elitista do republicanismo, cujo foco está no regime misto, ou seja, na dispersão do poder por diversos órgãos que, na tradição republicana, tendem a se relacionar com o povo ou com as elites. O principal modelo seria Veneza, cuja estabilidade e harmonia era mantida graças a um intrincado sistema de governo concentrado nas elites, com uma interdição de acesso a direitos políticos ao povo²⁶.

Dentro deste modelo elitista, o povo não está necessariamente interditado de acessar as instâncias de poder. Todavia, os arranjos institucionais tendem a mitigar sua influência. Na tradição republicana, talvez o autor que melhor represente esta posição seja Francesco Guicciardini, contemporâneo e amigo de Maquiavel, cujo republicanismo evitava o que considerava excessos populistas maquiavelianos. Sua proposta para Florença era um governo restrito, inspirado em Veneza, com um papel mais acentuado das elites na direção do corpo político (MCCORMICK, 2011, p. 7).

Na contemporaneidade, Philip Pettit pode ser associado a um modelo que também limita a participação popular na coisa pública. O autor, de fato, defende um modelo que chama de democracia contestatória como necessário para a garantia da liberdade como não dominação dos cidadãos. Este modelo de democracia gira em torno da contestabilidade e não do consenso. Para Pettit (1997, p. 183-185), as decisões governamentais são consideradas não arbitrárias na medida em que decorram de um arranjo institucional que permita aos cidadãos permanentemente contestar essas decisões e forçar os órgãos decisórios a levar em consideração os interesses dos indivíduos afetados. Ou seja, ainda que se reconheça a importância de normas sociais e da virtude cívica, a presença de certas instituições que reconheçam direitos de, por exemplo, participação no debate ou acesso a canais de contestação, têm uma importância fundamental (HAMEL, 2017, p. 494).

Todavia, como argumenta Camila Vergara (2020, p. 94-101), a proposta de Pettit também está mais próxima a uma tradição elitista do republicanismo. Isto porque, apesar da democracia contestatória criar canais importantes para o combate à dominação para além das eleições diretas e periódicas, há a predominância de instituições independentes, como agências reguladoras ou, no caso brasileiro, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Isso, segundo Vergara, impede que o povo tenha uma influência mais direta na direção do corpo político, aproximando Pettit de autores mais elitistas da tradição republicana, como Cícero, Harrington e Montesquieu.

Há, contudo, uma tradição mais ligada à Maquiavel que, admitindo que os conflitos são importantes para o corpo político e, se devidamente canalizados, são positivos para a manutenção da liberdade, sugere instituições republicanas que deem maior papel de destaque ao povo. Esta abordagem plebeísta²⁷ passa não só por um exercício democrático mais amplo e qualificado, mas também por uma

²⁶ Sobre a influência do mito de Veneza no Brasil, cf. MELLO, 2002, p. 156-162.

²⁷ Segundo Cícero Romão Araújo (2000, p. 5-30), o plebeísmo consiste em um ideal de extensão da cidadania. Isto porque o ideal da cidadania não necessariamente é amplo. Há, ainda, uma relação entre o plebeísmo e o próprio ideal democrático, o qual aspira, justamente, a integração política mais ampla possível.

maior participação popular naquelas agências voltadas ao exercício da contestação (MCCORMICK, 2011; VERGARA, 2020). Aqui, abre-se espaço ainda para uma maior participação cívica.

Muitas das interpretações do princípio republicano estão mais inclinadas a um republicanismo elitista, no qual certas instituições vão zelar pelos cidadãos, ainda que sem uma participação mais efetiva e direta destes. No próprio STF, há pesquisas que indicam que as audiências públicas e a atuação dos *amici curiae* possuem uma influência muito limitada nas decisões dos Ministros (GODOY, 2015, p. 137; FERREIRA; BRANCO, 2017, p. 169), o que, de certa maneira, contraria o espírito republicano de matriz mais popular. Há, ainda, uma baixa participação popular direta em instituições com papel contestatório, como o Poder Judiciário e o Ministério Público, sendo possível assegurar que a afirmação do princípio republicano neste campo exige não apenas transparência e combate a privilégios, mas também um incremento da participação popular e da criação de canais para expressão de civismo²⁸.

Em síntese, o republicanismo, como qualquer grande tradição política, não possui um sentido unívoco. Há certos traços comuns entre suas diversas matrizes, mas há também divergências importantes. Uma delas, que permite a distinção de um republicanismo elitista e um popular, abre a possibilidade de novas interpretações do princípio republicano, incorporando de forma mais robusta a participação cívica do povo na coisa pública.

Esse estudo da história do pensamento político deve abordar o passado a fim de possibilitar a retomada de certas ideias importantes para o debate contemporâneo, e não apenas do ponto de vista de um antiquário (SKINNER, 1998, p. 118-119). É possível, neste sentido, estabelecer uma relação entre historiadores das ideias políticas e teóricos normativos, de modo que os primeiros se informem sobre certos problemas contemporâneos análogos àqueles do passado, enquanto a teoria política aproxima-se da vida política, tornando-se mais eficiente e rica na medida em que toma consciência de seu próprio passado (SILVA, 2008, p. 156-157).

Ou seja, como já mencionado, o que está em discussão não é propriamente identificar o sentido de República para o Constituinte, mas sim dialogar com a tradição republicana para enriquecer a própria concepção de República, constantemente em ressignificação. E o recurso a um republicanismo mais popular se mostra uma alternativa fecunda, já que o componente democrático da Constituição é muito mais acentuado que aquele mais elitista. Isso pode ser inferido, por exemplo, a partir da consagração do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e de outros dispositivos esparsos que garantem o viés democrático do sistema político.

E, como bem alerta John P. McCormick (2011, p. 141) em uma afirmação que pode ser estendida para além de filósofos, sempre que o aspecto republicano é enfatizado em detrimento do democrático, deve-se ficar atento:

²⁸ Neste aspecto há uma vantagem expressiva da Defensoria Pública, a qual conta com ouvidores externos, em muitos casos eleitos pela própria sociedade civil, que podem, ao menos em tese, influenciar os rumos institucionais. Isso está relacionado, do ponto de vista republicano, com o próprio ideal de participação cívica.

Os democratas devem preocupar-se quando os filósofos empregam a linguagem do “republicanismo”. Quando os filósofos defendem princípios supostamente objetivos, como o bem comum, o Estado de direito, a despolitização - ou seja, padrões normativos que, segundo eles, farão com que a democracia funcione de forma mais justa - os democratas devem ficar muito preocupados. A história ensina que este discurso do republicanismo - de um bem comum não totalmente alcançável através de uma participação popular alargada e de um julgamento maioritário final - tem um legado bastante duvidoso. Historicamente, o republicanismo foi muitas vezes a causa de golpes aristocráticos contra governos populares ou justificou a consolidação oligárquica após o derrube de regimes mais democráticos.

Neste sentido, considerando que o Brasil tem um histórico de golpes e atentados contra a democracia, uma interpretação popular do princípio republicano pode aprimorar as instituições não só pela ampliação de vias de combate a uma concepção mais rica de corrupção, mas também por abrir novas possibilidades no campo da garantia da igualdade entre os cidadãos, da participação cívica mais efetiva e de uma não dominação que só é possível em um verdadeiro regime republicano democrático.

Referências

ADVERSE, Helton. A matriz italiana. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *As matrizes do republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013, p. 51–125.

ARAÚJO, Cícero Romão. *A forma da República: da constituição mista ao Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ARAÚJO, Cícero Romão. Origens: Libertas. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 textos críticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 253–258.

ARAÚJO, Cícero Romão. República e democracia. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 51, p. 5-30, 2000.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARON, Hans. *The crisis of the early Italian renaissance: civic humanism and republican liberty in an age of classicism and tyranny*. Princeton: Princeton Univ. Press, 1993.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. *Liberdade política*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. Republicanismo. In: FRATESCHI, Yara; MELO, Rurion Soares; RAMOS, FLAMARION CALDEIRA (Orgs.). *Manual de filosofia política*. São Paulo: Saraiva, 2015-a.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. *Republicanismo inglês: uma teoria da liberdade*. São Paulo: Discurso Editorial, 2015-b.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. 5. ed. Kindle. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIGNOTTO, Newton. A matriz francesa. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Matrizes do republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013-a, p. 175–230.

BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel republicano*. São Paulo, Brasil: Loyola, 1991.

BIGNOTTO, Newton. *Matrizes do republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013-b.

BIGNOTTO, Newton. *O Brasil à procura da democracia: da proclamação da República ao século XXI (1889-2018)*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020.

BIGNOTTO, Newton. *Origens do republicanismo moderno*. 2. ed. Niterói: Eduff, 2021.

CARDOSO, Sérgio. A matriz romana. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Matrizes do republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013, p. 13-50.

CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio republicano. In: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/93/edicao-2/principio-republicano>. Acesso em: 25 maio 2023.

CHIARETTI, Daniel. *A teoria da justiça republicana de Philip Pettit*. Mestrado em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-04102017-181836/>. Acesso em: 18 maio 2022.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres (de officiis)*. Lisboa: Edições 70, 2017.

CÍCERO, Marco Túlio. *The republic and the laws*. Trad. Niall Rudd. Oxford: Oxford University Press, 2008.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Amicus curiae* em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 169, 2017.

FINK, Zera Silver. *The classical republicans: an essay on the recovery of a pattern of thought in seventeenth-century England*. Eugene: Resource Publications, 2011.

GARIN, Eugenio. *L'umanesimo italiano: filosofia e vita civile nel Rinascimento*. Roma: Laterza, 1993.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 60, n. 3, p. 137, 2015.

HAMEL, Christopher. Are rights less important for republicans than for liberals? Pettit versus Pettit. *Contemporary Political Theory*, v. 16, n. 4, p. 478-500, 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 100, p. 189-200, 2005.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Império é que era a República: a monarquia republicana de Joaquim Nabuco. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 85, p. 277-311, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Diálogo sobre nossa língua e discurso sobre as formas de governo de Florença*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. República. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de política*. Brasília: Unb, 1994.

MCCORMICK, John P. *Machiavellian democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

MELLO, Evaldo Cabral de. *Um imenso Portugal: história e historiografia*. São Paulo: Editora 34, 2002.

MILLER, Seumas. Corruption. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/corruption/>. Acesso em: 25 maio 2023.

PANCERA, Gabriel. *Maquiavel entre repúblicas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

PETTIT, Philip. *Just freedom: a moral compass for a complex world*. Nova York: W.W. Norton & Company, 2014. (The Norton global ethics series).

PETTIT, Philip. *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PIETRZYK-REEVES, Dorota. Corruption and democratization: a civic republican view. *Acta Política*, v. 41, n. 4, p. 370-388, 2006.

PILATTI, Adriano. O princípio republicano na Constituição de 1988. In: *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1.

POCOCK, J. G. A. The ideal of citizenship since classical times. In: BELLAMY, Richard (Org.). *Citizenship*. Londres: Routledge, 2014, p. 67-85.

POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition*. Princeton: Princeton University Press, 1975.

RIBEIRO, Renato Janine. *A boa política: ensaios sobre a democracia na era da internet*. São Paulo: Companhia Das Letras, 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2001.

ROBBINS, Caroline. *The eighteenth-century commonwealthman: studies in the transmission, development, and circumstance of English liberal thought from the restoration of Charles II until the war with the thirteen colonies*. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SARMENTO, Daniel. *O princípio republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva*. v. 20, n. 3, 2018.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. *Migalhas*, 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em: 31 maio 2023.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SILVA, Ricardo. Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 74, p. 151-194, 2008.

SKINNER, Quentin. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought: the renaissance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

STARLING, Heloisa Maria Murgel; LYNCH, Christian Edward Cyril. República/republicanos. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, p. 225-245.

VERGARA, Camila. *Systemic corruption: constitutional ideas for an anti-oligarchic republic*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

VIROLI, Maurizio. *Repubblicanesimo*. Roma: Laterza, 1999.

***Accountability* nas democracias e seu contorno na Constituição Federal de 1988**

Accountability in democracies and its outline in the 1988 Federal Constitution

Eurico Zecchin Maiolino

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, mesma instituição em que concluiu o Pós-Doutorado. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Escola da Magistratura Federal da Terceira Região. Aluno do Curso de Pós-Graduação em Direito Digital pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Juiz Federal em São Paulo. Foi Juiz de Direito do TJ/SP. É membro do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal – CJF, do Centro Local de Inteligência da Justiça Federal de São Paulo – CLISP, foi Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2020-2022) e atualmente é Juiz Auxiliar no Superior Tribunal de Justiça – STJ. Presidente do Juizado Especial Cível de São Paulo (2018-2020). Encarregado de Dados Pessoais – DPO (Data Protection Officer) do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO:

O presente artigo apresentará um estudo da democracia, analisando o controle democrático como ferramenta para tornar o exercício do mandato eletivo mais responsável e responsivo. Nesse diapasão, serão examinados os traços da *accountability* e seus reflexos na representação política, suas dimensões e formas de expressão – social, popular e institucional –, abordando os traços suficientes à sua expressão nas democracias. Por fim, será delineado o modelo democrático plasmado na Constituição Federal de 1988 e como se apresenta o entrelaçamento das formas de controle, notadamente o institucional, com o escopo de verificar se a democracia representativa brasileira apresenta fragilidades quanto à observância dos anseios populares.

PALAVRAS-CHAVE:

Democracia. Representação política. Formas de controle. *Accountability*.

ABSTRACT:

This article will present a study of democracy, analyzing democratic control as a tool to make the exercise of the elective mandate more responsible and responsive. In this vein, the features of accountability and its reflexes in political representation will be examined, its dimensions and forms of expression – social, popular and institutional –, addressing the sufficient features to its expression in democracies. Finally, it will be outlined the democratic model embodied in the Federal Constitution of 1988 and how the intertwining of forms of control, notably the institutional, with the scope of verifying whether the Brazilian representative democracy presents weaknesses regarding the observance of popular desires.

KEYWORDS:

Democracy. Political representation. Forms of control. Accountability.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Representação política e *accountability*. 3 *Accountability* e suas dimensões. 4 Classificação das formas de expressão da *accountability*. 5 *Accountability* popular. 6 *Accountability* institucional e *checks and balances*. 7 *Accountability* social. 8 Os contornos da *accountability* na Constituição Federal de 1988. 9 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O estudo atual de democracia deve considerar indispensavelmente os impasses apresentados pela prática política contemporânea e as insuficiências dos modelos representativos para concretizar, no âmbito dos corpos representativos, os anseios e expectativas da sociedade.

Nesse sentido, tem crescido tanto na Ciência Política como no Direito Constitucional o discurso do controle democrático como ferramenta de tornar o exercício do mandato eletivo mais responsável e responsivo. A *accountability* – que encerra dimensões de controle, prestação de contas e sancionamento – foi introduzida na própria compreensão de representação, como conformação da *responsiveness*.

Nesse diapasão, serão analisados os traços da *accountability* e seus reflexos na representação política, suas dimensões e formas de expressão – social, popular e institucional –, apresentando os traços suficientes à sua expressão nas democracias. Posteriormente, em panorâmica apreciação, serão lançadas concisas notas sobre a arquitetura do modelo democrático plasmado na Constituição Federal de 1988 e como se apresenta o entrelaçamento das formas de controle, notadamente o institucional, no atual regime jurídico-político brasileiro.

2 Representação política e *accountability*

Hodiernamente, quase a totalidade dos modelos democráticos são representativos, com ferramentas de participação direta do povo no processo político decisório. Apontam-se críticas consistentes quanto às insuficiências do regime democrático representativo para atender às expectativas e demandas sociais, o que conduziu ao crescimento do discurso participatório nas últimas décadas do século passado. Contudo, é importante ressaltar que a representação política possui determinadas qualidades, notadamente a possibilidade de proteção das minorias e a expressão do pluralismo, de forma a possibilitar sua convivência com a democracia direta, formando uma relação complementar e não antitética.

Para tanto, contudo, é preciso tomar a representação em termos distintos para que os titulares do poder político não fiquem alienados do exercício e do controle do poder após a escolha dos representantes nos processos eleitorais. Nesse sentido, parece imprescindível a noção de *accountability* em todos os seus múltiplos aspectos e suas projeções sociais e institucionais, como forma de se procurar manter o controle sobre a atividade dos representantes durante todo o período do mandato eletivo. Nesse sentido, mostra-se adequado inserir a discussão da *accountability* no contexto da qualidade da democracia, para demonstrar que, se por um lado o controle democrático se torna imprescindível à qualificação da própria democracia, de outro tem de coexistir com outros aspectos que com ela se inter-relacionam intimamente, a fim de se obter um alto nível de *responsiveness* ou de correspondência entre as demandas, interesses e expectativas dos representados.

Por esta razão, muitos aspectos têm de ser analisados, mas todos eles alinhavados na construção de uma compreensão sobre a qualidade da democracia e que também acabam por influenciar, de alguma maneira, a extensão e profundidade da *accountability*.

O que se pretende agora é, a partir desta construção teórica, explorar a noção de *accountability*, suas dimensões e formas de expressão para, ao final, verificar de forma panorâmica os contornos do controle democrático em suas diferentes vertentes no texto da Constituição Federal de 1988.

A *accountability* tem o significado amplo de controle, o que deve envolver, necessariamente, a quem devam ser prestadas as informações, a quem devem se reportar os controlados e a forma como ocorrerão os processos de controle.

São múltiplos os sujeitos responsabilizatórios a quem os representantes devem prestar contas, desde os próprios cidadãos, titulares do poder político e fonte da legitimidade do regime democrático representativo, passando por demais órgãos estatais, que podem ou são ser de composição representativa, e, ainda, por organismos internacionais.

No que toca aos cidadãos, a compreensão da *accountability* pressupõe que os representantes e representados estão em situação de equivalência, e não se superioridade dos representantes em relação aos representados, porque dotados de especial atributo que lhes permite avaliar com mais precisão os interesses sociais ou nacionais¹. É certo que sob um enfoque funcionalista, a cada qual são criadas obrigações e direitos políticos distintos porque têm funções dessemelhantes na formação e funcionamento do regime democrático, mas a diferenciação funcional não coloca o representante em situação de superioridade que o torne infenso ao controle, à prestação de contas e, eventualmente, ao sancionamento (HAYWARD, 2009, p. 111-135).

O representante tem de ser visto como outro cidadão, como um dos iguais que, quando eleito, representa determinada linha ideológica, corrente de pensamento, fragmentos de interesses sociais, programas partidários e plataformas eleitorais em torno dos quais se condensam seus eleitores, inexistindo lugar para libertá-lo do controle por ter sido alçado, pelos processos eleitorais, a determinada posição de superioridade.

Outro aspecto que deve ser referido para a compreensão da ideia de *accountability* é o de que a democracia é um governo limitado. Com efeito, desde os estudos dos teóricos políticos da antiguidade, houve um amálgama de elementos democráticos com outros como forma de controlar o processo decisório. Atualmente, considerada a criação de direitos e obrigações políticas para os agentes envolvidos na relação representativa, torna-se evidente que ambos possuem limites de ação e julgamento. Sobre este aspecto, relações conflitivas podem surgir entre as duas vertentes substanciais da democracia: sobrelevarão momentos de maior liberdade, em detrimento do controle, ora a liberdade sofrerá refreamentos, em nome da *accountability* e da igualdade, não somente política.

Da compreensão, portanto, da equivalência entre representantes e representados e da democracia como governo limitado é que exsurge a ideia de

¹ A resposta à instabilidade e à violência da democracia direta era a crença de que a representação forjaria um sistema em que os eleitos seriam pessoas melhores. (FEREJOHN; ROSENBLUTH, 2009, p. 271; PRZEWORSKI, 2010, p. 112-117).

accountability. No entanto, a partir do advento dos governos representativos, ainda antes do estabelecimento das modernas democracias representativas, sempre houve um momento de controle social exercido no momento das eleições.

Porém, findo o escrutínio, não havia instruções vinculativas, parâmetros materiais de ação que fornecessem balizas para a atuação deliberativa e decisória dos representantes. É na liberdade que repousa a característica estruturante do mandato representativo.

Vale retomar o que Hanna Pitkin (1997, p. 11) assevera a este respeito. A autora estabelece uma classificação da representação em que uma das modalidades é denominada de formal. Esta, por sua vez, subdivide-se em representação como autorização e representação como *accountability* (MARTINEZ, 2004, p. 665; HOBBS, 1999, p. 144).

A representação política como autorização significa que os representantes recebem, no momento em que eleitos, uma autorização para agir em nome dos representados. Inexistem, pois, determinações vinculativas e os processos de escolha apenas revestem de legitimidade o mandato que, de certa forma, permanecerá inatingível ao eleitor.

Também de vertente formalista, a representação como *accountability* indica que o representante é alguém que, no exercício de sua função, está sob permanente controle por parte dos cidadãos e, por conseguinte, pode ser responsabilizado pelos atos que pratica ou deixa de praticar.

Veja-se que, malgrado ambas as concepções sejam de raiz formalista, evidencia-se que a mera autorização eleitoral implica que a atuação do representante está livre de quaisquer instrumentos de controle, sendo seus atos imputados aos representados. A introdução da *accountability*, por seu turno, nos possibilita compreender as eleições como um instrumento não somente de outorga de autoridade, mas como a gênese de um plexo de relações jurídicas e políticas que pressupõe o controle, a prestação de contas e submete os representantes a eventual sancionamento pelo exercício deficitário, abusivo ou alienado de suas funções (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 1999, p. 29).

3 Accountability e suas dimensões

A introdução da *accountability* no contexto da representação política viabilizou a compreensão de que a atuação dos representantes está sob constante vigilância do eleitorado e que as eleições – ou outro processo de seleção – constituem mais do que simplesmente conferir uma outorga de atuação livre e desvinculada por parte do representante.

Sob certo aspecto, passa a ser uma decorrência lógica da estruturação da relação representativa, seja tomada em sua concepção tradicional, bipolar, ou circularizada, informada pela deliberação democrática e em um contexto em que a dissociação da deliberação e do voto introduz um elemento dialógico de extraordinário valor. Sem abandonar esta ideia, também pode ser concebida como uma dimensão qualitativa, que deve coexistir com outras para se aferir o alto grau de desenvolvimento de uma democracia.

Contudo, seja um ou outro enfoque, o fato é que o estudo da *accountability* e do controle democrático ganhou tamanho vigor que alguns autores definem a própria democracia em termos de *accountability*, como o fez Philippe C. Schmitter (2005, p. 30; 1991, p. 75-88), para quem a democracia é um “sistema ou regime de governança no qual os governantes são mantidos sob controle pelas suas ações no domínio público pelos cidadãos que agem através de competição e cooperação dos seus representantes eleitos”.

É preciso referir, porém, que a democracia tem um significado mais amplo do que a mera competitividade eleitoral e o controle dos cidadãos, embora estes elementos possam decorrer da sua adoção como sistema ou regime de governo.

Outro autor que procura definir o que se entende por *accountability* – afastando-se, entretanto, da intenção da absorção do próprio conceito de democracia pelo de *accountability* – é Andreas Schedler (1999, p. 13-28), para quem constitui “a obrigação dos líderes políticos eleitos de responder por suas decisões políticas quando demandados (*asked*) pelos cidadãos-eleitores ou outros corpos constitucionais”².

Vale citar, ainda, a expansão conceitual elaborada por Grant e Keohane (2005, p. 29-30), ao decompor o conceito em diversos elementos formativos:

Accountability, como se utiliza o termo, implica que alguns atores têm o direito de manter outros atores em um conjunto de *standards*, de julgar se eles satisfizeram suas responsabilidades à luz destes *standards*, e impor sanções se eles determinam que estas responsabilidades não foram atingidas. *Accountability* pressupõe uma relação entre os detentores do poder e aqueles que os mantêm sob controle em que há um reconhecimento geral de legitimidade (1) de *standards* operativos para a *accountability* e (2) a autoridade das partes da relação (um para exercer poderes particulares e outro para mantê-lo sob controle). O conceito de *accountability* implica que os atores a serem controlados têm obrigações de agir de maneira consentânea com os *standards* aceitos de comportamento e que eles serão punidos pelo não cumprimento³.

Permite-se inferir, da análise dos conceitos expostos, que os representantes passam a ter a obrigação política de seguir os *standards* de ação determinados pelo corpo dos representados. Todavia, isso dependerá de cada ordem jurídico-política concreta, porquanto toda a complexa estrutura institucional e social de controle, prestação de contas e sancionamento depende do sistema de governo –

² Acerca do conceito de *Accountability*, vale trazer à colação as palavras de Peters: “*Accountability* is often used synonymously with other concepts, such as responsibility and *responsiveness*, but in a strict sense the term refers to requirements for an individual or public organisation (usually an executive) to render an account to parliament or some other source of legitimate authority.” Tradução livre: “*Accountability* é frequentemente utilizada como sinônimo de outros conceitos, como responsabilidade e capacidade de resposta, mas, em sentido estrito, o termo refere-se à exigência de um indivíduo ou organização pública (geralmente um executivo) prestar contas ao parlamento ou a outra fonte de autoridade legítima”. (PETERS, 2005, p. 1-4).

³ Jane Mansbridge (2004, p. 1, 12-13; 2010, p. 1-9), por seu turno, desloca o enfoque para esclarecer que os sistemas não corruptos não devem se basear nos modelos de sanções, mas sim nos modelos de seleção. Não se pode negar que o aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais – de forma a qualificar a escolha e, assim, reforçar a *responsiveness* – entremostra-se de todo desejável. Contudo, não constitui um caminho antitético à *accountability* e, ademais, nunca haverá o asseguramento de que as escolhas, por melhores que sejam os sistemas propostos, não ensejarão desvios e corrupção.

parlamentarista ou presidencialista –, dos sistemas eleitorais e de aspectos fenomênicos que são de diversificada expressão.

Podem-se extrair destas ideias algumas dimensões da *accountability* que permitem melhor verificar seus elementos estruturantes: dimensão de *answerability*, dimensão sancionatória, dimensão argumentativa e dimensão informacional⁴.

A dimensão da *accountability* como *answerability* relaciona-se à obrigatoriedade de os representantes, quando demandados, prestarem contas de seus atos, informando aos representados e aos variegados sujeitos responsabilizatórios acerca de sua atuação no exercício do mandato representativo (SCHEDLER, 1999, p. 20).

A dimensão sancionatória, por seu turno, envolve, ao lado da possibilidade de exigência de prestação de contas, aquela concernente à aplicação de sanções aos representantes caso não cumpram satisfatoriamente seus deveres públicos ou mesmo se recusem a informá-los, o que constitui, em verdade, um dever. À evidência aqui pode ter referência a distinção entre *accountability* política e legal, notadamente pelas modalidades de sanções decorrentes da atuação do representante, mas a diferenciação não se entremostra imprescindível ao desenvolvimento do tema.

A dimensão informacional da *accountability* diz respeito à ampla possibilidade de receber informações e explicações acerca da conduta dos representantes no exercício do mandato e das atitudes e votos tomados nas deliberações e votações democráticas. Contudo, diferentemente da *accountability* como *answerability*, a dimensão informacional aproxima-se de uma atitude diuturna de prestação de contas por parte do representante sem que seja demandado social ou institucionalmente para tanto. Baseia-se na própria relação de confiança que se estabelece entre os representantes e os representados, que é mantida pelos diversos canais abertos de transparência, o que tem sido facilitado sobremaneira pela expansão dos meios virtuais de comunicação. Esta dimensão se aproxima muito mais dos controles sociais do que dos institucionais.

Finalmente, a última dimensão que pode ser destacada é a argumentativa. Veja-se que as outras duas dimensões referidas – *answerability* e informacional – já carregam em seu contexto a prestação de contas e informações devidas pelos representantes. No entanto, a referência à argumentação traz à baila a conformação circular da representação política que deve formar uma permanente relação dialógica e argumentativa entre os representantes e os sujeitos responsabilizatórios, de forma a qualificar o exercício do mandato representativo. Não basta, assim, a simples transparência na atuação dos representantes – a qual já é absolvida pelas dimensões precedentes –, mas este aspecto permite que se depurem no jogo político democrático as condutas dos representantes, até para evitar que se deflagrem mecanismos responsabilizatórios. Ademais, ao se estabelecer o necessário diálogo, enriquece-se a atuação dos representantes, na medida em que podem se valer permanentemente da opinião e julgamento, notadamente do eleitorado, para nortear sua atuação nos cargos parlamentares ou do executivo.

⁴ Veja-se que o próprio Schedler considera, entretanto, o conceito bidimensional, de forma a incluir tão somente as dimensões relativas à *answerability* e à coerção (*enforcement dimension*). Embora ambas as dimensões possam absorver aquelas ora tratadas, optou-se por decompô-la para revelar cada pormenor no que tange, principalmente, a responsividade do representante.

4 Classificação das formas de expressão da *accountability*

Do que acima se referiu acerca da *accountability*, notadamente das definições colacionadas, percebe-se que existem dois sujeitos responsabilizatórios – aqui tomados de maneira ampla – a quem devem ser prestadas contas da atuação representativa. De um lado, a própria cidadania, os representados, os titulares do poder político que revestem de legitimidade o mandato representativo no momento das eleições; de outro, as instituições e demais órgãos do arcabouço constitucional do Estado. Nesse passo, de acordo com o aspecto subjetivo é que Guillermo O'Donnell (1994, p. 55-69; 1999, p. 29-51; 2005, p. 3-17) apresenta sua clássica distinção entre *accountability* vertical e horizontal⁵.

A *accountability* vertical é realizada pelos cidadãos no momento das eleições, em que exercem o controle e o julgamento tanto daqueles que exercem o mandato representativo e seus grupos, quanto daqueles que pretendem alcançar estes postos e se lançam à competição eleitoral apresentando plataformas eleitorais ou aderindo a determinado programa partidário. Abrange, ademais, a atuação social durante o exercício do mandato representativo, de forma a movimentar os sistemas de controle institucional para o sancionamento ou correção dos representantes por comportamentos decorrentes de sua atuação representativa.

A *accountability* horizontal constitui o controle, prestação de contas e sancionamento por intermédio dos órgãos que compõem a estrutura estatal, sejam os demais poderes do Estado, na configuração concreta da separação de poderes, ou demais agências e entidades incumbidas de tal mister. Constitui, em verdade, a estrutura do que modernamente é conhecido por Estado de Direito com sua separação de funções estatais, em cuja base teleológica se encontra a ideia de divisão de poderes para possibilitar controles recíprocos, às quais são acrescidas diversas outras entidades de demandam prestação de contas.

Poder-se-ia afirmar que um regime democrático representativo, em que a fonte de legitimidade e julgamento repousa no povo, dispensaria formas de controle institucional e mediada. Veja-se que os sujeitos responsabilizatórios seriam ou outros representantes também eleitos, a depender do sistema de governo adotado, ou funcionários que integram os órgãos estatais, e não propriamente os representados. Contudo, a deflagração de instrumentos de controle e sancionamento deixada a cargo somente da cidadania no momento das eleições permite a atuação representativa alienada de *standards* de ação e das disciplinas normativas e o controle exercido durante o mandato representativo – dada a complexidade estrutural e temática, bem como a dinâmica própria do processo político –, sem o respaldo institucional, tornaria demasiadamente fluida a possibilidade de acionamento de canais responsabilizatórios para a correção e punição dos agentes⁶.

⁵ É deveras interessante a proximidade que a difundida classificação de O'Donnell encontra com a proposta classificatória tripartite das funções estatais – *policy determination*, *policy execution* e *policy control* – e as formas de controle do poder político expostas por Loewenstein (1986, p. 57-68, segunda e terceira partes). Loewenstein também toca na questão relativa à responsabilidade política como decorrência do constitucionalismo moderno. Vale referir, ainda, que sua obra – cujo título original em inglês é *Political power and the governmental process* – data de 1957, décadas antes da ênfase em relação ao discurso da *accountability* do qual se trata no presente trabalho. Expondo a teoria dos controles de Loewenstein como técnica substitutiva da divisão de poderes, vide: GONZÁLEZ, 2004, p. 338.

⁶ Schmitter (1999, p. 59) afirma, assim, que a *accountability* vertical não é suficiente para “arremessar os bastardos para fora.”

A *accountability* institucional, por conseguinte, constitui uma forma de autopreservação da própria democracia. Em momentos de conflito entre estas duas modalidades de *accountability*, existe a tendência de prevalência da *accountability* horizontal, como forma de proteção do próprio regime democrático e sua estrutura normativamente determinada.

No entanto, a classificação apresentada por O'Donnel sofreu críticas por parte de Schedler (1999, p. 13-28), notadamente em razão da utilização do termo vertical para designar a relação de controle existente entre representantes e representados. O termo vertical remeteria a uma estrutura piramidal que pressupõe uma relação hierárquica entre aqueles que a compõem, inexistente entre representantes e representados conforme se afirmou; tampouco a diferenciação funcional entre ambos estabelecida justifica a adoção de visões que compreendam seu caráter hierárquico. Ademais, não seria possível determinar quem estaria no ápice ou na base da pirâmide.

Com base em tais críticas e em uma tentativa de estabelecer aproximações que facilitem o estudo e a análise da *accountability*, notadamente em relação à sua projeção nos seios das democracias representativas, foi proposta a classificação em três modalidades distintas: *accountability* popular, institucional e social.

5 Accountability popular

A *accountability* popular representa o controle e julgamento exercido pelos cidadãos no momento das eleições; por este motivo o termo popular. É a forma tradicionalmente concebida de julgamento democrático até mesmo pelas teorias elitistas de representação política. Permite, outrossim, afastar-se da compreensão hierárquico-funcional representada pela estrutura piramidal decorrente da utilização do termo vertical.

Refugiria ao propósito do presente trabalho a exposição pormenorizada dos fatores que estruturam e influenciam a *accountability* popular, na medida em que as partes propedêuticas ora apresentadas constituem tão somente o embasamento da análise da *accountability* e seus contornos no atual texto constitucional. Contudo, imprescindível referir que alguns aspectos de variegada ordem influenciam de maneira substancial esta modalidade de *accountability*: as eleições e os sistemas eleitorais, sistemas de governo adotados – parlamentar ou presidencial –, a reeleição e a opinião pública.

À evidência que qualquer dos temas referidos demandaria análise minudente, mas serão retomados, pontualmente, ao longo do trabalho, caso seja necessário à compreensão dos demais tópicos a serem abordados.

6 Accountability institucional e checks and balances

A *accountability* institucional é aquela exercida pelo Estado, seus poderes, órgãos e entidades. É, por assim dizer, uma modalidade de controle intraestatal, que se vale de uma rede complexa de controle e prestação de contas, como os mecanismos de *checks and balances*, o controle recíproco entre os poderes do Estado, em suas mais vastas expressões, o funcionamento parlamentar, a

disciplina partidária, a atuação das oposições, as agências de controle independentes, a instituição do *ombudsman* e todas as demais formas institucionalizadas de controle do exercício do poder político⁷.

Este tipo de *accountability* tem posição de proeminência no interior da trama do controle democrático, conforme já referido. Depende, demais disso, de cada conformação determinada de Estado e sua estrutura institucional, bem como a forma de atribuição de competências a cada uma das entidades que a compõem.

As próprias ideias de separação de poderes e de constitucionalismo trazem em si um elemento teleológico que interessa ao presente estudo. Constituem formas de contenção e controle do poder político, mas tais ideias não se desenvolveram de maneira uniforme nos Estados contemporâneos e apresentam conformações jurídico-políticas concretas no interior dos Estados. Assim, podem possuir maior ou menor grau de eficácia responsabilizatória a depender do grau de independência das instituições e do nível de desenvolvimento social.

7 Accountability social

A *accountability* social também encontra no povo sua fonte de controle e prestação de contas (SMULOVITZ; PERUZZOTTI, 2000, p. 147-158; DIAMOND; MORLINO, 2005, p. XX). Em verdade, pode-se tomar em largas referências a *accountability* popular e social em momentos distintos: aquela convergindo para o momento dos processos eleitorais e esta difusa e existente de maneira permanente no corpo social. Contudo, os controles populares dispõem de eficácia distinta, porquanto condensados em sistemas eleitorais e partidários, supervisionados por órgãos eleitorais que se pretendem independentes e disciplinados por normas que estabelecem os sancionamentos nos casos de inobservâncias formais.

No que toca aos controles sociais, por seu turno, são encontradiços de forma difusa no meio social, expressando-se pelas mais variadas formas, mas, exatamente em razão de seu plurimorfismo, são de difícil captação por parte da disciplina jurídica – veja-se a ausência de regulamentação quanto aos grupos de interesse e de pressão – e de fluida percepção pelos atores do processo político decisório.

No entanto, esta modalidade de controle é a que maior interesse tem despertado, exatamente em razão de seu dinamismo e diversificada forma de expressão, em tudo fortalecido pelos meios virtuais de comunicação. Ademais, a *accountability* institucional e popular, embora com feições renovadas, já encontram na formulação clássica da representação política sua gênese, ao passo que os controles sociais têm ganhado dimensão significativa como instrumento de controle.

Ainda sobre este aspecto, deve ser referido que o pluralismo social e político também constituem fatores que impelem a construção de uma rede de controle

⁷ "O grande instrumento da horizontal *accountability* é a separação de poderes." (SCHMITTER, 1999, p. 59; DIAMOND; MORLINO, 2005, p. XXIII; FRIEDRICH, 1958, p. 148).

sobre o exercício do poder político, em virtude da coexistência de diversos grupos e setores sociais transplantados para dentro dos processos políticos que impedem tendências totalizadoras em prejuízo da liberdade, igualdade e da própria democracia (DAHL, 1982, p. 32; BOBBIO, 2007, p. 928-933).

8 Os contornos da *accountability* na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, no que toca ao presente enfoque, estabelece o modelo representativo de democracia⁸. Significa isso que o que foi referido acerca da *accountability* popular e social, sua forma de expressão e extensão, tem reflexos no nosso regime jurídico político.

Considerando, contudo, o desenho institucional do Estado brasileiro e as opções do constituinte quanto ao sistema concretizado pela Constituição, enfatizar-se-á o exame da *accountability* denominada institucional, relacionando-se à separação de poderes e mais propriamente ao sistema de governo.

Nesse sentido, uma primeira observação se deve ao fato de que o sistema de governo adotado pelo constituinte é o modelo presidencialista, que procede de uma visão mais próxima da separação de poderes do Estado exposta por Montesquieu. No presidencialismo, a composição dos parlamentos e a eleição do chefe do Poder Executivo ocorrem de maneira separada e pode conduzir à formação de cada um dos poderes com lineamentos ideológicos distintos, possibilitando o exercício do controle interorgânico por intermédio das oposições. Nesse aspecto, diferentemente do que ocorre com o parlamentarismo, a manutenção do Presidente como chefe do Poder Executivo independe da anuência ou voto de confiança por parte do Poder Legislativo (CHEIBUB, 2007, p. 26).

Como decorrência, exceto pelo instrumento do *impeachment*, que possui viés punitivo, não existe possibilidade de interrupção do exercício do cargo ou revogação do mandato do Chefe do Poder Executivo em razão do desvio de propostas eleitorais ou dissociação entre aquilo que esperava o eleitorado e a práxis política posterior. É certo que o Poder Legislativo exerce uma função de controle crescente e significativa no moderno presidencialismo, notadamente em razão do incremento do constitucionalismo social, da possibilidade de edição de atos normativos pelo Presidente da República e do dinamismo das relações sociais, que exigiu até mesmo alteração dos modelos normativos adotados atualmente, com o compartilhamento da atividade legislativa. No entanto, esse controle da atividade do Executivo, malgrado de forte expressão institucional, não tem o condão de reforçar a *responsiveness* por não implicar forma importante de *accountability* social.

Outra forma de expressão da *accountability* institucional relaciona-se à existência de órgãos eleitorais independentes que permitam a projeção fidedigna da vontade de eleitorado nos corpos representativos. A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição constitucional brasileira, outorga à estrutura do Poder

⁸ Importa referir, no entanto, que a Constituição Federal prevê a possibilidade de participação política direta dos cidadãos em momentos diversos, tanto em âmbito deliberativo e decisório, quanto como modalidades de controle do poder político e, assim, de *accountability*. Confirmam-se, assim, as disposições dos arts. 10, 11, 31, § 3º e 74, § 2º.

Judiciário a competência para conduzir os processos eleitorais, bem como decidir questões decorrentes de todos os aspectos ligados às eleições (administrativa, criminal e eleitoral propriamente dita). Veja-se que a legitimidade do Poder Judiciário repousa exatamente na equidistância entre as partes envolvidas e na autonomia no exercício de suas funções, reforçando a estabilidade institucional necessária ao pleno funcionamento da democracia.

9 Conclusão

Verifica-se, a partir do brevíssimo delineamento dos aspectos relativos ao modelo representativo e sua expressão no texto constitucional brasileiro e na prática política, que a democracia hodiernamente apresenta um complexo arranjo de *accountability* com plurais sujeitos responsabilizatórios e distintas projeções sociais e institucionais.

Os instrumentos de controle social e popular na democracia representativa buscam evitar a atuação alienada dos anseios, demandas e expectativas da sociedade por parte dos representantes. O reforço das ferramentas de controle por meio de canais institucionais, por seu turno, procura conferir a estabilidade necessária e o exercício escorreito do mandato eletivo.

Infere-se, no entanto, que, não obstante existam instrumentos adequados de controle institucional, a democracia representativa brasileira apresenta fragilidades quanto à observância dos anseios populares, revelando, tal como em muitas outras experiências democrático-representativas, a propalada crise da democracia contemporânea.

Os instrumentos de participação direta dos cidadãos, seja no processo político-decisório ou como forma de controle do poder político, ainda se revelam tímidos e incapazes de complementar e qualificar a atuação dos representantes, inseridos dentro de um plexo de obrigações e responsabilidade política. A eficácia dos instrumentos de controle com a participação política diuturna do corpo social forjará práticas e habilidades conducentes a tornar mais substantiva a atuação dos representantes ao exercer suas funções de maneira mais responsável e responsiva.

Referências

ACHOUR, Yadh Ben. Le régime représentatif, modèle indépassable. In: ACHOUR, Rafaâ Ben; GICQUEL, Jean; MILICIC, Slobodan. *La démocratie représentative devant un défi historique*. Bruxelas: Bruylant, 2006, p. 284-294.

BOBBIO, Norberto. Verbete pluralismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 2. Brasília: Editora UNB, 2007, p. 928-933.

CHEIBUB, Jose Antonio. *Presidentialism, parliamentarism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DAHL, Robert. *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*. New Haven & London: Yale University Press, 1982.

FEREJOHN, John; ROSENBLUTH, Frances. Electoral representation and the aristocratic thesis. In: SHAPIRO, Ian; STOKES, Susan C.; WOOD, Elisabeth Jean. *Political representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FRIEDRICH, Carl J. *La démocratie constitutionnelle*. Trad. André Bertand. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

GONZÁLEZ, José Peña. *Derecho y constitución*. Madri: Dykinson, 2004.

GRANT, Ruth W.; KEOHANE, Robert O. Accountability and abuses of power in world politics. *American Political Science Review*, v. 99, n. 1, p. 29-30, Feb. 2005.

HAYWARD, Clarissa Rile. Making interest: on representation and democratic legitimacy. In: SHAPIRO, Ian; STOKES, Susan C.; WOOD, Elisabeth Jean. *Political representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 111-135.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Accountability popular e os sistemas de governo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 107, n. 990, p. 41-54, abr. 2018(a).

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Representação e responsabilidade política: accountability na democracia*. Belo Horizonte: Arraes, 2018 (b).

MAIOLINO, Eurico Zecchin; SANSON, Alexandre. *Das aporias democráticas do século XXI: a evolução e os impasses da representação política*. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 941, p. 41-54, 2014.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Elections and representation. In: MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

MANSBRIDGE, Jane. Against *accountability*. *Max Weber lectures series*, Florence, n. 7, p. 1-9, 2010.

MANSBRIDGE, Jane. Representation revisited: introduction to the case against electoral *accountability*. *Democracy and Society*, v. 2, n. 1, p. 1, 12-13, 2004.

MARTINEZ, Maria Antonia. La representación política y la calidad de la democracia. *Revista Mexicana de Sociología*, México, ano 66, n. 4, out./dez. 2004.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy. *Journal of democracy*, n. 5, p. 55-69, jan. 1994.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 29-51.

O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (ed.). *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005, p. 3-17.

PETERS, B. Guy. Accountability. In: CLARKE, Barry; FOWERAKER, Joe. *Encyclopedia of democratic thought*. Routledge: London and New York, 2005, p. 1-4.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1997.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the limits of self-government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Seuil, 2006.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing *accountability*. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28.

SCHMITTER, Philippe C. The ambiguous virtues of *accountability*. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (ed.). *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005.

SCHMITTER, Philippe C. The limits of horizontal accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHMITTER, Philippe C.; KARL, Terry Lynn. What democracy is... and what is not. *Journal of democracy*, Baltimore, v. 2, p. 75-88, 1991.

SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. Societal accountability in Latin America. *Journal of Democracy*, v. 11, n. 4, p. 147-158, 2000.

Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: possibilidades e limites

*Telephone interceptions and fundamental rights:
possibilities and limits*

Fausto Martin De Sanctis

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Doutor em Direito Penal pela USP e Especialista em Processo Civil pela UnB. Ouvidor-Geral da Justiça Federal da 3ª Região nos biênios 2018-2020 e 2022-2024. Membro do Conselho Consultivo da American University para Programas de Estudos Jurídicos Brasil - EUA. Recebeu distinção honrosa em International Law and Affairs em 2016 da New York State Bar Association – NYSBA por ter sido considerado o magistrado-precursor das decisões atinentes à prevenção e ao combate da corrupção e da lavagem de dinheiro no Brasil. Membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa. Foi Procurador do Município de São Paulo, Procurador do Estado de São Paulo, na área da Defensoria Pública, e Juiz de Direito em São Paulo. Possui cerca de 49 obras publicadas no Brasil e no exterior, sendo 15 de autoria individual, além de artigos diversos. É conferencista, proferindo palestras no Brasil e no exterior.

RESUMO:

Os crimes de competência federal muitas das vezes são praticados no âmbito de associações criminosas ou de organizações criminosas, valendo-se também de pessoas jurídicas, e usualmente não deixam transparecer rastros financeiros. Tais especificidades exigem dos agentes estatais maior expertise para o desvendamento das condutas delituosas, impondo o uso de técnicas de investigação que fogem às comumente empregadas, daí porque o monitoramento telefônico e telemático afigura-se como um reforço na atividade de persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE:

Crimes federais. Associação criminosa. Organização criminosa. Crimes praticados por corporações. Interceptação telefônica e telemática. Direitos fundamentais. Possibilidade e limites.

ABSTRACT:

Crimes under federal jurisdiction are often committed by criminal associations or criminal organizations, also using legal entities, and usually leave no financial traces. These specificities require state agents to have greater expertise in order to uncover criminal conduct, imposing the use of investigative techniques that differ from those commonly employed, which is why telephone and telematic monitoring appears to reinforce criminal prosecution activity.

KEYWORDS:

Federal crimes. Criminal association. Criminal organization. Crimes committed by corporations. Telephone and telematic interception. Fundamental rights. Possibility and limits.

SUMÁRIO:

1 Criminalidade e competência da Justiça Federal. 2 Interceptação telefônica e telemática e os direitos fundamentais. 3 Requisitos previstos na Lei de Interceptação Telefônica. 4 Possibilidades e limites. 5 Conclusões. Referências.

1 Criminalidade e competência da Justiça Federal

Muitos dos crimes de competência federal ocorrem no seio de associações criminosas (art. 288 do Código Penal) ou mesmo de organizações criminosas (com previsão contida na Lei nº 12.850, de 02.08.2013) e se alicerçam em intrincadas estratégias para os quais os agentes convergem, com estruturas associativas resultantes da contínua demanda de atividades ilícitas.

O fenômeno delitivo ora focado decorre da convergência entre indivíduos que possuem papéis específicos, unindo-se, todos, no interesse de fazer prosperar seus negócios escusos com os quais se beneficiam financeiramente, seja na ponta vendedora, seja na ponta compradora, seja, ainda, na intermediação escusa.

Para a perfectibilização das associações criminosas não se requer uma espécie de filiação associativa hermética, bastando a solidez estrutural capaz de diferenciar o arranjo coordenado de agentes de um mero concurso eventual e a intenção de perenidade, ainda que apoiada em liame associativo rudimentar. Não há, por certo, necessidade que todos os agentes se conheçam ou detenham conhecimento das funções que competem a cada qual, sendo certo que até mesmo a troca de atribuições ao longo do tempo pode se constituir num fator de otimização dos esforços para o sucesso da empreitada criminosa.

Comumente a configuração do crime de associação criminosa revela-se a partir da detecção de uma estrutura minimamente organizada, com distribuição de tarefas ou escalonamento de funções entre os seus integrantes, viabilizando assim o escopo delitivo comum que permeia todos os agentes envolvidos.

É certo que, desde a internalização da Convenção de Palermo (Decreto 5.015, de 12.03.2004), já existia no ordenamento jurídico pátrio o conceito de “grupo criminoso organizado” como sendo aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na referida Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. Não obstante, foi com o advento da Lei nº 12.850/2013, que surgiu, propriamente, a tipificação do delito de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa.

A partir da vigência dessa lei, passou-se a compreender “organização criminosa” como associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Tais características, portanto, diferenciam “organização criminosa” de “associação criminosa” (inteligência do art. 288 do CP), bem como do concurso eventual de agentes.

De outro lado, os crimes de competência federal por vezes são praticados por meio de pessoas jurídicas ou no interesse destas, cujos pilares consistem no domínio da posição organizacional e na responsabilização penal por omissão, sendo crimes de difícil detecção, pois, nestas hipóteses, a organização da atividade empresarial desenvolve-se e estrutura-se mediante uma série de relações funcionais com divisão e sobreposição de incumbências e especializações tão complexa que a observação exterior da atuação do grupamento torna-se opaca no

que concerne à visualização dos limites das funções e responsabilidades individuais dos seus vários integrantes.

É sabido que, embora esta fragmentação atenda ao imperativo da eficiência empresária, tal evolução não foi sentida na adaptação de conceitos da dogmática penal para melhor abarcar ilícitos que defluem do protagonismo econômico e financeiro da pessoa jurídica, desconectando Direito Penal Positivo da realidade social e, inclusive, dos demais ramos do Direito, que consideram plenamente a vontade das pessoas jurídicas como alicerce seguro da sua responsabilidade.

A conduta humana, como fundamento básico da dogmática penal liberal, é historicamente atribuível às pessoas físicas, em quem se pode identificar a vontade e a liberdade psicológica para agir. Sendo a dignidade pensante privativa do homem, o comportamento culpável é inerente ao indivíduo como tal.

Todavia, no que tange à observação de um grupo psicológico, Sigmund Freud (1976, p. 107) afirmou, em 1921, que a característica mais notável deste é que, "independentemente dos membros que o compõem, estes sentem, agem e pensam de maneira muito diferente daquela pela qual cada um sentiria, agiria e pensaria individualmente". (SANCTIS, 2009, p. 85) Inclusive, considerava haver uma redução da capacidade intelectual pela força inconsciente do grupo¹.

Por isso, a ausência de resposta penal à infração cometida pela pessoa jurídica torna extremamente difícil para o Estado contrapor a vulneração de certos bens penalmente relevantes particularmente sensíveis ao fenômeno empresarial, de modo que, considerando a superlativa repercussão social deste, redobra-se a necessidade de assegurar a aplicação do Direito Penal minimamente em face de pessoas físicas que se aproveitam da estrutura organizacional para cometer delitos ou para cometê-los em benefício da empresa.

Nesse contexto de demasiada importância assumida pelas organizações acompanhada por proporcional déficit de imputabilidade, emerge a especial necessidade de se desvendar a atuação das pessoas físicas por detrás da personalidade jurídica do grupamento no qual se inserem. Embora os indivíduos expressem a vontade do órgão, exprimem também a sua vontade própria, pessoal.

Ocorrida a prática delitiva no seio empresarial, a mencionada opacidade da vontade psicológica individual pode ser legalmente contornada à luz dos alicerces de punibilidade já mencionados: o domínio da posição institucional de uma fonte de perigo para bens jurídicos e a responsabilização penal por omissão.

Boa parte da doutrina e da jurisprudência se compadece por perquirir o justo equilíbrio constitucional, que seria premente, entre a prerrogativa liberal de criar uma organização e a responsabilidade pelos resultados danosos que podem advir do seu exercício.

Nesse diapasão, coerente o entendimento perfilhado por expressiva doutrina, de que quem tem o controle, ainda que parcial, sobre atividades da empresa que possam gerar riscos penais para terceiros tem também o dever de agir para evitar a prática de crimes em suas esferas de gerenciamento. Neste sentido é a lição de Heloísa Estellita (2019, p. 18):

¹ Sigmund Freud (1976, p. 107) considerava haver uma redução da capacidade intelectual, além de despertar instintos primitivos, simplesmente pela forma inconsciente do grupo.

Essa é a ideia que preside hoje a afirmação majoritária na literatura no sentido de que os dirigentes de empresas têm um especial dever de agir para evitar resultados típicos. Esse dever também é chamado de dever de garantidor. Trata-se, assim, na sua elaboração mais recente, de se estabelecer um equilíbrio entre a liberdade de se organizar em empresa e a responsabilidade pelos perigos ou danos advindos do exercício desta liberdade.

No mencionado estudo, explana-se sabiamente que a criminalidade no contexto da empresa é o resultado da intervenção de diferentes agentes que prestam aportes de naturezas distintas, dificultando a captura do que seria a contribuição típica individual para a consumação do delito naquilo que se batizou de “irresponsabilidade organizada”. (ESTELLITA, 2019, p. 7)

Embora a estruturação empresarial das organizações modernas tenha em grande medida superado a divisão de tarefas rígidas com visualização nítida das competências, ainda assim pode-se visualizar características inerentes a níveis hierárquicos distintos como estratégico (diretoria), tático (gerência) e operacional.

A alta administração, que define como devem se dar o posicionamento e os relacionamentos sociais da organização, será sempre afeta ao proprietário, diretor, presidente, assim como o estabelecimento de metas, processos e controles competirá aos executivos, gerentes, etc., e, finalmente, a execução compete aos subordinados em geral.

A compreensão dos níveis hierárquicos da organização permite correlacionar os indivíduos neles inseridos com as respectivas responsabilidades. Para a execução de um crime de interesse do grupamento, frequentemente o ocupante do nível estratégico não precisará realizar qualquer ação típica e mesmo assim deterá controle absoluto de sua realização.

O que importa verificar, nesse quadro, é se há comprovada atuação em nome e no interesse do grupamento com o objetivo de favorecê-lo de modo inidôneo, depreendendo-se o engajamento criminal daqueles que concorrerem dentro de suas competências organizacionais para garantir a prática delitiva. Ao conceber a estrutura organizacional, o ocupante do nível estratégico pode estruturar ou tolerar um corpo de agentes que atue criminosamente em favor do grupamento que encabeça, configurando, potencialmente, crimes de autoria mediata ou de omissão penalmente relevante.

Pela teoria unitária do crime, estampada no artigo 29 do Código Penal, o agente que desempenha o papel central do acontecer típico pode ter a sua culpabilidade acentuada em face do executor do fato típico. Nessa concepção, embora o executor a nível material detenha controle imediato da ação típica, por estar sujeito à estrutura organizacional, pode ser substituído ou suplantado discricionariamente pelos níveis superiores.

A cúpula da organização pode, então, eventualmente ser punida em virtude de omitir-se diante do fato penalmente relevante, por deixar de intervir para evitar o resultado tipificado na norma penal, constituindo condição *sine qua non* para a sua ocorrência. Isso deve ocorrer quando a ingerência do comandante da organização estiver caracterizada como dominante a ponto de controlar a atuação dos subordinados na realização do fato delituoso.

No contexto ora analisado, em que se mostra árdua a comprovação cabal do controle fático da ação delitiva, faz-se necessário identificar eventual assunção da

chamada posição de garante, sendo a empresa uma fonte de perigo para os bens jurídicos com os quais entra em contato, devendo o seu dirigente atuar diligentemente no exercício de seu domínio sobre a atividade empresarial. No já mencionado artigo, Heloísa Estellita (2019, p. 17-18) associa validamente a empresa a uma fonte de perigo que deve ser vigiada pelo seu dirigente:

Dessa atividade podem decorrer riscos de lesão aos bens jurídicos de outros indivíduos e/ou da coletividade. Para ficar com dois exemplos simples, a integridade física de consumidores ou a arrecadação tributária ou o meio ambiente. Na medida em que os titulares desses bens jurídicos, que podem ser afetados pelas atividades da empresa, não têm como se proteger gerindo os perigos advindos dessas atividades – tal qual no caso do proprietário do imóvel [o proprietário do imóvel que deixa de tomar medidas preventivas para que um muro em estado precário não caia sobre pedestres não pratica meramente um crime de omissão de socorro, mas, sim, um crime de lesões corporais. Neste caso, a relação especial que gera o dever de agir para evitar uma lesão ao bem jurídico decorre do fato de que esse proprietário do imóvel tem sob seu controle uma fonte de perigo – o muro de sua casa – e o fato de ser proprietário desse imóvel e poder excluir todos os demais (as possíveis vítimas) de sua área de controle – neste caso uma intervenção no imóvel para a manutenção do muro –, tem como consequência o dever especial de cuidar para que dele não advenham lesões a terceiros] – pode-se concluir que também as empresas são fontes de perigo e que seus titulares devem vigiar essas fontes de perigo para que não causem lesões a bens jurídicos de terceiros. Daí que, quem tem o controle, ainda que parcial, sobre essa fonte de perigo, tem também o dever de agir para que dela não advenham lesões a bens jurídicos de terceiros, são, assim, garantidores de vigilância.

Vale dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade penal decorrente do cometimento de crimes comissivos mediante a violação do dever de agir encontra previsão expressa no artigo 13, § 2º, do Código Penal, que traz a lume as hipóteses em que há relevância da omissão para fins penais (situações em que o agente devia e podia agir, a fim de que não se configurasse a consumação delitiva).

O dispositivo em tela informa que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Por outro lado, o dever de agir compete a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A responsabilidade penal do omitente é a ausência de uma conduta necessária, a ausência do dever de cuidado legalmente atribuído ao agente. Com efeito, nos crimes comissivos por omissão, atribui-se a responsabilidade penal àquele que possui dever jurídico especial de agir para evitar o resultado (o garante).

O nexo causal entre a inércia do garantidor e a consequente violação da lei penal deve ser de conhecimento do agente. Mais uma vez atentando ao estudo de Heloísa Estellita (2019, p. 28), não se ignora o argumento contra a punição exagerada do indivíduo responsável por não se omitir, que deve ser correlacionada com o perfil próprio de seu papel organizacional, porquanto a pulverização da informação no “âmbito das empresas terá por consequência bastante comum que os garantidores também só tenham um conhecimento fragmentado dos processos

de risco oriundos da empresa, omitindo a ação devida porém sem conhecimento da situação típica”, podendo assim ter incidência a figura do erro de tipo que afasta o dolo, mas permite a punição por culpa.

O preenchimento do elemento subjetivo deve se perfazer, nestes moldes, com a verificação concreta do objetivo de beneficiar o agrupamento mediante violação da lei penal, restando apreensível tal finalidade diretamente do descumprimento da incumbência de controlar o risco penal empresarial.

Não se considera objetiva esta responsabilização porque é fruto da vontade finalística dirigida para o próprio favor, de forma que não ultrapassa os limites do princípio da culpabilidade vigentes.

Vale dizer, para resultar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, impõe-se que a “realização da conduta delituosa seja uma ação ou omissão em nome do grupamento, tendo por objeto assegurar o seu funcionamento, sua organização ou seus objetivos, em seu benefício, político, religioso, social e econômico”. (SANCTIS, 2009, p. 89)

Neste cenário intrincado da criminalidade com prática de crimes por meio de associações criminosas, de organizações criminosas e por meio de pessoas jurídicas, em delitos de competência da Justiça Federal Criminal, com atuações às escondidas e com pouca visibilidade dos criminosos, os órgãos estatais enfrentam dificuldades em desvendar a cadeia delitiva e descobrir toda a sorte de delitos, dentre eles, os financeiros, os de lavagem de dinheiro, os cometidos no âmbito de licitações com verbas federais ou contra a arrecadação tributária e os perpetrados por funcionários públicos.

Vê-se, pois, que a opacidade da atuação dos criminosos e o aparato tecnológico e financeiro a seu dispor são fatores que impõem um esforço redobrado para detecção da diversidade dos arranjos delituosos, daí advindo a necessidade de busca dos meios adequados para a apuração dos fatos.

2 Interceptação telefônica e telemática e os direitos fundamentais

O Estado deve agir, neste cenário, com rapidez e efetividade conjugando os direitos dos investigados com os princípios da integridade estatal (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal), da promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal) e da segurança pública (art. 6º da Constituição Federal), adotando ações de inteligência para frear estas modalidades criminosas².

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu os deveres e direitos dos servidores públicos (arts. 37 a 41), destacando-se, dentre aqueles, o de lealdade à Administração Pública e o de obediência às ordens superiores. O dever de lealdade institucional exige do agente público maior dedicação ao serviço e integral respeito à lei e às instituições e se opõe às atividades que possam subvertê-las. O dever de obediência impõe o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução, sendo essencial ao bom andamento do serviço público e à harmonia do funcionamento do aparelho administrativo.

² STJ, HC 248263/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, v.u., DJe 02.10.2012.

Para além das obrigações funcionais do servidor público, os padrões éticos de conduta influentes na tramitação da investigação policial são exigíveis de todos os atores envolvidos. Em tal diapasão, não se pode conceber o exercício da advocacia descompromissado com o preceito da busca da verdade incorporado à ideia de sociedade justa, de modo a contribuir de forma eficaz para a administração da Justiça e no interesse da moralidade administrativa.

Há, assim, uma ética a ser defendida na Justiça, não somente por advogados, mas por todos os que atuam na busca de uma sociedade justa, tratando-se, em verdade, de um compromisso para o bem comum.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Resolução nº 02/2015, DOU de 04.11.2015) também contempla dispositivos que evidenciam o compromisso da advocacia com os preceitos éticos (art. 1º; art. 2º, *caput* e parágrafo único, I a VIII, *a, b, c, d, e, f*, IX, X, XI, XII e XIII; art. 6º, art. 8º e art. 20).

Tais dispositivos avivam que o advogado, indispensável à Administração da Justiça e defensor do Estado de Direito, deve pautar-se pela imperiosa busca da verdade enquanto atributo de alto valor social para o alcance de uma sociedade justa e democrática.

Estabelecidas as premissas da atuação dos órgãos de persecução estatal e os deveres dos advogados, deve-se ter em conta que para a elucidação de crimes há sempre necessidade de uma investigação preliminar, de caráter sumário, a fim de angariar a materialidade delitiva e os necessários indícios de autoria e/ou de participação em infrações penais.

Daí exsurge a possibilidade de aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, que regulamentou o artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal, fomentando a necessidade de contemporização entre a restrição aos direitos fundamentais atingidos pela medida (inviolabilidade das comunicações telefônicas e telemáticas dado que os interlocutores detêm disponibilidade exclusiva de seus diálogos como decorrência dos direitos fundamentais de intimidade e privacidade e devem estar a salvo de indevida devassa) e a relevância da concretização dos direitos que com eles colidem (direito social à segurança pública, por exemplo) e que dão lastro à adoção da medida restritiva de direitos.

Há assim uma relação pendular que visa o equilíbrio entre os direitos restringidos e os que se buscar proteger, fazendo-se o exame da proporcionalidade em sentido estrito “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.” (SILVA, 2002, p. 40)

O procedimento previsto na Lei de Interceptações Telefônicas é salutar meio de prova em investigação criminal, no entanto, a fim de obstar indevida intromissão na esfera privada, a sua aplicação deve ser aferida a partir da invocação dos princípios da intimidade e da privacidade, da proporcionalidade, da legalidade, da presunção de inocência, do princípio da não autoincriminação, da razoável duração do processo, da inadmissibilidade de provas ilícitas e do princípio da instrumentalidade constitucional do processo penal.

Manuel da Costa Andrade (2006, p. 206) pontua as especificidades intrínsecas às interceptações telefônicas ao salientar que estas:

São o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Desde logo, porque quem aplicar as escutas telefônicas nunca consegue limitar os danos. Os estragos têm uma dimensão subjectiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam sempre muitos mais bens jurídicos, muitos mais interesses do que aqueles que se queria lesar. Através de uma escuta, sabe-se a vida da pessoa escutada, sabe-se a vida das pessoas de quem ela fala, a vida das pessoas que falam para ela. Põem-se em causa todas as esferas de segredo que a lei protege: o segredo do advogado, do médico, do confessor, a confidencialidade das relações familiares, tudo isto é devassado pelas escutas. Depois, do lado dos valores: é o direito à palavra - o direito fundamental que todos temos a que a nossa palavra, não proferida em público, não seja gravada sem o nosso consentimento - é o direito à privacidade e à intimidade, a violação do estado processual activo, isto é, o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para a sua condenação, privilégio que foi introduzido numa das emendas da constituição americana. É esta devassa que nas escutas está em causa. Por isso é que é preciso uma interpretação restritiva neste sentido.

O direito à privacidade engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, sendo "a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão" (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440) e cujo objeto é a integridade moral do titular.

A Lei de Interceptações Telefônicas, embora represente uma restrição a direitos fundamentais, seguramente também tutela o sigilo das comunicações ao incriminar, em seu artigo 10 (com redação dada pela Lei nº 13.869/2019), com pena de reclusão, de dois a quatro anos, e multa, a conduta de "realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei". Em seu parágrafo único prevê a mesma pena para a "autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput* deste artigo com objetivo não autorizado em lei".

Pode-se sustentar que o ponto de maior proeminência quando se restringe direitos fundamentais é o detido exame da lei que restringirá direitos para se perquirir se a norma respeita as exigências de excepcionalidade e proporcionalidade da medida, o que "significa que um direito fundamental só pode ser sacrificado, e desde que atendido evidentemente o princípio da legalidade, se colide com outro direito fundamental de igual ou maior importância". (GOMES; MACIEL, 2013, p. 89)

As interceptações telefônicas são consideradas uma das Técnicas Especiais de Investigação (T.E.I.)³ e guardam simetria com as obrigações assumidas pelo Brasil, "por meio da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 1º, 'I', e artigo 11, que prevê a entrega vigiada ou controlada), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo

³ O artigo 3º da Lei nº 12.850, de 02.08.2013 (Lei sobre Organizações Criminosas) elenca algumas T.E.I.'s: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada; infiltração, por policiais, em atividade de investigação e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da Lei nº 9.296/1996.

de 2000, cujo artigo 20 versa acerca da entrega vigiada e outras técnicas de investigação como vigilância eletrônica e operações encobertas), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003, notadamente artigo 50, que disciplina sobre a entrega vigiada, vigilância eletrônica e outras de mesma índole e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais), da Recomendação do Grupo de Ação Financeira Internacional sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF, Recomendação 31)⁴ e do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD/O.E.A., artigo 5º) ou mesmo com a legislação nacional (Lei nº 9.613, de 03.03.1998, Lei de Lavagem de Dinheiro)". (SANCTIS, 2014, p. 257)

O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/1996 estabelece que "o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", de modo que a Lei pode ser empregada para a interceptação de e-mails, em conversas estabelecidas pela internet e por intermédio de programas de computador. Estão inseridas as comunicações por fac símile, messenger, e-mail, whatsapp, telegram etc., já que estas são modalidades de comunicações telefônicas e de dados realizadas por sofisticados sistemas fornecidos por operadoras de telefonia (por cabos óticos, torres de transmissão, dentre outros).

A evolução tecnológica impôs tratamento jurídico conjunto dessas duas modalidades, porquanto a comunicação de dados vale-se da estrutura conferida à comunicação telefônica, sendo certo que o legislador constituinte também não distinguiu a interceptação das comunicações telefônicas das telemáticas, de modo que a Lei nº 9.296/1996 aplica-se a ambas as comunicações. Nas comunicações telefônicas "incluem-se as transmissões de informações e dados constantes de computadores e telemáticos, desde que feitas por meio de cabos telefônicos (e-mail, por exemplo). Telemática é a ciência que estuda a comunicação associada à informática". (CAPEZ, 2006, p. 79)

A propósito, pertinente a lição de Luiz Flávio Gomes, em parceria com Silvio Maciel (2013, p. 47), definidora do conceito ora em comento ao destacarem que as comunicações telefônicas referem-se a qualquer espécie de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico,

⁴ "31. Poderes das autoridades de investigação e de aplicação da lei

Durante o curso de investigações de lavagem de dinheiro, de crimes antecedentes e de financiamento do terrorismo, as autoridades competentes deveriam ter acesso a todos os documentos e informações necessários para as investigações, bem como para as ações penais e outras ações a elas relacionadas. Esses poderes deveriam incluir o poder de adotar medidas compulsórias para a requisição de registros mantidos por instituições financeiras, APNFDs e outras pessoas físicas ou jurídicas, bem como para a busca de pessoas e propriedades, para a tomada de declarações de testemunhas, e para a busca e obtenção de provas.

Os países deveriam assegurar que as autoridades competentes ao conduzirem investigação tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas às investigações de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo. Tais técnicas incluem: operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais e entrega controlada. Além disso, os países deveriam possuir mecanismos efetivos para identificar rapidamente se pessoas físicas ou jurídicas são titulares ou controlam contas. Deveriam também possuir mecanismos para garantir que as autoridades competentes tenham algum procedimento para identificar ativos sem notificação prévia do proprietário. Durante as investigações de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, as autoridades competentes deveriam poder solicitar quaisquer informações relevantes à UIF". (FATF-GAFI, 2012, p. 38)

pouco importando “se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (como é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, com uso ou não da informática”.

O ordenamento jurídico não tem condições de prever todas as situações que circundam as atividades cibernéticas. Bancos de dados são detentores de uma infinidade de informações sobre a vida das pessoas, armazenadas em um ambiente virtual que deve estar a salvo da indevida ingerência de terceiros, sendo necessário pensar esta nova realidade no sentido de se garantir o direito à privacidade⁵.

Portanto, a Lei nº 9.296/1996 aplica-se não apenas às comunicações telefônicas, mas também às comunicações havidas por meio telemático, restando superado, principalmente após a inserção do artigo 10, com a redação conferida pela Lei nº 13.869, de 05.09.2019, o entendimento de que a legislação não compreenderia as comunicações telemáticas.

3 Requisitos previstos na Lei de Interceptação Telefônica

Deve-se sempre ter presente que os elementos probatórios a serem colhidos por meio de um monitoramento telefônico/telemático não poderão se constituir em uma única prova a ser obtida durante o tramitar de uma ação penal. Tais elementos constituem parte de todo o corpo probatório que se produzirá no curso da investigação.

Assim, ausente qualquer desvalia jurídico-probatória no procedimento adotado quando a ação persecutória do Estado for devidamente instaurada e revestida de legitimidade eis que deve estar amparada em elementos probatórios lícitamente obtidos.

A questão afeta ao levantamento do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, como já se destacou linhas acima, decorre da proteção constitucional dispensada à privacidade, erigida à categoria de direito fundamental do cidadão a teor do disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, previsão esta que objetiva proteger o cidadão da atuação indevida estatal, e até mesmo do

⁵ “No caso *Online-Durchsuchungen*, contudo, foi ressaltado que os computadores estão presentes em todas as áreas da vida moderna e são cada vez mais essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Todavia, ao mesmo tempo em que criam novas oportunidades, também colocam em risco os seus usuários. Dessa forma, tendo em conta a possibilidade de busca e apreensão remota de dados já armazenados, sem a necessidade, portanto, da apreensão do computador, a proteção com base na distinção entre transmissão e armazenamento passou a mostrar-se insuficiente. Diante dessa nova realidade, adotou o Tribunal o conceito de *sistema de tecnologia da informação* como um sistema com capacidade de conter dados técnicos a um ponto que fosse possível ter conhecimento de uma substancial parcela da vida de um indivíduo e noção significativa de sua personalidade. Com base nesse conceito, assentou a Corte Constitucional que a confidencialidade e a integralidade dos sistemas de tecnologia da informação configuram direito fundamental comparável à inviolabilidade do domicílio. [...] A decisão da Corte Constitucional alemã no caso *Online-Durchsuchungen*, ao conferir novos contornos à garantia de proteção ao direito de personalidade por meio de interpretação no sentido de que a confidencialidade e a integralidade dos sistemas de tecnologia da informação configuram direito fundamental comparável à inviolabilidade do domicílio, compreendeu, de forma inovadora, o alcance dessa garantia”. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 565 e 569)

particular, sob o pálio da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, no âmbito de sua esfera pessoal.

O direito ora em estudo não pode, contudo, ser interpretado como absoluto, de modo a figurar como uma salvaguarda a práticas delitivas, podendo, por certo, ceder diante do caso concreto quando aplicáveis aspectos atinentes à ponderação de interesses constitucionais em jogo.

Desta forma, ainda que se proteja a privacidade inerente ao cidadão, justamente porque não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, mostra-se plenamente possível o afastamento da proteção que recai sobre esse interesse individual a fim de que prevaleça no caso concreto outro interesse, também constitucionalmente valorizado, que, no mais das vezes, mostra-se titularizado por uma coletividade ou por toda a sociedade.

Dentro de tal contexto, lançando mão da mencionada ponderação de interesses entre direitos com assento constitucional, mostra-se possível o afastamento do sigilo (protegido pelo direito fundamental à privacidade) nas hipóteses em que se vislumbra a ocorrência de prática atentatória que se constitua na perpetração de infrações penais.

Aliás, nota-se, por meio da leitura do comando inserto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que tal ponderação acabou sendo levada a efeito pelo próprio Poder Constituinte Originário de 1988, que assentou a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e nos termos estabelecidos em legislação a ser editada com o desiderato de regulamentar o preceito constitucional, exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A propósito, a expressão “último caso”, prevista no preceito constitucional ora em comento, refere-se tanto às comunicações telefônicas quanto às de dados, porquanto o legislador constitucional empregou a conjunção “e”, tendo optado por distinguir entre o sigilo da correspondência e o sigilo das outras modalidades de comunicação.

A interceptação telefônica e/ou telemática possui natureza cautelar, sendo admitida para a coleta de indícios suficientes à propositura de ação penal (medida cautelar preparatória) ou no curso da instrução penal (medida cautelar incidental), nos casos em que haja apuração de infração penal punida com pena de reclusão.

Coube ao artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 elencar os requisitos necessários para que a ordem judicial de interceptação seja válida, quais sejam, (i) haver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, (ii) impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis previstos no ordenamento e (iii) necessidade de que o fato investigado seja punido com pena de reclusão, em evidente indicação de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como não poderia deixar de ser até mesmo porque o artigo 93, IX, da Constituição Federal, assim o determina, o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 aduz que a decisão que determinar a interceptação deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, indicando a forma de execução da diligência, que não poderá exceder a quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a imprescindibilidade da prova, aspecto que acabou sendo mitigado pela jurisprudência que se formou sobre o tema.

Importante salientar que não se exige que a decisão deferitória da medida seja pormenorizada, com motivação exaustiva e minudente, porquanto se cuida de procedimento cautelar em que o magistrado realiza um juízo sumário dos fatos a ele apresentados na representação policial. O provimento judicial que defere a medida deve conter elementos suficientes a demonstrar a pertinência do pedido, as razões empregadas na motivação judicial e o suporte legal do expediente.

O uso da técnica de fundamentação conhecida como *per relationem* empregada quando do declínio de fundamentação a respaldar o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas e/ou telemáticas é validamente admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, valendo salientar que o artigo 93, IX, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004, impõe aos magistrados o dever de fundamentar todas as decisões proferidas sob pena de serem acoimadas de nulidade.

Todavia, importante ser dito que o Código de Processo Penal não faz exigências quanto ao estilo de expressão nem impõe que o julgador se prolongue na discussão de cada uma das linhas de argumentação tecidas pelas partes, mas apenas que sejam fundamentadamente apreciadas todas as questões controversas passíveis de conhecimento pelo julgador naquela sede processual.

Em outras palavras, a concisão e a precisão são qualidades, e não defeitos, do provimento jurisdicional a ser exarado. Aliás, o C. Supremo Tribunal Federal já sustentou que a obrigação prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal, não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada, senão que o julgador indique, de forma clara, as razões de seu convencimento.

4 Possibilidades e limites

O procedimento de interceptação telefônica/telemática deve ocorrer em sigilo – sob pena de as investigações serem fadadas ao insucesso – a ser decretado pelo magistrado, com contraditório diferido, a fim de se respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O acesso à defesa deve ser autorizado ao final das interceptações e após devidamente documentadas no inquérito policial, conforme prescrição contida na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o sigilo deve ser mantido em face de terceiros, em observância à presunção de inocência do investigado e também ao direito à privacidade e à segurança da vítima, das testemunhas e das pessoas que tenham mantido diálogos com a pessoa investigada.

A fim de se resguardar a lisura do procedimento de interceptação telefônica/telemática, o magistrado determina a expedição de ofícios às concessionárias de telefonia para que apontem o nome dos funcionários que tiverem notícia da medida, bem como para que seja informado o nome do responsável pela sua operacionalização. Deste modo, em eventual violação do sigilo determinado nos artigos 8º e 10, última figura, ambos da Lei nº 9.296/1996, haverá responsabilização criminal.

O sigilo previsto neste artigo deve ser analisado em cotejo com o quanto restou estabelecido após a Emenda nº 45/2004, que alterou a redação do artigo

93, inciso IX, da CF, assegurando a possibilidade de não ser obstada a divulgação pela imprensa de dados processuais, em função do interesse público à informação.

Este dispositivo constitucional, que consagrou o princípio geral da publicidade do processo, está assim redigido:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Desse modo é preciso contemporizar o artigo 8º da lei ordinária com este preceito constitucional. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 527) pondera que:

O magistrado, ao autorizar a interceptação telefônica, deve sempre se manifestar, claramente, quanto ao segredo de justiça, do inquérito ou do processo, apontando haver interesse público ou garantia à intimidade alheia, de modo fundamentado, com o fito de evitar o contraste com o direito à informação, constitucionalmente assegurado, sopesando os direitos em conflito. Em outras palavras, o sigilo previsto de maneira genérica para todos os casos de interceptação telefônica no art. 8º da Lei 9.296/96 não é mais suficiente para contrapor, ao menos diante dos órgãos de imprensa, o segredo acerca da prova colhida (gravação ou transcrição), pois há expressa norma constitucional excetuando o sigilo quando envolver o direito à informação. Porém, fazendo-se uma interpretação sistemática, é viável deduzir que o juiz é o responsável pela ponderação e harmonização dos princípios constitucionais, confrontando o direito à informação ao interesse público e, também, ao direito à intimidade.

Conquanto a norma estampada no artigo 8º deva ser confrontada com o interesse público à informação, em sendo caso de frontal violação à dignidade da pessoa humana, à intimidade ou à privacidade de alguém deve ser assegurado o sigilo.

Aliás, há que se tutelar a liberdade processual da pessoa, o respeito à dignidade, que:

[...] é um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 47)

Caberá ao juiz efetivar a ponderação entre os valores em conflito. Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 527) destaca que:

O disposto no art. 8º da Lei 9.296/96 não pode ter validade automática, merecendo validação pelo juiz, de maneira fundamentada, como forma a evitar o acesso da imprensa à prova colhida por interceptação telefônica, em decorrência do interesse público à informação. Este deve ceder quando a intimidade de alguém, acaso violada pela divulgação da notícia pelos meios de comunicação, tornar-se seriamente atingida. Valerá, em nosso entendimento,

neste caso, o princípio da proporcionalidade. Nem toda conversa captada, em qualquer investigação ou processo, deixará de ser divulgada simplesmente porque a Lei 9.296/96 assegurou a sua manutenção em sigilo. Nem toda divulgação de conversa provoca, necessariamente, sério dano à reputação alheia, motivo pelo qual, nesse cenário, a intimidade deve ceder ao interesse público à informação.

As possibilidades e os limites da utilização das interceptações telefônicas e telemáticas, como destacado, encontram previsão na lei de regência e são balizadas pelos princípios constitucionais.

A razão de ser do emprego de tais métodos de investigação foi a identificação de que a criminalidade passou a se valer de furtivos e intrincados comportamentos com o escopo de ludibriar a Administração da Justiça. Houve necessidade de os órgãos de persecução penal aparelharem-se e terem à sua disposição mecanismos hábeis para contrapor tal modo de agir a fim de assegurar a manutenção do bem-estar social pela busca da verdade real para o desvendamento de condutas criminosas.

5 Conclusões

O processo penal, por certo, é uma limitação ao exercício do poder estatal e as restrições ao poder de punir são seguramente instituídas em favor do réu, no entanto, na eficaz busca da verdade, aos órgãos de persecução penal devem ser assegurados mecanismos para fazer frente à criminalidade, notadamente a gestada em ambientes de associações ou organizações criminosas, bem como aquela existente no âmbito das corporações.

O interesse de agir, no âmbito do processo penal, traduz-se, primordialmente, na utilidade do provimento judicial, que deverá ser apto a concretizar as diversas finalidades da jurisdição, sendo evidente as dificuldades dos órgãos de persecução penal em elucidar crimes dada a dificuldade de se obter provas em virtude da lei do silêncio que vigora entre os criminosos. Neste sentido são os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2017, p. 112):

No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro *plus* ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade.

Então, a partir destes elementos estruturantes, tem-se que a prova, direta e indireta, obtida a partir de um procedimento de interceptação telefônica ou telemática, deve se apresentar suficiente para o limiar da Ação penal, desde que devidamente respaldada em outros elementos trazidos aos autos para colmatar a presença da materialidade dos tipos imputados e indícios de autoria dos agentes criminosos.

A atuação do Poder Judiciário deve ser legítima e criteriosa, estabelecendo o adequado cotejo dos dados trazidos nas representações das autoridades policiais para início e prorrogação de procedimentos de interceptação telefônica e telemática, após o parecer fornecido pelo Ministério Público Federal, para aferir a pertinência ou não das solicitações dos órgãos de persecução penal e se chegar ao fato criminoso.

Assim, as decisões judiciais lastreadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais devem cuidar para que pretensões individuais coincidam com os interesses da coletividade, de modo que havendo incompatibilidade, devem ser acolhidas tais medidas cautelares a fim de se assegurar o interesse social difuso consubstanciado na segurança de todos e em última instância assegurar a própria sobrevivência estatal, sem se descuidar da ponderação com os demais direitos fundamentais.

Portanto, nestes casos, monitorar tem função de proteção social para tutela de bens jurídicos essenciais, resguardando a preservação da intimidade até onde não colida com o interesse público cuja proteção se impõe, de molde que os magistrados criminais devem balancear os preceitos da Constituição e das leis que regem a questão, não podendo se omitirem com justificativas que contemplem e reforçam direitos e deveres de uma parte em detrimento de toda a coletividade.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Das escutas telefônicas. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais - visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BRASIL. STJ. HC 248263/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, v.u., DJe 02.10.2012.

CAPEZ, Fernando. *Legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

ESTELLITA, Heloísa. Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas. *FGV Direito SP Série de Trabalhos de Pesquisa n. CL001*, 25 fev. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3340950>. Acesso em: 15 maio 2023.

FATF-GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI*. 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>. Acesso em: 18 maio 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, p. 439-459, jan./dez. 1993. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841. Acesso em: 10 maio 2023.

FREUD, Sigmund. Psicologia de grupo e a análise do ego. In: *Edição standart brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SANCTIS, Fausto Martin De. Interceptações telefônicas e direitos fundamentais. *In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANCTIS, Fausto Martin De. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 798.

O papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde a partir da Constituição Federal de 1988

The role of the Judiciary in the realization of the fundamental right to health from the Federal Constitution of 1988

Giselle de Amaro e França

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1994). Mestre em Direito da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (2010). Doutora em Direito da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (2015). Desembargadora Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

RESUMO:

No presente artigo serão abordados os contornos constitucionais e legais do direito fundamental à saúde, assim como a contribuição dada pelo Poder Judiciário na sua concretização. Também serão destacadas algumas questões usualmente invocadas nas discussões sobre o tema, como o controle judicial de políticas públicas, a reserva do possível e o ativismo judicial. Buscar-se-á demonstrar como as decisões judiciais repercutem nas decisões políticas, em verdadeiro diálogo entre os Poderes, cada qual preservando sua independência.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito à saúde. Políticas públicas. Ativismo Judicial. Reserva do possível.

ABSTRACT:

This article will address the constitutional and legal contours of the fundamental right to health, as well as the contribution made by the Judiciary in its realization. Some issues usually invoked in discussions on the subject will also be highlighted, such as judicial control of public policies, the reserve of the possible and judicial activism. It will be sought to demonstrate how judicial decisions have repercussions on political decisions, in a true dialog between the Powers, each preserving its independence.

KEYWORDS:

Right to health. Public policies. Judicial activism. Reserve of the possible.

SUMÁRIO:

1 A política pública de saúde. 1.1 Histórico legislativo e constitucional. 1.2 O conteúdo do direito à saúde. 1.3 Controle judicial da política pública de saúde. 2 A jurisprudência dos Tribunais Superiores. 2.1 Tema 6 – STF. 2.2 Tema 500 – STF. 2.3 Tema 1161 – STF. 2.4 Tema 793 – STF. 2.5 Tema/IAC 14 – STJ. 2.6 Tema Repetitivo 106 – STJ. 3 A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 3.1 Panorama geral. 3.2 O caso Zolgensma. 4 Considerações finais. Referências.

1 A política pública de saúde

1.1 Histórico legislativo e constitucional

Por expressa disposição constitucional, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196 CF/88).

Trata-se de *direito fundamental* a ser implementado através de *políticas públicas*.

Apenas na Constituição Federal de 1988 é que o direito à saúde foi previsto como direito fundamental social, importante avanço e conquista da sociedade brasileira.

A Constituição de 1824, de cunho liberal, nada dispunha acerca do direito à saúde, tornando claro que sua efetivação não era tarefa do Estado, mas sim responsabilidade de cada indivíduo. Havia menção, no artigo 179, aos “socorros públicos”, de caráter assistencialista. Nenhuma inovação constou da Constituição Republicana de 1891.

A Constituição de 1934, por sua vez, tratou da saúde em algumas normas, estabelecendo regras de competência legislativa e de responsabilidade estatal.

As Constituições de 1937 e 1946 também não trouxeram inovações; a Constituição de 1967 cuidou da saúde em dois dispositivos, delegando à União competência para estabelecer planos nacionais de educação e saúde e legislar sobre normas de proteção da saúde (artigo 8º, XIV e XVII, “c”) e assegurando aos trabalhadores o direito à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (artigo 158, XV). O texto foi repetido na Constituição de 1969.

A legislação vigente no Brasil no período anterior a 1988 tratava do direito à saúde, então denominado “benefício da assistência médica e hospitalar”, como integrante do conjunto de benefícios da Previdência e Assistência Social (SANTOS, 2013, p. 54).

Com a edição do Decreto-lei nº 72/1966, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que unificou os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) e assumiu a responsabilidade pela gestão das aposentadorias, pensões e da assistência médica dos trabalhadores formais (excluindo inicialmente os trabalhadores rurais e os demais trabalhadores urbanos).

Em 1977, por força da Lei nº 6.439, foi implantado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), delegando ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), a competência pelos programas de assistência médica aos trabalhadores urbanos, rurais e funcionários públicos civis da União, suas autarquias e do Distrito Federal. Ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) foi delegada competência para gestão das questões relacionadas à previdência social. Ao Instituto de Administração Financeira (IAPAS) competia gerenciar o Fundo de Previdência e Assistência Social (FPAS) e estabelecer o Plano Plurianual de Custeio do SINPAS.

Neste contexto, surgiu um novo movimento por parte dos profissionais de saúde, acadêmicos e cientistas, que lutava pela transformação das políticas públicas de saúde. Este grupo aliou-se a outros movimentos sociais e unidos passaram a lutar pela efetivação dos direitos civis e sociais, no sentido da redemocratização do país (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 62). Trata-se do movimento pela Reforma Sanitária, como ficou conhecido.

Dois programas relevantes foram implantados no período: (i) o Programa Ações Integradas de Saúde (AIS), como tentativa de reorganizar a assistência médico-sanitária a partir do INAMPS, contando com a participação conjunta da União, Estados e Municípios; (ii) o Programa dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), passo importante para a descentralização dos serviços de saúde da União para os Estados.

A 8ª Conferência de Saúde, realizada em março de 1986, cristalizou a confluência, nas questões de saúde, dos profissionais da área, da sociedade civil e de representantes da classe política; todos discutindo, democraticamente, a saúde no Brasil.

Este era o contexto quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988, alçando a saúde à categoria de direito fundamental, inserida no Sistema de Seguridade Social, disciplinada por regras e princípios específicos e dotada de orçamento próprio.

Até então, a saúde era um “braço” da Previdência, disponível a poucos, com acentuada participação do setor privado e pouca atuação estatal.

Daí o grande e importante avanço ocorrido em 1988, que sempre deve ser lembrado, a fim de impedir qualquer retrocesso na garantia e efetivação da saúde, como direito de todos e dever do Estado.

1.2 O conteúdo do direito à saúde

A Constituição Federal de 1988 inovou não só ao elevar a saúde à categoria de direito fundamental, mas também ao inseri-la no Sistema de Seguridade Social, ao lado da Previdência Social e Assistência Social¹.

As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, de acordo com o artigo 198 da CF/88. O Sistema Único de Saúde (SUS) é informado pelas diretrizes, princípios e regras estabelecidos no texto constitucional e é regulamentado pelas Leis nºs 8.080/1990 e 8.142/1990, denominadas “Lei Orgânica da Saúde”, espécie de lei-quadro destinada a esclarecer o papel das esferas de governo na proteção e defesa da saúde, orientando suas respectivas atuações para garantir o cuidado da saúde.

A atuação da iniciativa privada, por sua vez, pode ser complementar ou complementar. Complementar quando for desenvolvida exclusivamente na esfera privada, sem relação com as ações desenvolvidas pelo SUS. Complementar quando desenvolvida na forma do artigo 199 da Constituição Federal, que possibilita a participação das instituições privadas no SUS, de forma complementar e segundo as diretrizes do sistema, mediante contrato de direito

¹ Integrar o mesmo sistema significa que saúde, previdência e assistência estão sujeitas aos mesmos princípios e diretrizes gerais, fixados especialmente nos artigos 194 e 195 do texto constitucional.

público ou convênio, dando-se preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Os objetivos do SUS estão definidos no artigo 196 da Constituição Federal, quais sejam: redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação².

Conforme exposto nas linhas anteriores, o direito à saúde tem a natureza de direito fundamental e deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³.

Portanto, cabe à política pública regulamentar as normas constitucionais.

É sobre “tal pacote” que o Judiciário deve se manifestar quando acionado.

1.3 Controle judicial da política pública de saúde

Sendo a saúde um direito fundamental (CF, art. 196) e sendo atribuição do Judiciário a apreciação de eventual lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), é sabido e consabido que em inúmeras situações são ajuizadas ações judiciais visando a efetiva concretização do direito à saúde.

Ora se alega o simples descumprimento da política pública já existente (por exemplo, quando o Poder Público não disponibiliza nos postos os medicamentos que constam expressamente da lista do SUS), ora se alega que a política pública existente é omissa em algum ponto (por exemplo, quando não contempla a cobertura de algum medicamento necessário à preservação da saúde).

Como será visto nas linhas a seguir, a jurisprudência pátria foi estabelecendo, aos poucos, alguns parâmetros a serem seguidos na análise dos casos concretos envolvendo a política pública de saúde.

É sempre bom lembrar que até o mais detalhado desenho de política pública dificilmente conseguirá abarcar todas as situações da vida, impondo a sua permanente revisão e aperfeiçoamento.

Buscar-se-á demonstrar como as decisões judiciais têm colaborado para esta revisão, mostrando aos órgãos políticos suas falhas e omissões.

² A Lei nº 8.080/1990 especifica, no artigo 5º, os objetivos do SUS, nos seguintes termos: a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do dever do Estado de garantir a saúde; a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

³ Políticas públicas, para Maria Paula Dallari Bucci, são “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006, p. 39).

Premissa fundamental: cada qual em seu âmbito de atuação.

Nesse contexto, um importante paradigma foi firmado no ano de 2009, pela decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, após a realização de audiências públicas sobre a questão da saúde⁴, editando-se as seguintes recomendações:

- a) o direito à saúde se trata de um direito individual e coletivo; de um direito subjetivo público, assegurado mediante políticas sociais e econômicas; de um dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); de um direito garantido mediante políticas sociais e econômicas, de políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, de políticas que visem ao acesso universal e igualitário; e mediante ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
- b) quando do julgamento das demandas envolvendo o direito à saúde, compete ao magistrado:
 - b.1) verificar se existe ou não política pública acerca da postulação. Em caso de inexistência da política pública, é preciso apurar se a omissão é legislativa ou administrativa; se a recusa na prestação partiu do ente da administração; ou se há uma vedação legal à concessão do benefício pretendido;
 - b.2) verificar se há motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, já que em muitos casos, não há evidências científicas da eficácia do medicamento postulado.

Foi a primeira ocasião em que foram estabelecidos critérios objetivos para orientar os órgãos julgadores na apreciação dos casos concretos.

Como será visto no item a seguir, a partir daí os Tribunais superiores passaram a proferir decisões nesta mesma direção, com força vinculante.

É importante destacar, também, como a jurisprudência acerca da reserva do possível está sendo construída paulatinamente, já que a questão dos custos para implementação dos direitos, especialmente os direitos sociais, é sempre invocada como um óbice para a sua efetivação.

O Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento da ADPF nº 45-9/DF, teceu importantes considerações sobre a temática. Em sua decisão, o Relator Ministro Celso de Mello, afirmou que:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass Sunstein, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e

⁴ Trata-se da audiência pública nº 4, ocorrida nos meses de abril e maio de 2009, na qual foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde.

exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público – em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna, e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

(STF. ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004.)

Via de regra, nas ações em que se discute a efetivação do direito fundamental à saúde, a alegação da reserva do possível tem sido reiteradamente afastada, ao fundamento de que a vida e a saúde sempre prevalecem quando em cotejo com recursos financeiros⁵.

⁵ Confira-se: “A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de

2 A jurisprudência dos Tribunais Superiores

A partir da nova configuração do direito à saúde estabelecida pelo texto constitucional, o Poder Judiciário passou a ser instado a se manifestar em situações concretas em que:

- (i) a saúde, embora com nítida dimensão coletiva, é invocada na perspectiva individual⁶;
- (ii) o tratamento ou medicamento postulado não está contemplado na política pública;
- (iii) o requerente tem condições financeiras de arcar com o tratamento médico, mas requer sua prestação pelo Estado;
- (iv) o tratamento ou medicamento possui custo elevado;
- (v) a demanda é formulada em face de um ou de todos os entes federados.

Também foi destacado nas linhas acima que as decisões judiciais, pouco a pouco, foram se aprimorando sobre a temática.

Rememorou-se os primeiros julgados acerca do controle judicial de políticas públicas e, neste tópico, será demonstrado o quanto a jurisprudência avançou na discussão acerca do conteúdo do direito à saúde e nos limites da decisão judicial.

Vários parâmetros foram fixados por decisões com força vinculante, destacando-se aqui as principais. Veja-se:

salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense – longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) – traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente à família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável” (STF, Pet 1246 MC/SC, Ministro Celso de Mello, j. 31/01/1997, DJ 13/02/1997).

⁶ Exemplo: em uma ação individual é postulado um tratamento com custo altíssimo para uma doença rara; o mesmo valor poderia ser utilizado para o tratamento de várias pessoas portadoras de outra doença.

2.1 Tema 6 – STF: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo⁷

Embora o julgamento ainda não tenha sido concluído, ousa-se propor algumas discussões.

O SUS, nos termos do artigo 5º da Lei nº 8.080/1990, tem por objetivo promover o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde.

A gratuidade não está prevista expressamente na Constituição Federal, mas sim no artigo 43 da Lei nº 8.080/1990⁸.

Cabe ao Judiciário limitar o acesso ao sistema apenas a quem não tiver condições financeiras?

O cidadão que tem plano de saúde não pode utilizar o SUS?

2.2 Tema 500 – STF: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA

Transitado em julgado.

Tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de

⁷ “Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): ‘O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil’; do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte sentido: ‘Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento’; e do voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese: ‘O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS’”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020”. (STF, RE 566.471/RN, Relator Ministro André Mendonça, j. 19/08/2020, DJe 15/09/2020)

⁸ “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

A discussão travada no Tema 500 tem estrita relação com o conteúdo do princípio da integralidade da assistência, previsto no inciso II do artigo 7º da Lei nº 8.080/1990.

O princípio da integralidade não significa, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, que é dever do SUS oferecer, a qualquer tempo e a qualquer um, todo e qualquer insumo ou serviço.

Tal concepção desvirtua, de partida, a ideia de sistema ao permitir que toda e qualquer pretensão, individual ou coletiva (sobretudo a individual), seja atendida, não importando o contexto em que inserida. Não é esta a proposição de sistema sanitário que foi concebida pelo legislador constituinte, transformando o Poder Público em um “dispensador de produtos e prestações desconexas, atentando contra os preceitos também constitucionais que exigem atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos” (AITH, 2010, p. 103).

2.3 Tema 1161 – STF: Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária

Transitado em julgado.

Tese:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

2.4 Tema 793 – STF: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde

Transitado em julgado.

Tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

No julgamento dos Embargos Declaratórios no RE 855.178/SE, em 23/05/2019, publicado em 16/04/2020, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, em sede de repercussão geral, que:

(i) há responsabilidade solidária dos entes federados, que podem figurar no polo passivo das ações, isolada ou conjuntamente;

(ii) compete ao juiz, a fim de otimizar a compensação entre os entes federados, direcionar o cumprimento da decisão conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro;

(iii) as ações que demandam fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser propostas necessariamente em face da União.

Embora a questão relativa à responsabilidade dos entes já esteja pacificada, eis que decidida em sede de repercussão geral, ousa-se, também aqui, fazer algumas breves considerações.

De acordo com o artigo 198 da CF/88, as ações e serviços devem ser realizados de forma ordenada, evitando a sobreposição de estruturas e a otimização dos recursos.

As ações e serviços de saúde devem ser prestados de forma descentralizada e regionalizada, atribuindo-se aos entes federativos um rol específico de tarefas. O SUS possui uma organização jurídico-administrativa específica e complexa, que exige integração regionalizada das ações e serviços de saúde em rede (SANTOS, 2013, p. 89), não sendo possível, em respeito à estrutura legal do sistema, demandar qualquer um dos entes para realizar qualquer uma das ações e serviços, por livre escolha do demandante. Tal exigência não viola o acesso à justiça, apenas determina a observância das regras de competência.

Não foi esta, contudo, a orientação firmada, sendo possível o ajuizamento da demanda contra qualquer um dos entes, com exceção dos casos de medicamentos sem registro na ANVISA.

2.5 Tema/IAC 14 – STJ: Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal

Ainda não transitado em julgado.

Tese:

a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora elegeru demandar

b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade *ad causam*, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal.

c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

2.6 Tema Repetitivo 106 – STJ: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS

Transitado em julgado.

Tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

3 A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

3.1 Panorama geral

As ações envolvendo a efetivação do direito à saúde são processadas e julgadas na Justiça Federal, em primeira instância, pelas Varas e Juizados Especiais Federal, a depender do valor da causa (se inferior ou superior a 60 salários mínimos).

Atualmente, todas as Varas Cíveis da Subseção Judiciária de São Paulo têm competência concorrente para o julgamento⁹; na Subseção Judiciária de Campo Grande, as ações de saúde devem tramitar nas 2ª e 4ª Varas Federais.

⁹ No período compreendido entre 05 de julho de 2020 a 09 de dezembro de 2022, as demandas relacionadas à saúde pública e à saúde suplementar eram processadas e julgadas pelas 2ª e 25ª Varas Federais Cíveis da Subseção Judiciária de São Paulo, por força do Provimento CJF3R nº 39/2020 (alterado pelo Provimento CJF3R nº 61/2022).

No Tribunal Federal Regional da 3ª Região, a competência para o julgamento é das Turmas integrantes da 2ª Seção (3ª, 4ª e 6ª Turmas).

Em consulta efetuada ao sítio eletrônico do Tribunal¹⁰, em 30 de abril de 2023, estavam em tramitação na 3ª Região o total de 4.809 processos, assim divididos:

- Varas Federais: 2534
- Tribunal Regional Federal 3ª Região: 702
- Juizado Especial Federal: 1268
- Turmas Recursais: 305

Os principais temas discutidos nas ações que tramitam na 3ª Região são:

	Varas Federais	TRF	JEF	TRU	TOTAL
Ressarcimento ao SUS	588	239	3	0	920
Fornecimento de Medicamento	818	26	735	149	1728
Repasse de Verba ao SUS	38	14	0	0	52
Tratamento médico	144	11	77	13	245
Convênio com o SUS	63	18	5	25	111
Oncológico	100	56	21	4	181
Cirurgia	61	0	92	20	173

Na página da internet do Tribunal (<https://www.trf3.jus.br/>), consta uma aba específica denominada NATJUS, contendo explicações sobre o e-NatJus e o NAT-JUS.

O Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (e-Natjus) foi idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça visando o “cadastro de pareceres, notas e informações técnicas”, de modo a fornecer aos magistrados e demais operadores do direito subsídios “para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Por sua vez, a Resolução CNJ nº 238/2016, que determinou a “criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde”, foi em parte revogada pela Resolução CNJ nº 388/2021, que reestruturou os Comitês Estaduais de Saúde com atribuição, dentre outras,

¹⁰ Consulta efetuada em 15/05/2023, no site: <https://www.trf3.jus.br/estatistica-da-justica-federal-da-3a-regiao/>.

de “auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança” (art. 2º, II).

A página (<https://www.trf3.jus.br/natjus>) é alimentada por dados essenciais à correta tramitação das ações na 1ª instância, quais sejam: “como funciona”¹¹; “atos normativos”; “referências para pesquisas”; “assistência farmacêutica”; “informações de saúde – DATASUS”; “protocolos e diretrizes”; “Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES)”; “Conselhos Federal e Regional de Medicina de SP”; “especialidades médicas”; “rol de procedimentos e eventos em saúde (rol da ANS)”; “tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais do SUS”; “Programa Acesso SUS”¹²; “medicamentos” e “avaliação de novas tecnologias – SUS”.

A consulta à aba NATJUS é de fundamental importância para todos os operadores de Direito pois ela fornece informações acerca dos tratamentos já disponibilizados pelo SUS, sobre a possibilidade de resolução administrativa da demanda, sobre a eficácia do medicamento/tratamento pretendido, entre outros.

São informações técnicas que auxiliam o órgão julgador a melhor compreender a situação fática e bem decidir.

¹¹ “Ao receber uma ação que envolva questões de saúde, o magistrado pode encaminhar uma solicitação ao e-mail natjus@trf3.jus.br com cópia para ubas@trf3.jus.br para uma análise técnica, devendo seguir o seguinte fluxo:

1. Os pedidos deverão indicar o número do processo e todos os dados relacionados à demanda, com questionamento do magistrado, se houver, e informando, ainda, quando se tratar de recurso em face de parecer já emitido.

2. É indispensável o preenchimento do formulário disponível neste link, para o processamento do parecer.

2.1. O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo disponibiliza aos médicos o Formulário de Ação Judicial na Saúde, para instrução do processo.

2.2. O formulário, idealizado no âmbito do Comitê Estadual de Saúde, é customizado para atender às necessidades dos profissionais da saúde, advogados, pacientes e Judiciário. O formulário pode ser obtido - apenas pelo médico que assiste o jurisdicionado - na ‘Área do Médico’ do site do Cremesp. Após o login, o documento está localizado no menu lateral, no item ‘Ação Judicial na Saúde’.

3. Deve ser encaminhada cópia digital de cada um dos documentos essenciais, como petição inicial do processo; relatórios médicos, receitas médicas e exames atualizados, preferencialmente dos últimos 90 dias.

4. As solicitações serão repassadas pela equipe do TRF3 para o Nat-Jus do TJ (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), responsável pelo encaminhamento às instituições parceiras (hospitais e universidades), para elaboração do parecer.

5. O parecer será encaminhado à vara solicitante através de e-mail, o qual deverá ser respondido com confirmação do recebimento para o devido controle.

Para subsidiar a elaboração do parecer, recomenda-se, ainda, que a vara encaminhe as partes do processo que o magistrado julgar relevantes para o acompanhamento técnico da demanda.”

¹² “O Programa ‘Acesso SUS’ tem como objetivo promover o uso racional de medicamentos e reintegrar os pacientes aos programas de assistência farmacêutica do SUS.

Trata-se de parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado, Ministério Público Estadual e Defensoria Pública do Estado de São Paulo para estabelecer novos protocolos de fornecimento de medicamentos e insumos via ações judiciais.

Como funciona:

1. O médico faz uma receita e o laudo justificando a solicitação do medicamento.

2. Os papéis são recebidos por uma equipe do Estado e são lançados em um sistema específico.

3. O Estado pode decidir pela entrega do remédio (em 72 horas, se for urgente, ou em 30 dias), sugerir outra opção terapêutica disponível no SUS ou ainda recusar o pedido.

4. Caso o pedido seja recusado, a pessoa ingressa na Justiça com a justificativa da negativa do Estado.”

3.2 O caso Zolgensma

Neste tópico final, foram selecionados julgados proferidos no âmbito da 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por suas três Turmas, envolvendo o medicamento Zolgensma.

A escolha pela jurisprudência deste Egrégio Tribunal se deve à enorme contribuição que esta Corte historicamente tem dado em matéria de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

De outro lado, a escolha pelas demandas envolvendo o medicamento Zolgensma decorre da diversidade de discussões ali travadas, como será visto.

O Zolgensma é considerado o medicamento mais caro do mundo¹³, utilizado para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME).

A AME é uma doença rara e grave, “causada pela alteração de uma proteína necessária para os neurônios ligados ao movimento dos músculos. Ela produz atrofia progressiva dos músculos, dificultando a condição de movimentação destes pelos pacientes. A incidência da doença é de 1 entre 10.000 nascidos vivos”. Consta, ainda, que “entre 45% e 60% das crianças acometidas com a AME desenvolvem a forma mais grave. A doença pode evoluir para a morte, sendo o principal motivo de falecimentos em crianças por causa de uma enfermidade monogenética” (VALÉCIO, 2020).

É um medicamento de dose única intravenosa.

O SUS já havia incorporado dois medicamentos para os tipos I e II de AME, administrados com periodicidade (BRASIL, CONITEC, 2022).

Em 14/12/2022, Zolgensma foi incorporado no SUS, indicado para crianças com AME do tipo I, com até seis meses de idade, que estejam fora de ventilação invasiva acima de 16 horas por dia¹⁴.

Como o medicamento não era fornecido administrativamente, inúmeras ações foram ajuizadas, com resultados majoritariamente favoráveis aos pacientes.

Restou demonstrado, em tais casos, que o medicamento Zolgensma era o único tratamento com possibilidade de eficácia e salvaguarda da vida da criança.

As decisões judiciais chamaram a atenção para a existência de uma omissão na política pública, que poderia ou não ser revista pelo órgão competente.

No caso do medicamento Zolgensma, após inúmeros estudos e discussões, o órgão político competente concluiu pela necessidade de sua inclusão no SUS.

É preciso destacar que não foi o Judiciário quem alterou a política pública, determinando a inclusão do medicamento para todos; o que fez o Judiciário foi

¹³ O custo estimado é de aproximadamente US\$ 2,1 milhões (cerca de R\$ 11,5 milhões) por paciente. (VALÉCIO, 2020)

¹⁴ Segundo informação contida na notícia, “a estimativa é que cerca de 400 crianças estejam em tratamento atualmente”. (BRASIL. Ministério da Saúde, BVS, 2022)

decidir o caso concreto e assegurar a concretização do direito à saúde naquela situação específica.

Confira-se a ementa dos julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. RESP 1657156/RJ. PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA FORNECIMENTO. RECURSO PROVIDO.

- A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal. Infere-se, daí, competir ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência à saúde, com a disponibilização dos serviços públicos de atendimento à população, tendo a Constituição Federal delegado ao Poder Público competência para editar leis, objetivando a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços e ações da saúde.

- O fornecimento do medicamento requerido pelo autor depende do atendimento aos requisitos elencados pelo E. STJ ao analisar o REsp 1.657.156, afetado pela Primeira Seção desta Corte, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos, envolvendo questão submetida a julgamento que trata da "obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009, do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)", pelo poder público.

- No caso em tela, restou comprovada a necessidade do tratamento, bem como a urgência a justificar a concessão da tutela.

- A documentação acostada comprova que o agravante é portador de atrofia muscular do Tipo I. Conforme relatório médico o agravante tem recomendação clara e precisa para o uso do Zolgensma, pois apresentará benefícios, além da melhora na qualidade de vida, tendo possibilidade de aquisição de marcha, não necessitar de suporte ventilatório, podendo futuramente desenvolver uma vida escolar e laboral produtiva. Constou, ainda, que os melhores resultados serão obtidos quanto mais precoce for o tratamento. Ademais, o agravante trouxe elementos hábeis a comprovar o preenchimento dos requisitos acima mencionados.

- Consigne-se que por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos em face da decisão que deferiu a tutela recursal, e considerando que a melhor eficácia do medicamento ocorre com pacientes da idade e peso do agravante, foi determinado o fornecimento do medicamento pela União no prazo de 15 (quinze) dias, bem como que, na impossibilidade de cumprimento no prazo estipulado, conforme pedido do agravante e manifestação da própria agravada (ID nº 220072734), bem como que o cumprimento da decisão ocorresse por meio de depósito judicial de quantia suficiente para a compra do medicamento.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF3, AI MS 5028247-46.2021.4.03.0000/MS, Quarta Turma, Relatora Desembargadora Federal Monica Nobre, Intimação via sistema 08/05/2023)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AMIOTROFIA ESPINHAL PROGRESSIVA. "ZOLGENSMA" (ONASEMNOGENO ABEPARVOVEQUE). NECESSIDADE DEMONSTRADA. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter o fornecimento do medicamento "Zolgensma" (onasemnogeno abeparvoveque), para tratamento de Amiotrofia Espinhal Progressiva Tipo II – AME.

2. No caso *sub judice*, há exames, relatórios e prescrições médicas que comprovam ser a autora portadora de Amiotrofia Espinhal Tipo II - AME, enfermidade caracterizada por

fraqueza muscular e hipotonia resultante da degeneração e perda dos neurônios motores inferiores da medula espinhal e do núcleo do tronco cerebral.

3. A autora foi diagnosticada com atrofia muscular espinhal com um 1 ano e meio, não tendo recebido o medicamento antes dos 2 anos por causa das burocracias administrativas que envolvem a aquisição de medicamento importado de alto custo, mas isso não impede que a menor receba a medicação.

4. Conquanto o laudo pericial se estribe na faixa etária da autora, certo é que outros fatores são preponderantes na indicação do tratamento para a criança, como o fato de possuir melhor prognóstico da doença, isto é, não apresentar grau elevado de degeneração dos músculos, e a bula do “Zolgensma” indicar o fármaco para pacientes pediátricos com até 13 quilos, no qual se encaixa a autora, com aproximadamente 9 quilos.

5. O medicamento “Zolgensma” encontra-se registrado junto à ANVISA desde 17.08.2020, sob nº 100681174, bem como se trata do único medicamento no mercado que pode trazer a cura definitiva para os portadores de AME, visto que o seu princípio ativo substitui a função do gene do neurônio motor de sobrevivência (SMN1), enquanto o medicamento “Spinraza”, disponibilizado pelo SUS, tem a função apenas de controle dos efeitos da doença, mediante a substituição da proteína em falta no organismo do paciente.

6. Considerando o alto custo do fármaco e não tendo a autora condições de custeá-lo, negar-lhe o fornecimento pretendido implicaria desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida.

7. Uma leitura constitucional do caso demonstra que o postulado da dignidade da pessoa humana não permite, em nenhuma hipótese, o estabelecimento rígido do fornecimento de determinado medicamento/tratamento, sem chances de modificação somente para que assim se onere menos o Estado.

8. Remessa necessária desprovida.

(TRF3, RemNecCiv 5006693-58.2021.4.03.6110/SP, Terceira Turma, Relator Nelson dos Santos, Intimação via sistema 22/02/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. TUTELA PROVISÓRIA. PROBABILIDADE DO DIREITO. AUSÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TEMA 106/STJ. IMPRESCINDIBILIDADE OU NECESSIDADE DO FÁRMACO. INEFICÁCIA DO TRATAMENTO FORNECIDO PELO SUS. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Embora fosse sempre desejável uma tutela exauriente e definitiva contemporânea à exordial, a realidade é que a instrução processual, a formação do convencimento e o exercício do contraditório demandam tempo. Quando esse tempo é incompatível com o caso concreto, tutelas de cognição sumária, posto que sofrem limitações quanto à profundidade, são necessárias.

2. No caso das tutelas provisórias de urgência, requerem-se, para sua concessão, elementos que evidenciem a probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC) e a ausência de perigo de irreversibilidade da decisão.

3. A saúde é um direito social garantido pela Constituição da República (art. 6º), indissociável do direito à vida (art. 5º, *caput*). À luz dos artigos 196 e 198, § 1º, da Magna Carta, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra com o mero repasse de verbas.

4. A recusa no fornecimento do medicamento pretendido pela autora implica em desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis.

5. A Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.657.156/RJ (Tema 106), de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob

a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que “a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento”.

6. Quanto ao caso concreto, a autora comprovou ser portadora de atrofia muscular especial – AME Tipo 1, conforme laudo produzido pelo Instituto da Criança do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, doença genética que afeta o corpo do neurônio motor promovendo fraqueza e hipotonia muscular, além de comprovar a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito, esse com registro na ANVISA. Por outro lado, a controvérsia sedimentou-se na comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

7. De acordo com os autos, de fato, não restou comprovada a imprescindibilidade do remédio requerido. Isto porque, não obstante Dr. Luiz Fernando Grossklauss afirme que o medicamento fornecido pelo SUS não possa ser administrado em pacientes com ventilação mecânica, é certo que, enquanto internada, a autora recebeu doses de Nursinersena (Spinarza), fornecido pelo SUS.

8. Neste sumário exame cognitivo, não se vislumbra os requisitos autorizadores da medida pleiteada, o que não afasta eventual procedência do pedido, após o estabelecimento do amplo contraditório e produção de provas, notadamente de perícia médica.

9. Agravo de instrumento improvido.

(TRF3, AI 5015230-40.2021.4.03.0000/SP, Terceira Turma, Desembargador Federal Nery da Costa Junior, DJEN 10/11/2022)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA DO REQUERENTE. REGISTRO NA ANVISA. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à concessão gratuita de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS.

2. A tutela provisória de urgência, em sua modalidade antecipada, objetiva adiantar a satisfação da medida pleiteada, garantindo a efetividade do direito material discutido. Para tanto, nos termos do art. 300 do atual Código de Processo Civil, exige-se, cumulativamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

3. Ainda que no campo da definição de políticas públicas, seja possível priorizar a tutela das necessidades coletivas, não se pode, com esse raciocínio, deixar de promover a guarda dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao chamado mínimo existencial, quando não houver, por parte do poder público, o devido suprimento às necessidades básicas do indivíduo.

5. Não se cogita, igualmente, de indevida ingerência do Poder Judiciário na gestão de políticas públicas, visto que, em situações excepcionais, é cabível controle judicial para determinar que a Administração Pública cumpra determinada obrigação de fazer, cuja inadimplência possa comprometer a real eficácia dos direitos fundamentais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

6. No julgamento do REsp nº 1.657.156/RJ, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, foi fixada a seguinte tese, acerca do fornecimento de medicamentos não

distribuídos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS: a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

7. No caso em comento, a insuficiência de recursos do demandante para arcar com o tratamento desejado foi demonstrada por documentos juntados à petição inicial (ID 160747408 – fl. 57). A este respeito, soma-se à baixa renda dos responsáveis pela postulante, o valor exorbitante da medicação em tela.

8. Verifica-se, em consulta ao Portal da ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br/consulta-produtos-registrados>), que o medicamento *Zolgensma* (Onasemnogene Apeparvovecxiol), encontra-se atualmente registrado pela Agência Reguladora, sob o número 100681174 (processo nº 25351.030622/2020-65), desde 17.08.2020. O relatório médico trazido aos autos (ID 160747408 – fl. 62/63), por sua vez, atesta o diagnóstico da paciente e confirmara a indispensabilidade do fármaco para a melhora da condição de saúde desta, uma vez que inexistente, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, tratamento de eficácia semelhante.

9. Ressalta-se que a eficiência da terapêutica à base de *Zolgensma* (Onasemnogene Apeparvovecxiol) exige sua ministração em pacientes de até 2 anos de idade, conforme recomendações de sua própria bula. Haja vista que a requerente é nascida em 11.08.2020, reputa-se suficientemente assegurada a adequação do tratamento pretendido, não cabendo qualquer outra divagação a respeito da idade da parte autora.

10. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF3, AI 5012127-25.2021.4.03.0000/SP, Terceira Turma, Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho, Intimação via sistema 18/10/2021)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. *ZOLGENSMA*. AGRAVANTE PORTADORA DE AME - AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINHAL TIPO 1. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A VIDA E SAÚDE DA POSTULANTE. EXPECTATIVA DE CURA DA PATOLOGIA. INEFICÁCIA DA TERAPIA FORNECIDA PELO SUS. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são de natureza subjetiva, inatos à pessoa humana, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, constitucionalmente protegidos, cujo fundamento, em um Estado Democrático de Direito, erguido sobre o pilar da proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

2. É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, mormente as mais graves, bem como de haver responsabilidade solidária entre os entes federativos no exercício desse múnus constitucional. Precedentes.

3. A jurisprudência se assentou no sentido de que, havendo conflito entre o direito fundamental à vida (art. 5º, Constituição Federal) e à saúde (art. 6º, Constituição Federal) do cidadão hipossuficiente e eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, deve ser dada prioridade àqueles, pois o Sistema Único de Saúde - SUS - deve prover os meios para se fornecer medicação e tratamentos que sejam necessários a preservação da vida, saúde e dignidade do paciente sem condições financeiras para custeio pessoal ou familiar, segundo prescrição médica. Precedentes.

4. O E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, estabeleceu os requisitos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo SUS: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. A Corte Superior estabeleceu, ainda, que tais critérios somente seriam exigidos para os processos distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento.

5. No julgamento do mérito do RE 657.718, em 22/05/2019, Tema 500 da Repercussão Geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se discute a possibilidade, ou não, de se obrigar o Estado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, à luz dos arts. 1º, inc. II; 6º; 23, inc. II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal (publicação no DJe 232, divulgado em 24/10/2019), o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, fixou tese no sentido de que: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2006), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.”

6. Ainda, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, por maioria, no âmbito do RE 566.471 relativo à obrigatoriedade do Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para aquisição – Tema 6 da Repercussão Geral, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 11/03/2020, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), ressalvadas situações excepcionais, as quais serão definidas na formulação da tese. Entretanto, colhe-se, de Notícia veiculada no sítio eletrônico da Corte Superior, também em 11/03/2020, acerca do referido julgado, que a tese “vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.”

7. Existindo requerimento de registro do ZOLGENSMA na ANVISA, conforme DOU de 17/08/2020, por meio da Resolução 3.061/2020, tendo sido o fármaco foi registrado na ANVISA, os elementos probatórios constantes dos autos são conclusivos ao atestarem que a agravante é portadora de AME – AME - AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINHAL TIPO 1, doença grave, degenerativa e rara, sendo o medicamento por ela requerido, ZOLGENSMA, o único do mundo existente para o tratamento, com expectativa de cura da patologia.

8. Patente, portanto, a imprescindibilidade do fármaco para assegurar à agravante o cumprimento do direito fundamental à saúde (CF, art. 6º e 196) e, consequentemente, ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

9. Agravo de instrumento provido.

(TRF3, AI 5012001-09.2020.4.03.0000/SP, Sexta Turma, Juíza Federal Convocada Giselle de Amaro e Franca, e-DJF3 Judicial 1 10/09/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (TERAPIA GÊNICA IN VIVO – ZOLGENSMA). NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STJ (TEMA 106) E STF (TEMAS 500 E 793). RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE DECISÃO AGRAVADA SEGUNDO A TÉCNICA PER RELATIONEM.

1. O medicamento pleiteado pelas Autoras não é aprovado pela ANVISA, tendo sido aprovado somente pelo FDA (*Food and Drug Administration*), órgão americano responsável por avaliar medicamentos. Aliás, no único país em que o fármaco foi oficialmente admitido, os Estados Unidos através da FDA, surgiram sérias dúvidas sobre a lisura dos testes de eficácia do medicamento enquanto usado em cobaias não humanas, conforme delação formalizada pela empresa AveXis Inc. e que gerou de parte da multinacional suíça Novartis a admissão de que houve manipulação de resultados no curso de testes com animais, conforme declaração de 7 de agosto de 2019 feita pelo executivo Vasant Narisimhan. Na verdade, os sites de internet que veiculam assuntos farmacêuticos esclarecem que o processo de elaboração do *Zolgensma* não foi o mesmo desde que o fármaco foi inventado e a manipulação de dados foi realizada ao se comparar a versão que é a atual com uma que era anterior.

2. Embora não se pode descartar o custo fantástico do medicamento - que beira a irrerealidade - não se trata de família em condição de pobreza e as crianças não estão desassistidas como ocorre - ou ocorria, antes do SUS adotar o Spinraza - com a imensa maioria dos brasileirinhos acometidos pela cruel moléstia, em favor de quem, por várias vezes este Relator determinou o fornecimento dessa medicação pelo Poder Público.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento, restando prejudicado o agravo interno.

(TRF3, AI 5000860-90.2020.4.03.0000/SP, Sexta Turma, Desembargador Federal Luis Antonio Johonsom Di Salvo, Intimação via sistema 08/07/2020)

4 Considerações finais

O Poder Judiciário tem exercido importante papel na concretização do direito fundamental à saúde, previsto constitucionalmente e regulamentado por política pública.

É em cada situação concreta, mediante as provas produzidas, que o juiz verifica se a pretensão pode ou não ser acolhida.

O juiz não participa da elaboração da política pública de saúde, mas a decisão judicial repercute na política.

E, assim, no diálogo institucional entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, é que se realiza o direito à saúde, marco fundamental de cidadania inscrito na Constituição de 1988.

Referências

AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010, p. 183-238.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. CONITEC. *Saúde lança portaria de incorporação do Zolgensma e assina protocolo de intenções com fabricante do medicamento para garantir oferta da tecnologia no SUS*. 14 dez. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/saude-lanca-portaria-de-incorporacao-do-zolgensma-e-assina-protocolo-de-intencoes-com-fabricante-do-medicamento-para-garantir-oferta-da-tecnologia-no-sus>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. BVS – Biblioteca Virtual em Saúde. *Aprovada a incorporação no SUS de medicamento para o tratamento de crianças com Atrofia Muscular Espinhal (AME)*. 14 dez. 2022. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/aprovada-a-incorporacao-no-sus-de-medicamento-para-o-tratamento-de-criancas-com-atrofia-muscular-espinhal-ame/>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *ADPF 45 MC/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=45#>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *ED RE 855.178/SE*, Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, j. 23/05/2019, DJe 16/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *Pet 1246 MC/SC*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 31/01/1997, DJ 13/02/1997. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=Pet&numero=1246#>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *RE 566.471/RN*, Relator Ministro André Mendonça, j. 19/08/2020, DJe 15/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=RE&numero=566471#>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *Tema 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incideNte=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *Tema 500*: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidete=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *Tema 793*: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidete=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STF. *Tema 1161*: Dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidete=5559067&numeroProcesso=1165959&classeProcesso=RE&numeroTema=1161>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STJ. *Tema IAC 14*. Tratando-se de medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na ANVISA, analisar se compete ao autor a faculdade de eleger contra quem pretende demandar, em face da responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, e, em consequência, examinar se é indevida a inclusão da União no polo passivo da demanda, seja por ato de ofício, seja por intimação da parte para emendar a inicial, sem prévia consulta à Justiça Federal. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. STJ. *Tema Repetitivo 106*. Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *AI 5000860-90.2020.4.03.0000/SP*, Sexta Turma, Desembargador Federal Luis Antonio Johonsom Di Salvo, intimação via sistema 08/07/2020. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/136116174>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *AI 5012001-09.2020.4.03.0000/SP*, Sexta Turma, Juíza Federal Convocada Giselle de Amaro e Franca, e-DJF3 10/09/2020. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/141108824>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *AI 5012127-25.2021.4.03.0000/SP*, Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho, intimação via sistema 18/10/2021. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/199664150>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *AI 5015230-40.2021.4.03.0000/SP*, Terceira Turma, Desembargador Federal Nery da Costa Junior, DJEN 10/11/2022. Disponível em:

<https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/266227618>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *AI MS 5028247-46.2021.4.03.0000/MS*, Quarta Turma, Relatora Desembargadora Federal Monica Nobre, Intimação via sistema 08/05/2023. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/273634409>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. TRF3. *Estatística da Justiça Federal da 3ª Região*. Relatórios Estatísticos em Business Intelligence da 3ª Região. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/estatistica-da-justica-federal-da-3a-regiao/>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TRF3. *NatJus*. Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/natjus>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TRF3. *RemNecCiv 5006693-58.2021.4.03.6110/SP*, Terceira Turma, Relator Nilton dos Santos, Intimação via sistema 22/02/2023. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/270121875>. Acesso em: 09 jun. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia "Hucitec", 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247-266.

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; EDLER, Flávio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade; GERCHMAN, Sílvia; EDLER, Flávio Coelho (Org.). *Saúde e democracia: histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 59-81.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Luciana de Oliveira. O uso dos precedentes pelo STF em casos de fornecimentos de medicamentos. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 351-365.

SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: os desafios da gestão interfederativa*. Campinas: Saberes, 2013.

VALÉCIO, Marcelo de. *Medicamento mais caro do mundo agora no Brasil*. ICTQ, 18 ago. 2020. Disponível em: <https://ictq.com.br/assuntos-regulatorios/1924-medicamento-mais-carro-do-mundo-agora-no-brasil>. Acesso em: 09 jun. 2023.

Liberdade de expressão artística nos 35 anos da Constituição: a contribuição do Judiciário

Freedom of artistic expression in the 35 years of the Constitution: the contribution of the Judiciary

Inês Virgínia Prado Soares

Desembargadora no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Realizou pesquisa de Pós-doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (2009-2010). Colíder do Grupo de Pesquisa do CNPq - Arqueologia da Repressão e da Resistência da Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

RESUMO:

O artigo analisa a contribuição do Supremo Tribunal Federal (STF) para o reconhecimento e fortalecimento da liberdade de expressão artística na democracia brasileira. Parte-se do pressuposto de que o STF, no exercício da *judicial review*, tem um papel essencial na salvaguarda das condições essenciais para o livre exercício da expressão artística no cenário político, econômico e social. Com base em doutrina e legislação sobre o assunto, são analisadas decisões paradigmáticas do STF sobre o tema, com a finalidade de apresentar o estado da arte nos 35 anos da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE:

Liberdade de expressão artística. Jurisdição constitucional em direitos culturais. *Leading cases* do STF e direitos culturais. Constituição e direitos culturais.

ABSTRACT:

The article analyzes the contribution of the Federal Supreme Court (STF) to the recognition and strengthening of freedom of artistic expression in Brazilian democracy. It is based on the assumption that the STF, in the exercise of judicial review, plays an essential role in safeguarding the essential conditions for the free exercise of artistic expression in the political, economic and social scenario. Based on doctrine and legislation on the subject, paradigmatic decisions of the STF on the subject are analyzed, with the aim of presenting the state of the art in the 35 years of the Constitution.

KEYWORDS:

Freedom of artistic expression. Constitutional jurisdiction in cultural rights. Leading cases of the STF and cultural rights. Constitution and cultural rights.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Liberdade de expressão artística na ordem constitucional brasileira. 3 Liberdade de expressão artística na jurisdição constitucional. 4 Dever estatal de fomentar atividades culturais e garantir espaços decisórios participativos. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente artigo analisa a contribuição do Supremo Tribunal Federal (STF) para o reconhecimento e fortalecimento da liberdade de expressão artística na democracia brasileira, especialmente em julgamentos de ações de sua competência originária, nas quais se discute a constitucionalidade de normas que estruturam as políticas públicas culturais ou que, de algum modo, permitem o controle ou a interferência do Estado na criação artística e no compartilhamento amplo e livre desta criação.

Para o desenvolvimento da argumentação, serão trazidos os *leading cases* julgados pelo STF nesse campo e também aportes doutrinários e legais que permitem a fixação de elementos essenciais para a reflexão sobre o papel do Estado na seara dos direitos culturais e da liberdade de expressão, especificamente no campo das artes e da liberdade de expressão artística.

2 Liberdade de expressão artística na ordem constitucional brasileira

O direito à liberdade de expressão artística é um direito humano essencial à vida e característico da condição humana, decorrente da necessidade de comunicação e de expressão do pensamento e de sentimentos.

As diretivas internacionais indicam a importância da liberdade de expressão cultural. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1986) estabelecem teor semelhante para o direito de liberdade de pensamento e de expressão, direito “que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideais de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”, e para o direito cultural de todo ser humano “de participar livremente da vida cultural da comunidade, de desfrutar das artes e de participar do processo científico e de seus benefícios” e também “à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

A criatividade e a liberdade são traços inerentes à condição humana. Por isso, a expressão artística independe de um aparato administrativo e jurídico para seu surgimento, bem como a exposição da criação artística em espaços públicos não está, necessariamente, vinculada a valores democráticos. No entanto, no exercício das liberdades culturais – dentre as quais, a liberdade de expressão artística –, faz-se necessário que o Estado cumpra suas obrigações perante a comunidade internacional e respeite os pilares essenciais de direitos humanos, aqueles denominadores comuns indicados nas normativas internacionais¹.

¹ Nesse sentido, o Ministro Ayres Britto, em aditamento de seu voto na ADPF 130, ao reafirmar o entendimento de que a liberdade de manifestação do pensamento é expressão imediata da

Em todo o mundo, o papel do Estado na liberdade de expressão artística é de extrema relevância, não apenas porque tem obrigação de desempenhar a tarefa de garantidor desta liberdade, mas também porque, contrariando a normativa internacional que reconhece os direitos derivados dessa liberdade como direitos humanos, pode exercer o perverso e danoso papel de violador, perseguidor e censor dos artistas e das artes, com edição de leis e/ou com execução de políticas públicas.

No cenário jurídico brasileiro, a Constituição é um pilar fortíssimo para a garantia da liberdade de expressão artística, o que tem permitido o acionamento do STF nos casos de edição de leis ou de prolação de decisões judiciais que restringem indevidamente o amplo exercício dessa liberdade. Como se verá adiante, o STF tem enfrentado e decidido as questões mais complexas e espinhosas, “não só definindo os contornos da liberdade de expressão, como também contribuindo para a afirmação e o reconhecimento da sua importância” (KOATZ, 2011, p. 393).

Ao analisar a liberdade de expressão artística, como direito fundamental e integrante da estrutura de um regime democrático, Daniela Lima de Almeida (2014, p. 56) destacou dois aspectos:

Primeiro, ficou demonstrado que uma sociedade democrática é plural e essa multiplicidade deve ser fomentada pelo Estado que tem o objetivo de proporcionar igualdade de condições sociais para os seus cidadãos. O segundo aspecto diz respeito à possibilidade do estabelecimento de limites, tendo em vista que nenhum direito é absoluto e por isso, a liberdade de expressar a arte deve ser limitada pela necessidade de harmonização com os outros direitos fundamentais previstos em uma sociedade democrática de direito.

A liberdade expressão artística está abrigada na concepção de liberdade de expressão, sendo esta, nas palavras de Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz (2011, p. 394), “uma emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece que a realização individual de cada um depende, em grande medida, do intercâmbio de impressões e experiências para o que a liberdade é fundamental”. Mais adiante, o mesmo autor (KOATZ, 2011, p. 397) ressalta que:

[...] a liberdade de expressão não se resume a tutelar quem manifesta suas próprias opiniões, mas também a todos os seus destinatários e, em última análise, a sociedade como um todo. Não basta que os indivíduos sejam livres para falar o que pensam. É preciso que os veículos de comunicação sejam livres e que os indivíduos tenham – ou ao menos possam ter – acesso a todos os tipos de informação e pontos de vista sobre o mundo que os cerca, para que possam desenvolver sua personalidade livremente, escolhendo, com consciência, como desejam viver.

É importante destacar que o conteúdo jurídico da liberdade de expressão artística não se esgota nos direitos do artista e em seu direito de se expressar livremente. Esse é apenas um dos feixes dessa liberdade. Os outros dois feixes

personalidade humana, trouxe trecho de decisão do Tribunal Constitucional Federal que declara: “O direito fundamental à livre expressão de pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes”. (STF, ADPF 130/DF, aditamento ao voto do Relator Ministro Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJe 06/11/2009)

são: a liberdade de integrar e contribuir com o processo de expressão artística (gestão, produção, pesquisa, divulgação das artes, dentre outros) e a liberdade de ter acesso às expressões artísticas (como espectador).

De acordo com o sistema de justiça brasileiro, o direito a uma estrutura estatal que resguarde a liberdade de expressão artística (com repúdio à censura, garantia dos direitos de autor e da liberdade criativa e oferta de meios e equipamentos para fruição das artes em comunidade) está estritamente vinculado aos valores constitucionais como democracia, dignidade da pessoa humana, cidadania etc., e à garantia de outras liberdades, dentre as quais, destaca-se a liberdade expressão que confere teor ao direito à informação, livre e plural.

Deste modo, o livre acesso à informação é considerado um direito fundamental que viabiliza o desenvolvimento de indivíduos e a formação de opinião pública livre, com benefícios para toda a sociedade, além de desempenhar uma função institucional voltada à proteção, em última análise, do próprio regime democrático. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] trata-se de um direito tão importante para a cidadania que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio, a teor do art. 139, III, da Carta Magna, decretado nos casos de "comoção grave de repercussão nacional" ou, ainda, de "declaração de guerra ou resposta à agressão armada" (art. 137, I e II).
(STF, ADI 3.741/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2006, DJ 23/02/2007)

A liberdade de expressão artística está expressamente estampada na Constituição brasileira. Nessa perspectiva, abrangida pelo direito à liberdade de expressão e de manifestação cultural, a liberdade de expressão artística tem sede constitucional e está permeada em diversos dispositivos, valendo destacar: o artigo 5º, incisos IV ("é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato") e IX ("é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"); os artigos 215 (*caput* e parágrafos), 216 (*caput* e parágrafos) e 216-A, que versam sobre o direito à manifestação cultural, ao patrimônio cultural (inclusive o imaterial, como as criações científicas, artísticas e tecnológicas como integrantes do patrimônio cultural brasileiro) e garante a estrutura governamental para a proteção da cultura pelo Sistema Nacional de Cultura; e o artigo 220 e seus parágrafos.

A Constituição estabeleceu parâmetros para a construção de um Estado democrático cultural e garantiu uma estrutura normativa para que a gestão da cultura e o desenho e implementação das políticas públicas neste campo se desenvolvam dentro de uma ótica participativa, diversa e inclusiva, com aporte de recursos financeiros públicos para a produção cultural e para seu amplo acesso.

É nesse contexto que vale mencionar a previsão do § 3º do artigo 216, de que "A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais", bem como as Emendas Constitucionais, que inseriram o Plano Nacional de Cultura – PNC (art. 215, § 3º) e o Sistema Nacional de Cultura – SNC (art. 216-A).

No artigo 215, o teor constitucional não é apenas determinar ao Estado a tarefa de garantir a todos o "pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional", mas de apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais. Para isso, o PNC aborda a missão de integração das ações

do poder público que, nos termos dos incisos I a V do § 3º deste artigo 215, conduzem à:

- I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
- V - valorização da diversidade étnica e regional.

O PNC² está veiculado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.343/2010 (lei do PNC) e tem por finalidade o planejamento e implementação de políticas públicas, de prazo decenal³, voltadas à proteção e promoção da diversidade cultural brasileira. Por ser um instrumento que realiza missões estatais previstas expressamente no texto constitucional (§ 3º do art. 215), os contornos definidos pelos valores e direitos na Constituição é que desenharam a borda ou a margem de liberdade dos Poderes Executivo e Legislativo para o planejamento dos investimentos públicos no PNC (que é um Plano Plurianual) e, por decorrência, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas Leis Orçamentárias Anuais (art. 165, § 5º, I e II).

Já o SNC, de acordo com a Constituição:

[...] institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais (art. 216-A, *caput*).

Este sistema terá uma lei federal para dispor sobre sua regulamentação, bem como sobre sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo (art. 216-A, § 3º).

A leitura combinada do *caput* e § 3º do artigo 215, do § 3º do artigo 216 e do artigo 216-A respalda o entendimento de que há espaço para questionamento de inconstitucionalidade de opções governamentais de não aportar recursos públicos para promoção da produção cultural, seja por meio de despesas públicas, por destinação de verbas à estrutura administrativa da cultura ou às políticas propostas (subvenções, subsídios) ou ainda pela renúncia fiscal, seja pela isenção, entre outros mecanismos de incentivo para a iniciativa privada.

Este raciocínio argumentativo, que se soma à garantia constitucional e aos precedentes da Corte sobre liberdade de expressão artística, é essencial para ponderação entre as produções artísticas e quais os limites de atuação do Poder Executivo na gestão e reestruturação da máquina pública.

Nesse esteio, as tarefas estatais passam pelo constante fortalecimento dos valores constitucionais da cultura e também pela atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no sentido de conferir à sociedade a legitimação ativa para a concretização dos seus direitos culturais, a partir de instrumentos normativos e

² Para saber mais sobre o PNC, ver Guilherme Varella (2014). Esse livro discute o papel do Estado na conversão do Plano em efetivas políticas públicas para a cultura.

³ O primeiro PNC iria até 2020, porém, a Lei nº 14.468/2022 ampliou sua duração para 14 anos.

administrativos indicados na Constituição e nas normas infraconstitucionais (SILVA, 2001, p. 51-52).

3 Liberdade de expressão artística na jurisdição constitucional

A percepção, na arena da jurisdição constitucional, da intrínseca relação entre liberdade de expressão cultural e fatores sociais, econômicos e políticos é essencial para compreensão das melhores práticas na seara cultural e dos mecanismos que podem contribuir para o fortalecimento da democracia e para a reversão do quadro de vulnerabilidade e insegurança pessoais (CANÇADO TRINDADE, 1993). É correto afirmar que aspectos sociais, econômicos e políticos podem se revelar, na prática, como fatores limitadores da liberdade de expressão artística. Nessa ótica, o fortalecimento e valorização dos direitos civis e políticos são medidas centrais na formulação e implementação de políticas culturais que resguardem as necessidades sociais e econômicas dos atores do campo artístico-cultural (SEN, 2003).

Ao analisar a liberdade de expressão, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz (2011, p. 398) traz argumentos que se aplicam perfeitamente à liberdade de expressão artística. O autor explica que todo e qualquer conteúdo da mensagem externada é, em princípio, protegido pela Constituição, “principalmente aqueles que desagradam a maioria. Ideias impopulares são justamente aquelas que mais precisam ser protegidas pela liberdade de expressão, pois correm risco de sofrer limitações e censura”. Quanto às formas de manifestação, o referido autor (KOATZ, 2011, p. 399) destaca que a proteção à liberdade de expressão abarca toda e qualquer manifestação, desde que não violenta:

Ela abrange gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as mensagens de páginas de relacionamento, “blogs” etc. Além disso, também é certo que a proteção constitucional abarca diferentes “estilos” de manifestação, que podem variar das leves e bem-humoradas às mais ácidas e ferinas; daquelas que transmitem emoções e sentimentos às que possuem apelo estritamente racional.

Alguns autores sustentam que apenas o “discurso” seria protegido pela liberdade de expressão, e não a conduta. Nessa linha de raciocínio, seria possível, por exemplo, defender teses separatistas, mas não adotar medidas tendentes à sua implementação⁴.

Somente após duas décadas da promulgação da Constituição aniversariante foi que o STF enfrentou o tema em sede de jurisdição originária, com o julgamento, em 2009, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, relatada pelo Ministro Ayres Britto. Esse julgado foi um marco na discussão da liberdade de expressão, ao afirmar a plenitude de seu exercício como decorrência da dignidade da pessoa humana e como meio de reafirmação de outras liberdades constitucionais e sempre com respeito aos direitos de personalidade, também

⁴ O autor, no momento seguinte do mesmo texto, destaca que há casos em que a conduta também tem a finalidade de transmitir uma mensagem, situação que seria abrangida pela liberdade de expressão. Cita o clássico exemplo do direito norte-americano da queima da bandeira como sinal de protesto, que foi entendido pela Corte como exercício da liberdade de expressão (*Texas v. Johnson*, 109 S.Ct, 1989).

merecedores de proteção. O voto do Ministro Celso de Mello na citada ADPF 130 traz fundamentos nessa linha:

É relevante observar, aqui, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do direito (dever) de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática “ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância [...], sem os quais não há sociedade democrática [...]” (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 7-12-1976). [...] É importante observar, no entanto, [...] que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe — observados determinados parâmetros referidos no § 1º do art. 220 da Lei Fundamental — a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas. Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. [...] É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. (STF, ADPF 130/DF, voto Ministro Celso de Mello, j. 30/04/2009, DJe 06/11/2009)

O voto do relator da ADPF 130, Ministro Ayres Britto, também aborda a necessidade de proporcionalidade entre a proteção da livre manifestação da imprensa e dos direitos de personalidade:

Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. [...] Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. (STF, ADPF 130/DF, Relator Ministro Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJe 06/11/2009)

O julgamento da ADPF 187, sobre a Marcha da Maconha, traz bons parâmetros para o exercício da liberdade de expressão e também para a liberdade de expressão artística, especialmente porque vincula liberdade com democracia, com a menção do aporte conceitual do “mercado livre de ideias”, como elemento inerente ao regime democrático. A ADPF foi relatada pelo Ministro Celso de Mello, que afirma, em seu voto, “a liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas”. Vale destacar excertos da Ementa:

Marcha da Maconha. [...] A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevaletentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-

cultural, no âmbito das formações sociais. [...] A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso”. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias”. O sentido da existência do *free marketplace of ideas* como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695 MC/RS, rel. min. Celso de Mello). A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da República. [...]

(STF, ADPF 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011, DJe 29/05/2014)

Ao abordar os limites constitucionais da liberdade artística nos julgamentos do STF, Beatriz Bastide Horbach (2017) destaca que os julgadores consideram a “flexibilidade conceitual inerente à atividade artística”:

Como visto, o conceito de liberdade artística é extremamente amplo e variável. A adequação da conduta ao tempo, ao local e ao contexto em que praticada é essencial para sua caracterização. Ainda assim, há de se proteger manifestações que hoje podem ser consideradas chocantes pela maioria, uma vez que a liberdade artística, como liberdade de expressão, é um dos instrumentos utilizados pelo ser humano como forma de manifestação para própria evolução de ideias. Afinal, *o sentido e a razão* do direito fundamental de liberdade de expressão é “assegurar o combate intelectual de opiniões” (*den geistigen Kampf der Meinung zu gewährleisten*)

Daí a perceber-se que a linha interpretativa dos limites da liberdade artística é bastante tênue. Os julgadores precisam ponderar e valer-se do princípio da proporcionalidade nas hipóteses em que esse direito colida com outros, constitucionalmente garantidos, sem deixar de considerar a flexibilidade conceitual inerente à atividade artística, em constante desenvolvimento.

Nesses 35 anos de Constituição, a tendência na jurisprudência do STF foi de considerar inconstitucionais leis que proíbem, em tese, a expressão artística, indicando a responsabilização ulterior, nos casos de violação. Há decisões recentes e emblemáticas do STF nesse sentido.

A primeira é a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.451, de relatoria do Ministro Alexandre Moraes⁵, que considerou inconstitucionais dispositivos da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), que proibiam as emissoras de rádio e televisão de veicular programas de humor envolvendo candidatos, partidos e coligações nos três meses anteriores ao pleito, como forma de evitar que sejam ridicularizados ou satirizados. Esses dispositivos foram suspensos logo em sede de cautelar, em 2010, quando o Ministro Ayres Britto, então relator, estabeleceu a compreensão de que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”. Em 2018, a cautelar foi confirmada, valendo transcrever breve trecho do voto relator:

⁵ Inicialmente, o relator da ADI foi o Ministro Ayres Britto, que suspendeu, em decisão cautelar, alguns dispositivos da lei. Após sua aposentadoria, a ADI foi redistribuída.

A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.[...] O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.[...]. (STF, ADI 4.451/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019)

O Ministro Celso de Mello, em seu voto neste julgado, vinculou a prática da cidadania à liberdade de expressão artística, realçando a outra faceta da liberdade de expressão artística, consistente na liberdade do destinatário da criação humorística:

Em uma palavra: o riso e o humor são expressões de estímulo à prática consciente da cidadania e ao livre exercício da participação política, enquanto configuram, eles próprios, manifestações de criação artística. O riso e o humor, por isso mesmo, são transformadores, são renovadores, são saudavelmente subversivos, são esclarecedores, são reveladores. É por isso que são temidos pelos detentores do poder ou por aqueles que buscam ascender, por meios desonestos, na hierarquia governamental. (STF, ADI 4.451/DF, voto Ministro Celso de Mello, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019)

Ao comentar este julgado, Ingo Sarlet (2018) argumenta:

Muito embora a distinção entre uma manifestação artística que tenha um teor crítico legítimo e uma que não passe de uma mera ofensa seja muito difícil de ser traçada, soa intuitivo que em sendo evidente o teor ofensivo é possível, em princípio, acionar os mecanismos de responsabilização, previstos na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Por outro lado, precisamente a dificuldade de se distinguir o que pode ser considerado uma mera ofensa pessoal e não mais uma crítica, reforça a necessidade de se receber com muita reserva tal critério, que deve ser utilizado com extrema parcimônia, não desvirtuando o mandamento constitucional de que restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas de forma restritiva [...].

A segunda decisão é a proferida na ADI 4.815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que ficou conhecida *como o caso das biografias não autorizadas*. A discussão central da ADI foi sobre os limites ao exercício da liberdade de expressão, em caso de violação da privacidade. Os julgadores decidiram se a necessidade de autorização prévia do biografado (ou de sua família) era uma forma de censura e estabeleceram alguns parâmetros para proteção do biografado.

Numa clara percepção que a censura pode vir travestida de regra infraconstitucional válida e de aplicação legítima em outras situações, é dito, no voto relator, que um dispositivo do Código Civil não pode abolir o direito de expressão e de criação de obras literárias. O julgamento exigiu a reflexão sobre as formas de proteção do biografado (ou de sua memória, no caso dos falecidos).

Os Ministros indicaram mecanismos de reparação, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal; e também destacaram que o manejo processual, com uso de tutelas inibitórias poderia, na prática, inviabilizar o exercício da liberdade de expressão, contrariando a decisão da ADI⁶.

Os julgadores foram influenciados pelos precedentes da Corte e confirmaram os valores constitucionais de liberdade de informação e literária. Em matéria publicada no site do STF para divulgar o julgamento por unanimidade, da ADI em comento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi destacada uma fala da Relatora Ministra Cármen Lúcia que traduz o fundamento que norteou os julgadores nesse assunto: “não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição” (STF, Notícias, 2015).

Quando se aborda a liberdade de expressão e a censura, outro enfoque que merece destaque é a resposta da Corte a condutas ardilosas e criminosas que se escondem sob o guarda-chuva das liberdades fundamentais.

Um bom exemplo vem do caso Ellwanger⁷, um julgado que versa sobre a tormentosa questão do *hate speech*, discurso de ódio. O decano da Corte destacou que o editor fez declarações que extrapolavam “os limites da indagação científica e da pesquisa histórica” e que eram um “estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus”. O Ministro Gilmar Mendes ressaltou que os discursos ofensivos estão abarcados pela liberdade de expressão e adotou uma solução a partir da ponderação entre os princípios em conflito, votando pela manutenção da condenação pelo crime de racismo. O *hate speech* voltou a ser levantado, pelo Ministro Celso de Mello, como ponto relevante levantado na citada ADI 4.815, das biografias não autorizadas.

Além do enfoque na censura ou na responsabilização *a posteriori*, houve ainda outros tópicos importantes para uma visão ampla do assunto. Nesse sentido, vale trazer a posição da Corte sobre a intervenção do Estado no exercício da liberdade de expressão artística.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 414.426, em 2011, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Plenário entendeu pela não obrigatoriedade da inscrição dos músicos em conselho profissional como pressuposto de exercício deste ofício. O Ministro Celso de Mello destacou o risco da interferência do Estado no exercício de profissões ligadas às artes, as quais têm como pressuposto a liberdade de expressão artística. No voto foi consignado que:

[...] a excessiva intervenção do Estado no âmbito das atividades profissionais, notadamente daquelas de natureza intelectual e artística, além do perigo que essa intrusão governamental significa para as liberdades do pensamento,

⁶ Nessa perspectiva, o Ministro Barroso, citando Hartman, estabeleceu duas regras a serem aplicadas ao caso: “i) é possível restringir a veiculação de informação resultante de ilícitos como extorsão, interceptação, invasão de domicílio e similares; ii) pode ser restringida “mentira dolosa e deliberada, com o intuito de fazer mal a alguém”. (STF, ADI 4.815/DF, voto Ministro Luís Roberto Barroso, j. 10/06/2015, DJe 29/01/2016)

⁷ Esse caso chegou ao STF via Habeas Corpus. O resultado do julgamento pelo STF foi a manutenção da condenação do escritor e sócio da Revisão Editora Ltda, pelo crime de racismo, praticado por meio da edição e publicação de livros com conteúdo antissemita. (STF, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJe 19/03/2004)

também pode constituir indício revelador de preocupante tendência autocrática em curso no interior do próprio aparelho estatal.

(STF, RE 414.426/SC, voto Ministro Celso de Mello, j. 01/08/2011, DJe 10/10/2011)

Em 2016, o STF decidiu a ADI 2.404, relatada pelo Ministro Dias Toffoli, que discutiu a constitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no artigo 254 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a classificação indicativa, atividade estatal exercida pelo Ministério da Justiça. A Corte entendeu que o Estado não pode interferir na liberdade de expressão artística da família espectadora; e que a classificação indicativa é uma forma de esclarecimento, tem finalidade informativa sobre o conteúdo que será exibido, cabendo aos pais e responsáveis, a decisão de permitirem, ou não, o acesso de crianças e adolescentes a certos tipos de espetáculos. Vale trazer trecho da ementa deste julgado:

1. [...] É o sistema de classificação indicativa esse ponto de equilíbrio tênue, e ao mesmo tempo tenso, adotado pela Carta da República para compatibilizar esses dois axiomas, velando pela integridade das crianças e dos adolescentes sem deixar de lado a preocupação com a garantia da liberdade de expressão. [...] Entretanto, essa atividade não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê nos horários determinados pelo Ministério da Justiça, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário recomendado. Esse caráter autorizativo, vinculativo e compulsório conferido pela norma questionada ao sistema de classificação, *data venia*, não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, inciso XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República.

(STF, ADI 2.404/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 31/08/2016, DJe 01/08/2017)

Em 2019, houve o polêmico caso da apreensão de obras com temática LGBTQIA+ na Bienal do Livro do Rio, cujo mote foi o romance gráfico da revista “Vingadores, a cruzada das crianças” (Salvat), que exibiu um beijo na boca entre dois personagens masculinos. A decisão do presidente do TJ/RJ foi no sentido de permitir que agentes da prefeitura recolhessem outras obras com temática LGBT que fossem voltadas ao público infanto-juvenil e não estivessem lacradas.

Esse episódio trouxe à tona a indesejável e perigosa prática da censura travestida de institucionalidade. Este tipo de conduta foi apreciado na jurisdição constitucional, em Reclamações de descumprimento da ADPF 130, valendo mencionar a Reclamação (Rcl) 21.504, relatada pelo Ministro Celso de Mello, na qual é enfatizado no voto e consta da ementa que:

[...] o exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inadmissível censura estatal.

(STF, Rcl 21.504/SP AgR, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/11/2015, DJe 11/12/2015)

O STF proferiu duas decisões para cassar a autorização judicial de apreensão dos livros: uma, da lavra do Ministro Dias Toffoli, enquanto presidente da Corte, e

no atendimento a pedido do Ministério Público Federal, da então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, por meio da Suspensão de Liminar (SL) 1.248; e outra, pelo Ministro Gilmar, que se pronunciou na Rcl 36.742 impetrada pelos organizadores da Bienal.

Nas duas Reclamações, as decisões dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes partiram da concepção da pluralidade de ideias como algo estrutural da democracia brasileira e adotaram os precedentes da Corte, especialmente a ADPF 130, destacando a proibição constitucional à censura prévia, afastando o amparo do ato judicial reclamado nos artigos 78 e 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando a posição do STF no reconhecimento e proteção dos direitos do grupo LGBT, especialmente de não discriminação, de orientação sexual e de identidade de gênero. Da decisão do Ministro Dias Toffoli, vale destacar os seguintes trechos:

[...] Ademais, o regime democrático pressupõe um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito a voz. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo.

Nesse sentido, é esclarecedora a noção de “mercado livre de ideias” [...] segundo o qual ideias e pensamentos devem circular livremente no espaço público para que sejam continuamente aprimorados e confrontados em direção à verdade.

(STF, SL 1.248/RJ, Ministro Dias Toffoli, j. 08/09/2019, DJ 11/09/2019)

Da decisão do Ministro Gilmar Mendes, vale destacar o trecho que vincula e qualifica a liberdade de expressão artística a partir do teor veiculado na criação:

A situação posta nos autos suscita lembrar que a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas como manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, afastado o preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

(STF, Rcl 36.742/RJ, Ministro Gilmar Mendes, j. 09/09/2019, DJe 12/09/2019)

Por fim, para encerrar a reflexão deste tópico, sobre a potencialidade positiva ou danosa do Estado na edição de leis que refletem as opções governamentais para a área cultural, incentivando ou violando a liberdade de expressão artística, vale trazer a divergência apresentada pelo Ministro Carlos Britto na ADI 2.808, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. Nesta ação, a maioria dos julgadores acompanhou o relator e entendeu que uma lei estadual que instituía um Polo Estadual de Música Erudita era inconstitucional, sob fundamento da necessidade de consignação de dotação orçamentária para essa política pública.

Nas discussões da ADI 2.808, em divergência à posição vencedora, o Ministro Carlos Britto argumentou que a lei analisada inseriu um tipo de ação para uma política pública. Em suas palavras:

[...] a lei sob censura não está criando nenhum órgão, mas inserindo uma atividade objetiva, um programa, em um órgão existente, que é a instituição de um prêmio”; [...] “o programa já está ali definido, instituído, e serve de

estímulo, de incentivo, senão para esse governador que se opõe, aos futuros governadores;" é preciso "trabalhar com o tempo, com as expectativas.
(STF, ADI 2.808/RS, Ministro Carlos Britto, j. 28/08/2006, DJ 17/11/2006)

Apesar do resultado da ADI 2.808, que não acolheu os argumentos divergentes do Ministro Carlos Britto, foi importante o registro da divergência sobre a relevância da atuação estatal nas áreas das políticas de formação e de promoção cultural para o exercício da liberdade de expressão artística. O que se deseja destacar é que as discussões travadas pelos julgadores têm um potencial que extravasa os limites do julgado (ou de seu resultado). Nas palavras de Taylor e Da Ros (2008, p. 831):

[...] a importância política do tribunal não se restringe aos casos em que ele efetivamente declara inconstitucionais trechos de leis ou mesmo estatutos legais inteiros. O simples acionamento da corte por partidos oposicionistas e por diferentes grupos de interesse possui um significado que extrapola o posicionamento finalmente firmado pela corte nesses contextos.

Pode-se acrescentar, às palavras de Taylor e Da Ros (2008), que o registro da divergência nos debates dos julgadores possui um significado que vai além do resultado, constante na Ementa da decisão. O teor dos votos apresentados pelos Ministros assim como a argumentação trazida pelas partes e a participação da sociedade civil e de interessados por meio das Audiências Públicas e do ingresso como *amicus curiae* fornecem ricos elementos para a compreensão da jurisdição constitucional e servem de inspiração e base para as novas demandas.

Nesta perspectiva, vale analisar a importância da Audiência Pública realizada no curso da ADPF 614, ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade contra o Decreto Presidencial nº 9.919/2019 e a Portaria nº 1.576/2019 do Ministério da Cidadania. A ADPF 614 não foi julgada em seu mérito. Houve a revogação das normas questionadas e a Ministra relatora proferiu decisão monocrática julgando prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental pela perda superveniente do objeto.

Como a ADPF 614 trouxe o tema da liberdade de expressão artística novamente ao cenário da jurisdição constitucional, na perspectiva do dever estatal de fomento de atividades culturais e também de oferecimento de espaços decisórios participativos, o tópico seguinte abordará essa ação.

4 Dever estatal de fomentar atividades culturais e garantir espaços decisórios participativos

A ADPF 614 questionava as mudanças veiculadas no Decreto Presidencial nº 9.919/2019 e na Portaria nº 1.576/2019 do Ministério da Cidadania que, além de prejudicarem a participação plural e diversa nos processos administrativos decisórios sobre a política cultural para a área cinematográfica, poderiam impactar a destinação de verbas para a produção de filmes nacionais.

A aludida Portaria nº 1.576/2019 já havia sido objeto de questionamento em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e sua vigência estava

suspensa por decisão judicial⁸. Como destacou o procurador da república Sérgio Suiama (2019):

Tanto na ACP quanto na ADPF a questão jurídica diz respeito ao controle judicial da discricionariedade administrativa em matéria de fomento da atividade cultural por parte do Estado. Segundo alega o governo federal, o chefe do Executivo e seus delegatários estão investidos do poder discricionário de definir, de acordo com seus próprios critérios, como e onde serão alocados os recursos públicos direcionados ao fomento das atividades culturais em todos os campos. Conforme argumenta a União, não se trata de “censura”, pois as obras não estão impedidas de serem veiculadas em espaços privados ou por entes públicos não-federais.

A alegação na petição inicial foi de que a mudança na estrutura administrativa questionada permitia a possibilidade de direcionamento de fomento apenas para algumas produções e que a intenção do governo seria a de “implementar verdadeiro controle ideológico”. O decreto presidencial havia incorporado o Conselho Nacional de Cinema à Casa Civil e modificado sua composição e seu funcionamento; e a Portaria suspendera, pelo prazo de 180 dias, o edital de chamamento para TVs públicas enquanto aguarda as alterações no Comitê Gestor do Fundo Setorial Audiovisual (CGFSA).

Como é o CGFSA que traça e aprova as diretrizes gerais para aplicação de recursos do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA)⁹, havia forte e fundada suspeita de que a reestruturação, prevista nas normas questionadas, teriam potencial de direcionar o investimento de recursos públicos, via FSA, para caminhos incompatíveis com a Constituição, inviabilizando produções artísticas que não guardassem harmonia com o viés ideológico do governo federal (governo Bolsonaro 2019-2022).

Naquele momento, em 2019, vale uma contextualização: as normas foram editadas no bojo de uma reestruturação administrativa e sob argumento do exercício da discricionariedade do novo governo, recém empossado. Nessa ótica, havia um contraponto que merecia ser considerado, apesar de nem sempre (ou quase nunca) ser registrado expressamente em processos judiciais, mas que paira no imaginário, especialmente em início de gestão: de que cabe ao mandatário fazer opções em políticas públicas que se aproximem da linha ideológica apresentada na campanha eleitoral e acolhida pela população que democraticamente o elegeu. Desta ideia, decorre o argumento de que o governante foi eleito para implementar determinadas políticas públicas e que o Poder Judiciário carece dessa legitimidade conferida pelas urnas, por isso não faz sentido proferir decisões que interfiram na seara política-administrativa. Sobre

⁸ ACP nº 5067900-76.2019.4.02.5101/RJ. Decisão proferida pela 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

⁹ Em site oficial, consta que: “O Fundo Setorial do Audiovisual (FSA) é um fundo destinado ao desenvolvimento articulado de toda a cadeia produtiva da atividade audiovisual no Brasil. Criado pela Lei nº 11.437, de 28 de dezembro de 2006, e regulamentado pelo Decreto nº 6.299, de 12 de dezembro de 2007, o FSA é uma categoria de programação específica do Fundo Nacional de Cultura (FNC). O FSA é um marco na política pública de fomento à indústria cinematográfica e audiovisual no país, ao inovar quanto às formas de estímulo estatal e à abrangência de sua atuação. Isto porque o FSA contempla atividades associadas aos diversos segmentos da cadeia produtiva do setor – produção, distribuição/comercialização, exibição, e infraestrutura de serviços – mediante a utilização de diferentes instrumentos financeiros, tais como investimentos, financiamentos, apoio não reembolsável”. (BRASIL. ANCINE, 2021)

esse argumento, as ponderações de Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 41), com base em doutrina de Dieter Grimm, são bastante lúcidas e esclarecedoras:

Para que o judiciário estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. [...] Com efeito, constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes (*apud* Badinter e Breyer, 2003, p. 24).

No mais, desde 2004, com o julgamento da ADPF 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF já tem posição firmada no sentido de que é cabível o controle e a intervenção do poder judiciário no tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. E também que a liberdade de conformação das políticas públicas pelo legislador é relativa. Assim, no âmbito da jurisdição constitucional, embora os julgadores não tenham atribuição de delinear as políticas públicas, podem conformar o desenho já estabelecido aos valores e direitos assegurados na Constituição (STF, ADPF MC 45, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2004).

As normas combatidas na ADPF em comento não versam expressamente sobre implementação de política pública, mas tratam da aplicação do princípio da reserva de administração às modificações na máquina administrativa e na composição do CGFSA, as quais interferem no coração da política do setor cinematográfico, no processo de escolha das produções cinematográficas que receberão recursos financeiros do FSA. Seria nessa perspectiva que os julgadores teriam de apreciar a finalidade e o alcance do Decreto Presidencial e da Portaria Ministerial.

O princípio da reserva de administração foi apreciado no julgamento da Medida Cautelar (MC) na ADI 6.062, que refutou a decisão do governo federal de desvincular, por medida provisória anteriormente rejeitada, a FUNAI do Ministério da Justiça, o Ministro Roberto Barroso, relator da ADI, destacou que este princípio não é absoluto. Em suas palavras:

[...] a reestruturação dos órgãos da Presidência da República constitui ato de natureza política, inserido na competência discricionária do Chefe do Poder Executivo federal. Naturalmente, como os atos do Poder Público em geral, sujeita-se a controle judicial quanto a forma, finalidade e proporcionalidade. (STF, ADI MC 6.062/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 23/04/2019, DJe 25/04/2019)

Quanto à alteração da composição do CGFSA, com a redução do número de participantes da sociedade civil, vale reportar a decisão cautelar proferida na ADI 6.121, na qual os julgadores, por unanimidade, entenderam a necessidade de suspender a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019 (na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019) que permitia, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, a extinção de colegiado cuja existência encontre menção em lei.

Não há precedentes no STF que tratem da “reserva do possível” ou das “escolhas trágicas” em matéria cultural, nem sobre a obrigatoriedade de implementação de políticas públicas vinculadas à liberdade de expressão artística.

Mas, como já visto neste texto, há abrigo constitucional para exigência de atuação do Estado na estruturação administrativa e no aporte de recursos financeiros para as expressões culturais (*caput* e § 3º do art. 215, do § 3º do art. 216 e do art. 216-A) e este lastro permite que as demandas sejam levadas à jurisdição constitucional.

Por isso, é importante vincular a argumentação da ADPF em comento aos precedentes que abordam a possibilidade e os limites da interferência do Judiciário, no exercício da *judicial review*, em políticas públicas e escolhas orçamentárias para sua implantação. O Ministro Marco Aurélio, na ADPF 347, de sua relatoria, apreciou muito bem o papel do STF nesse assunto, especialmente quando as autoridades não desejam implementar as políticas (nas palavras do Ministro, quando “estão em estado de letargia”):

Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 39). [...]

(STF, ADPF MC 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJe 19/02/2016)

A ministra Cármen Lúcia, do STF, adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999 para a tramitação da ADPF 614, que autoriza o julgamento da ação diretamente no mérito pelo Plenário, sem prévia análise do pedido de liminar, e também marcou Audiência Pública para debate da liberdade de expressão artística, cultural, de comunicação e de informação e eventual limitação de seu exercício pelo Poder Público¹⁰.

Como a liberdade de expressão artística na seara cinematográfica é tema interdisciplinar e intersetorial, que transitando entre o público e o privado dialoga com interesses sociais, culturais, econômicos, políticos e sociais, a previsão de Audiência Pública, para a oitiva de especialistas e com oportunidade de juntada de documentos sobre o tema, é um ganho para o fortalecimento do assunto, independente do resultado do julgamento da ação. Além de uma abertura para participação qualificada da sociedade civil, é também um reconhecimento dos

¹⁰ Na decisão sobre a Audiência Pública consta que: “Será considerado habilitado para participar da audiência pública aquele que comprovar ter conhecimento específico na área, ser profissional habilitado ou atuar por entidade da área de conhecimento, criação, produção e divulgação do conteúdo específico, e ter reconhecimento que demonstre a pertinência e a representatividade nos limites a serem considerados eficientes pela Relatoria desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.” (STF, ADPF 614/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 30/09/2019, DJe 11/10/2019)

limites da capacidade institucional do próprio Judiciário. Nesse sentido, vale trazer as palavras de Gabriela Duarte (2017, p. 57):

[...] a finalidade precípua da convocação de uma audiência pública pelo STF é dar a palavra a pessoas com experiência e autoridade em determinado tema, quando for necessário elucidar matéria ou circunstância de fato ou as informações presentes nos autos forem diminutas. Seria utilizada, portanto, para que pessoas qualificadas, com conhecimento e experiência naquela matéria debatida no âmbito da corte, pudessem contribuir com esclarecimentos e informações científicas, fáticas ou técnicas. A definição de experiência e de autoridade permanece como conceito aberto, já que a própria lei não delimita. Há quem associe autoridade à ideia de referência, de reconhecimento na comunidade intelectual em função do conhecimento aprofundado em determinada matéria. Já a experiência está ligada ao tempo de dedicação ao estudo do tema, tanto que a pessoa pode ter experiência, mas não ser autoridade.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 19) aponta a construção da ideia, na doutrina constitucional, da capacidade institucional (aquela que, em suas palavras, “envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”), alertando que, embora o Poder Judiciário sempre conserve a sua competência para o pronunciamento definitivo, as decisões que envolvam *expertise*:

[...] deverão prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico.

A Audiência Pública foi realizada nos dias 04 e 05 de novembro de 2019. Na abertura dos trabalhos, a Ministra Cármen Lúcia, relatora da ação, manifestou seu veemente repúdio à censura. Vale trazer pequeno trecho da fala da Ministra, no qual explica o objetivo da Audiência Pública:

Eu li, nesses últimos dias, que este Supremo Tribunal Federal, na tarde de hoje e na manhã de amanhã, iria debater a censura no cinema. Errado! Censura não se debate; censura se combate, porque censura é manifestação de ausência de liberdades e a democracia não a tolera. Por isso, a Constituição do Brasil é expressa ao vedar qualquer forma de censura. Não estamos aqui para debater censura, mas para ouvir especialistas sobre normas que podem levar a limites, que podem chegar a ser o que a Constituição proíbe, o que será objeto de um julgamento técnico-jurídico pelos onze Ministros desta Casa.

[...]

Vencemos os tempos de não se poder dizer, de não se poder produzir, de não se poder criar livremente, de mal e mal se poder pensar – e pensar silenciosamente, quase escondidamente. Disse “vencemos”, porque temos uma Constituição democrática em vigor. Mas é responsabilidade de todos nós, servidores públicos, obrigados pelo Direito a dar cumprimento e concretude aos comandos constitucionais – ainda mais nós, integrantes desta Casa –, exercermos o papel de guarda da Constituição e nos mantermos em permanente estado de vigília cívica e funcional, para impedir que a liberdade seja de novo restringida, cerceada ou, de alguma forma, cassada.

Mas é também responsabilidade de todos os cidadãos brasileiros fazer com que a Constituição Democrática, promulgada em 5 de outubro de 1988, seja integralmente cumprida.

[...]

Em resumo: ninguém está aqui a discutir o que posto, com todas as letras, na Constituição brasileira. Censura é proibida constitucionalmente no Brasil. A produção cultural, a criação artística, intelectual, científica, pluralista e democrática é base da Constituição, é direito de todos e dever do Estado e da sociedade respeitá-la.

Cultura produz-se na sociedade, para a sociedade e em benefício da sociedade. Estado contra sociedade seria inconstitucional, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário, porque impede a cidadania. Em função exatamente de uma cidadania livre e democrática, nós ascendemos em viver no Estado.

Está aberta a audiência pública para ouvirmos os especialistas na matéria relativa às normas do Decreto nº 9.919/2019 e da Portaria nº 1.576/2019.

Assim como as palavras de abertura proferidas pela Ministra Cármen Lúcia, as falas dos inscritos na Audiência Pública foram ricas e abrangentes. Não se limitaram a falar da produção audiovisual e repudiar a censura. Nessa ótica, vale trazer trecho da exposição de Carolina Kotscho, da Associação Brasileira de Autores Roteiristas:

A arte não se presta a retratar a realidade, servir a ideais ou agradar a um determinado público, pois ela nasce de nossa permanente necessidade de questionamento e reflexão. Em outras palavras, o autor, consciente ou não do poder e da responsabilidade que carrega, a despeito de interesses e expectativas alheias, se expressa porque transborda.

À revelia de anseios autoritários, é justamente nos momentos de crise, do conflito de ideias, na explosão de emoções e nas fendas da razão, que se faz mais fértil a expressão do artista.

Ao contrário do que grita o ódio nas redes sociais, o artista não é parasita do Estado, faminto de subsídios e mamatas. O artista de verdade é um trabalhador, que exerce com afinco e paixão o seu ofício, e jamais se acovarda ou se rende, seja por afago ou ameaça.

E também trecho da exposição de Elisabete Spinelli, Presidente do Sindicato dos Profissionais de Dança do Estado do Rio de Janeiro:

Então, venho aqui, hoje, reiterar que queremos, e esse é o ponto mais importante das artes, a liberdade de expressão. E não esquecer, também, que somos trabalhadores das artes e temos uma legislação e, nela, nós temos os nossos direitos trabalhistas e que eles não podem acabar. Então, nada mais importante do que apontar que não só o cinema está sendo atacado, como todas as artes em geral.

Pensei muito em vir aqui falar de dança, quando a gente está falando de cinema. E como disse, ontem, Luiz Carlos Barreto, aqui não é um seminário de audiovisual, mas é um lugar de disputa da classe artística, que, nesse momento, sente-se acuada.

[...]

A liberdade do corpo, porém, incomoda muito as pessoas travadas e oprimidas de alguma forma. São essas que condenam aquilo que o seu ver não pode aspirar dessa liberdade: falar sobre o corpo. O passinho é um estilo de dança, criado no Rio, favorito das crianças, de todos os adolescentes e de todas as faixas etárias, produzindo um valiosíssimo lastro cultural, além de gerar oportunidades para os jovens das periferias. Nós, dos sindicatos, abrimos uma

brecha para que essa modalidade de dança desse o registro profissional a esses meninos, que hoje se sentem felizes porque sabem que a polícia não vai mais prendê-los porque têm uma profissão.

Por fim, vale transcrever excerto da exposição do cineasta Renato Barbieri, membro do Conselho Superior de Cinema, que faz uma interessante ligação entre produção audiovisual, diversidade e tolerância:

Neste caldo grosso e profundo que forja a civilização brasileira, temos condição genética e ancestral pluralíssima, que forja em nós essa sensibilidade muito peculiar, única por assim dizer. Não quero dizer em absoluto que essa nossa sensibilidade peculiar nos torna melhores que outros povos. De jeito algum! Quero dizer que temos, sim, algo único, incomparável e de alto teor potencial para se comunicar com outros povos, pois, de alguma maneira, trazemos em nós a sensibilidade de vários povos. Essa sensibilidade do nosso povo se materializa no exercício pleno da tolerância. Nada mais, nada menos do que nossa capacidade de conviver com diferenças religiosas, raciais, culturais, políticas e geográficas.

Refiro-me aqui à tolerância como atributo do povo brasileiro, não propriamente da elite dominante brasileira. O produto audiovisual, nesse mundo cada vez mais alimentado por imagens, é fundamental para a expressão e sensibilidade dessas diferenças e fortalecimento de uma característica social brasileira, exemplo para o mundo: a tolerância.

A leitura da degravação das exposições da Audiência Pública indica que foi cumprida a desafiadora tarefa de trazer argumentos e despertar reflexões no sentido de que a valorização da diversidade e a garantia da liberdade de expressão artística integram o centro da política pública no campo cultural e, mais ainda, no cerne das políticas para o setor cinematográfico. Assim, é essencial que se garanta a destinação de recursos públicos precedida de deliberação em processos decisórios por Comitê que preserve independência e tenha mecanismos para barrar pressão ou interferência do Poder Executivo.

Após a realização da Audiência Pública, o processo seguiu seu curso, chegando a ser pautado para julgamento. No entanto, na véspera da sessão de julgamento, foi editado novo Decreto, que revogou as normas impugnadas. Em razão disso, o julgamento restou prejudicado. Na decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, em que julgou prejudicada a arguição, foi argumentado:

7. A arguição foi incluída para início de julgamento pelo Plenário Virtual deste Supremo Tribunal em 26.11.2020, tendo sido, em 25.11.2020, editado o Decreto n. 10.553/2020 da Presidência da República, pelo qual se revogou expressa e integralmente o Decreto n. 9.919/2019 (norma impugnada), tendo sido, então, alteradas substancialmente as normas previstas no decreto revogado. Passou a vigorar, então, o Decreto n. 10.553/2020.

Nele se prevê o retorno do Conselho Superior do Cinema da estrutura básica da Casa Civil da Presidência da República para a Secretaria Especial de Cultura do Ministério do Turismo e a recomposição da participação social no Conselho Superior de Cinema, acrescentando-se cinco representantes da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional e três representantes da sociedade civil, em paridade aos oito representantes de órgãos da administração pública federal.

[...]

8. Quanto à Portaria n. 1.579/2019, também impugnada nesta arguição, pela qual foi suspenso o processo seletivo da Chamada Pública BRDE/FSA Prodav-Tvs Públicas, 2018, sua eficácia foi exaurida, pela conclusão do mencionado processo.

Consta do sítio eletrônico do Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, agente financeiro responsável por administrar e movimentar os recursos financeiros da Chamada Pública BRDE/FSA PRODAV TVS PÚBLICAS, que a “Ata de Resultado Final” foi lavrada em 15.1.2020.

Anote-se que, no julgamento do recurso de Agravo de Instrumento na Ação Civil Pública por improbidade administrativa n. 5067900- 76.2019.4.02.5101, que tramitou na 11ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, e na qual foi determinada a suspensão da Portaria n. 1.576/2019, o Tribunal Regional Federal da Segunda Região reconheceu a conclusão do processo administrativo questionado e o consequente exaurimento da eficácia da norma impugnada. (STF, ADPF 614/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 16/12/2020, DJe 06/04/2021)

A análise desta ADPF 614 tem relevância, mesmo com a perda de objeto superveniente e o consequente encerramento da arguição. Tal relevância se justifica pelas reflexões aduzidas pelos atores que participaram do processo, inclusive pelos expositores da Audiência Pública, fase em que houve uma diversidade de ideias e de posições contramajoritárias que contribuíram para o fortalecimento da liberdade de expressão artística no cenário brasileiro. Além disso, os debates lançaram luzes para a importância da produção cinematográfica como produto relevante para a democracia, para a tolerância e para a socialização.

5 Conclusão

Desde a Constituição de 1988, o STF julgou cerca de duas dezenas de casos emblemáticos sobre liberdade de expressão, alguns deles com foco na liberdade de expressão cultural e artística. Esses julgamentos foram permeados por ricos debates que contribuíram sobremaneira para a compreensão dos limites e das possibilidades de exercício da liberdade de expressão na democracia brasileira, rechaçando a censura prévia, apontando contornos no caso de colisão com outros direitos fundamentais e indicando mecanismos de reparação nos casos de responsabilização ulterior.

A apresentação de *leading cases* subsidiou a discussão central do texto, sobre a resposta do STF no caso de governo (federal ou estadual), no desempenho de suas atribuições de organização da máquina estatal e de estabelecimento de políticas públicas, lançar mão de aporte normativo que, na prática, viola a liberdade de expressão artística.

Esse aparato jurisprudencial e normativo oferece lastro para que o Estado desenhe o arranjo institucional para o exercício da liberdade de expressão artística. No delineamento e na execução de políticas públicas nesse campo, é necessário compatibilizar os traços característicos do exercício da liberdade de expressão artística com o papel do Estado de promotor/garantidor de atividades culturais que, muitas vezes, se realiza por meios de incentivos fiscais e financiamento público direto. Assim, as normas que conduzem esta política, bem como a própria política pública, devem ser preenchidas pelo conteúdo da liberdade de expressão

artística, plural e diversa; e pelos mecanismos participativos e democráticos que garantem o desenvolvimento constante desta liberdade.

Os precedentes jurisprudenciais do STF e o embasamento normativo e teórico sobre liberdade de expressão e liberdade de expressão artística e a plenitude de seu gozo no cenário democrático brasileiro, que foram trazidos neste texto, permitem afirmar que há um base jurisprudencial muito sólida em nosso país, nos 35 anos da Constituição cidadã.

As expectativas para o futuro são as melhores possíveis, tanto no sentido da consolidação de uma cultura de respeito e fomento à liberdade artística (um efeito preventivo dos julgados) como no resultado dos julgamentos de ações que versem sobre liberdade e políticas e gestão culturais.

As três décadas e meia da Constituição testemunharam e proporcionaram o protagonismo do Judiciário na proteção e promoção da liberdade de expressão artística. Este Poder da República tem contribuído substancialmente para a aceitação e o acolhimento das diversas formas de diversidade cultural e para a pluralidade de visão de mundo, não somente pelo repúdio veemente de todas as formas de censura, mas também com a fixação de pilares/argumentos que acolhem o caráter não absoluto do princípio da reserva de administração para políticas culturais, bem como legitimam mecanismos que impedem o uso da máquina pública para censura artística.

Referências

ALMEIDA, Daniele Lima. Dimensionamento da liberdade de expressão artística como requisito da democracia: entre pluralidades e limitações. *Trabalho apresentado no III Encontro Internacional de Direitos Culturais*, Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://direitos-culturais.betri.uni5.net/wp-content/uploads/2022/01/ANAIS.IIIEIDC.2014.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium* – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5., n. 8, p. 11-22. jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 22 jun. 2010.

BRASIL. ANCINE. *Sobre o FSA*, 20 out. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ancine/pt-br/fsa/institucional/sobre-o-fsa>. Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. STF. *ADI 2.404/DF*, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 31/08/2016, DJe 01/08/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADI 2.808/RS*, Ministro Carlos Britto, j. 28/08/2006, DJ 17/11/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391372>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADI 3.741/DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2006, DJ 23/02/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408096>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADI 4.451/DF*, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 21/06/2018, DJe 06/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADI 4.815/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 10/06/2015, DJe 29/01/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADI MC 6.062/DF*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 23/04/2019, DJe 25/04/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5623726>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADPF 130/DF*, Relator Ministro Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJe 06/11/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADPF 187/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011, DJe 29/05/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *ADPF MC 347/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJe 19/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF, *ADPF 614/DF*, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 30/09/2019, DJe 11/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5759332>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *HC 82.424/RS*, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJe 19/03/2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *RE 414.426/SC*, voto Ministro Celso de Mello, j. 01/08/2011, DJe 10/10/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *Rcl 21.504/SP AgR*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/11/2015, DJe 11/12/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9975288>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *Rcl 36.742/RJ*, Ministro Gilmar Mendes, j. 09/09/2019, DJe 12/09/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5768538>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. *SL 1.248/RJ*, Ministro Dias Toffoli, j. 08/09/2019, DJ 11/09/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5768541>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. STF. STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. *Notícias*, 10 jun. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336&ori=1>. Acesso em: 18 out. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direitos humanos no meio ambiente: paralelo do sistema de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DUARTE, Gabriela. *Audiência pública no Supremo Tribunal Federal: uma arena de dissenso em construção?* Orientador: Renato César Cardoso, Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASPFRE/1/arquivo_gabriela_definitivo_31_3_2017.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

HORBACH, Beatriz Bastide. Quais são os limites constitucionais da liberdade artística?. *Conjur*, 07 out. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-07/observatorio-constitucional-quais-limites-constitucionais-liberdade-artistica#_ftn29. Acesso em: 15 out. 2019.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo. O STF, a liberdade de expressão e a liberação das sátiras nas eleições. *Conjur*, 29 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/direitos-fundamentais-stf-liberdade-expressao-liberacao-satiras-eleicoes>. Acesso em: 18 out. 2019.

SEN, Amartya. Prefácio. In: FARMER, Paul Berkeley. *Pathologies of power*. Califórnia: University of California Press, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. O direito à liberdade de expressão artística e os limites da intervenção estatal. *Conjur*, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/sergio-suiama-direito-expressao-artistica-limites-estatais>. Acesso em: 11 nov. 2019.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais* [online], Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/ybwh5kBrjcBWkX8mVqgzR4r/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2019.

VARELLA, Guilherme. *Plano nacional de cultura – direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Brown vs. Board of Education of Topeka **e sua influência no processo estrutural** **brasileiro: utilização restrita e** **estratégica¹**

*Brown vs. Board of Education of Topeka and its influence on the
the brazilian structural injunction: restricted and strategic use*

José Carlos Francisco

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. Coordenador Acadêmico da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região – EMAG (biênio 2022-2024). Desembargador no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Professor na Universidade Mackenzie/SP. Líder do grupo de pesquisa CNPq: “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito”. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC. Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

Gianfranco Faggin Mastro Andréa

Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público. Membro do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq “Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito” da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Universitário. Analista do Ministério Público Federal.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 16, n. 50, p. 133-153, jul./dez. 2022, agora com ajustes e complementos.

RESUMO:

Este estudo tem como problema a análise da influência do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* para a construção do processo estrutural brasileiro, tendo como pressuposto a viabilidade de essa via processual ser utilizada em nosso sistema jurídico. A hipótese da pesquisa é que, à luz de aspectos procedimentais relevantes extraídos do caso *Brown*, o processo estrutural pode ser empregado no Brasil, desde que de modo restrito e moderado, para o que é preciso: 1) constatar estado de coisas ilícito (inconstitucional ou ilegal) ou desconformidade eloquente, de extrema gravidade e indesejada pela maioria da sociedade exausta com o problema estrutural e com autoridades executivas e legislativas (mesmo que apoiada por segmentos dessa mesma sociedade); 2) selecionar caso estratégico, combinando elementos da multipolaridade dos envolvidos e da própria estrutura judiciária, hábeis e preparados culturalmente para a construção de negociações, com diálogo intra e interinstitucional capaz de definir soluções viáveis e sistematicamente monitoradas em fases sucessivas igualmente dialógicas, permitindo reforços, complementações e revisões; e 3) fixar objetivo claro e definido, porém flexível, para que seu processamento não se perca em indeterminadas novas metas e medidas, de modo que deve ter fases progressivas (do geral para o particular) com delegação de menores atribuições decisórias e executivas para instâncias ordinárias. O uso generalizado dessa via processual, movido por voluntarismo, ativismo e correlatos, pode desautorizar esse útil mecanismo de tutela jurisdicional. Para a comprovação da hipótese, é empregado o método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE:

Suprema Corte dos EUA. Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. Processo estrutural. Litígio estratégico. Influência.

ABSTRACT:

This study has as its problem the analysis of the influence of *Brown v. Board of Education of Topeka* for the construction of the Brazilian structural injunction, having as assumption the viability of this procedural way to be used in our legal system. The hypothesis of the research is that, in light of relevant procedural aspects extracted from *Brown*, the structural injunction can be employed in Brazil, as long as in a restricted and moderate manner, for which it is necessary: 1) to verify a state of affairs (unconstitutional or illegal) or eloquent nonconformity, of extreme gravity and unwanted by the majority of society exhausted with the structural problem and with executive and legislative authorities (even if supported by segments of that same society) be verified; 2) to selected a strategic case, combining elements of the multi-polarity of those involved and the judicial structure itself, skillful and culturally prepared for the construction of negotiations, with intra and inter-institutional dialogue capable of defining viable solutions and systematically monitored in successive equally dialogic phases, allowing for reinforcements, complements and revisions; and 3) set a clear and defined objective, but flexible, so that its processing does not get lost in undetermined new goals and measures, so that it must have progressive phases (from the general to the particular) with the delegation of minor decision-making and executive attributions to ordinary instances. The widespread use of this procedural

path, driven by voluntarism, activism and the like, can disallow this useful mechanism of judicial protection. To prove the hypothesis, the inductive method is employed.

KEYWORDS:

U.S. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*. Structural injunction. Strategic litigation. Influence.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Surgimento do processo estrutural nos EUA e o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 2.1 Antecedentes. 2.2 Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*: Fase I – de 1952 até 1954. 2.3 Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*: Fase II - de 1955 até o *Civil Rights Act* de 1964. 2.4 Riscos e declínio. 3 Doutrinas sobre processos estruturais nos EUA: Abram Chayes e Owen Fiss. 4 Processo estrutural no Brasil: compatibilidade normativa e influência do caso *Brown vs. Board of Education*. 4.1 Conceito e elementos. 4.2 O aprendizado com caso *Brown vs. Board of Education*: litígios estratégicos e uso restrito. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS) enfrentou discussões sobre a igualdade e a segregação racial no federalismo americano, primeiro, no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), depois no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), até chegar às conclusões do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Fase I-1954 e Fase II-1955), este último tendo se tornado referência para construções de seu processo estrutural.

Este estudo tem como problema de pesquisa a análise da influência do caso *Brown vs. Board of Education* para o processo estrutural brasileiro, partindo do pressuposto da viabilidade de essa via processual ser utilizada em nosso sistema jurídico. Embora tenhamos ordem constitucional analítica e renovada por múltiplas reformas formais de seu texto, que define padrões descritivos de competência para o Poder Judiciário, o processo estrutural tem amparo dogmático e normativo no amplo acesso à prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição), na permissão de ordens judiciais de fazer ou não fazer a serem cumpridas por poderes políticos, e no aumento da área de intersecção com o sistema de *Common Law* (pelo mecanismos de precedentes obrigatórios e de decisões vinculantes), fatores jurídicos que, aliados a aspectos metajurídicos (estafa diante de graves problemas recorrentes), excepcionalmente legitimam posturas proativas da jurisdição brasileira em favor da concretização da força normativa da Constituição e do Estado de Direito.

A hipótese da pesquisa é que, à luz de aspectos procedimentais relevantes extraídos do caso *Brown vs. Board Of Education* (Fase I e Fase II), o processo estrutural pode ser empregado no Brasil, desde que de modo “muito” restrito e moderado, sob pena de essa via processual ser desacreditada ou banalizada. Para isso, é preciso: 1º) constatar estado de coisas ilícito (inconstitucional ou ilegal) ou desconformidade eloquente, de extrema gravidade e indesejada pela maioria da sociedade exausta com o problema estrutural e com autoridades executivas e legislativas (mesmo que apoiada por segmentos dessa mesma sociedade); 2º) selecionar caso estratégico, combinando elementos da multipolaridade dos envolvidos e da própria estrutura judiciária, hábeis e preparados culturalmente para a construção de negociações, com diálogo intra e interinstitucional capaz de definir soluções viáveis e sistematicamente monitoradas em fases sucessivas igualmente dialógicas, permitindo reforços, complementações e revisões; e 3º) fixar objetivo claro e definido, porém flexível, para que seu processamento não se perca em indeterminadas novas metas e medidas, de modo que deve ter fases progressivas (do geral para o particular) com delegação de menores atribuições decisórias e executivas para instâncias ordinárias. O uso generalizado dessa via processual, movido por voluntarismo, ativismo e correlatos, pode desautorizar esse útil mecanismo de tutela jurisdicional.

Para a comprovação dessa hipótese de pesquisa, é empregado o método indutivo, com referenciais teóricos em Abram Chayes, Owen Fiss e Edilson Vitorelli acerca do processo estrutural, seus conceitos e características.

O texto é desenvolvido a partir da demonstração da questão racional nos EUA e as decisões da SCOTUS no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), para analisar as conclusões do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (primeiro na Fase I-1954 e, depois na Fase II-1955, até o

Civil Rights Act de 1964), pelas quais são identificados os procedimentos que definem o processo estrutural americano. Na sequência, o estudo aponta o declínio desse procedimento nos EUA, desde os anos de 1990, para então cuidar de duas referências doutrinárias americanas sobre a matéria (Abram Chayes e Owen Fiss). Então, o processo estrutural é analisado no Brasil, mostrando sua compatibilidade normativa, conceito e elementos para, afinal, apontar a influência do caso *Brown vs. Board of Education* e aprendizado que recomenda o uso restrito em litígios estratégicos.

2 Surgimento do processo estrutural nos EUA e o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*

A origem do processo estrutural americano tem como principal referência (ou *leading case*) a decisão da SCOTUS no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1952-1954), inserida no movimento dos direitos civis em favor da igualdade e da não discriminação por preconceito de cor². O problema estrutural de segregação racial tem vários vieses decorrentes de sua evolução normativa, jurisprudencial e cultural, que convergem para o ambiente vivido nos EUA no início dos anos 1950, cuja compreensão é necessária para observar a importância da extensão do litígio e dos procedimentos adotados no estratégico caso *Brown vs. Board of Education*.

2.1 Antecedentes

Após a independência do EUA, houve importante controvérsia quanto à aplicação pessoal e territorial de leis estaduais (as escravagistas do sul e as abolicionistas do norte). Na medida em que escravos adentravam em estados-membros nos quais a escravidão já havia sido abolida, os conflitos jurídicos eram solucionados de forma discricionária pelos juízes, e muitos obtiveram a liberdade³.

A SCOTUS enfrentou a questão no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), porque Dred (escravo) trabalhava para a família de Sanford em estados-membros que permitiam escravidão mas também em outros que a proibiam⁴. A Suprema Corte concluiu que Dred não poderia ser considerado cidadão e, por isso, não teria acesso àquela corte, decisão considerada por parte da doutrina como a pior da jurisdição constitucional, embora seja reflexo das discussões sobre o regime de economia escravocrata e do direito de propriedade em meados do século XIX que levaram à Guerra Civil (1861-1865)⁵.

² Sobre o assunto, FISS (1978 e 1973-1974), KLARMAN (2005).

³ A esse respeito, GRINBERG (2001, p. 69).

⁴ Para maiores detalhes, JOBIM e ROCHA (2021, p. 858-859). O nome do caso foi registrado com erro de grafia (*Sandford* ao invés de *Sanford*).

⁵ Essa decisão da SCOTUS se baseia no fundamento de a Constituição não incluir negros (livres ou escravos) no conceito de cidadão, mencionando "raça desafortunada", "classe subordinada e inferior de seres, subjugada pela raça dominante", "tão inferior que não tinha direitos aos quais o homem branco devia respeito" e que poderia ser "justa e legalmente reduzida à escravidão em seu próprio benefício", não sendo papel do Judiciário corrigir essa circunstância, de modo que Dred Scott não era pessoa mas propriedade; a Suprema Corte ainda acrescentou que haveria duas cidadanias (uma estadual e outra nacional), e o fato de a lei de Illinois reconhecer Dred Scott como cidadão não repercutiria em outro estado-membro da federação, daí decorrendo a inconstitucionalidade (formal e material) de quaisquer

A escravidão foi formalmente abolida em todo território americano em 1865, com a publicação da Décima Terceira Emenda à Constituição, após três décadas de campanhas abolicionistas, e após quatro anos de guerra civil com mais de 600 mil mortos⁶. O movimento pela emancipação foi gradual e partiu do norte do país, enfrentando resistência dos sulistas, especialmente em função da expansão da indústria do algodão e da crescente necessidade de mão de obra escrava⁷. Em 1868, procurando cicatrizar as feridas abertas pela Guerra Civil, foi aprovada a Décima Quarta Emenda à Constituição, com a afirmação da cidadania para todos, igual proteção (inclusive ao devido processo legal), não só sob o governo federal mas também em todos os estados-membros⁸.

Todavia, no mesmo ano da aprovação dessa Décima Quarta Emenda e sua cláusula da *equal protection*, foi permitida a segregação racial em escolas e, daí, estados-membros (especialmente sulistas) aprovaram as chamadas *Jiw Crow Laws* estendendo a separação também em transportes públicos, banheiros públicos, bebedouros etc⁹.

Nesse ambiente hostil e de segregação institucionalizada, surgiu o segundo caso emblemático, *Plessy vs. Ferguson* (1896), cuja controvérsia envolveu a pretensão do jovem negro Homer Plessy viajar em vagão de trem destinado a pessoas brancas, contrariando a *Louisiana's Separate Car Act* (pelo qual companhias ferroviárias deveriam disponibilizar acomodações iguais para brancos e negros, porém separadas conforme a cor da pele)¹⁰. A SCOTUS reconheceu a constitucionalidade da lei de Louisiana e sua cláusula *separate but equal*, argumentando que, se há inferioridade, essa decorre não da lei mas da própria sociedade, e esse fato não pode ser revertido por uma sentença da Corte, conclusão que, segundo PUGA (2021, p. 97-98), aparece como “la clave de la racionalidade judicial que funciona en el trasfondo de este período (la que sigue caracterizando buena parte de la racionalidad legal norteamericana)”.

A cláusula do *separate but equal* firmada no caso *Plessy vs. Ferguson* perdurou por cerca de 58 anos para outros seguimentos do segregacionismo movido pelo preconceito racial, até ser superada no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹¹.

2.2 Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*: Fase I – de 1952 até 1954

Na sequência da história norte-americana em favor da efetivação dos direitos civis, diversos casos chegaram às cortes nas décadas antecedentes ao caso *Brown*

leis federais de conteúdo abolicionista (por ofensa à competência privativa estadual, e por restringir o direito constitucional à propriedade). Sobre esse julgamento, VIOLIN (2019, p. 14-15), FINKELMAN (2006), ZAFFARONI (2008, p. 87) e JACKSON (2011).

⁶ Em 1863, o presidente Lincoln assinou a proclamação da emancipação que libertava os escravos do sul. A respeito da Guerra Civil e das pretensões sulistas de secessão, BLACKMON (2008).

⁷ Por todos, AZEVEDO (2003, p. 16).

⁸ Sobre a matéria, BRASIL (2018).

⁹ Trata-se da chamada *Era Jiw Crow* (1877-1930), alusão a um comediante da época, analisada por KING (2014, p. 78), mas que resultava em privação de direitos civis, políticos e econômicos para pessoas não brancas, em violência contra negros e na ideologia supremacista branca (PUGA, 2021, p. 95).

¹⁰ O radicalismo era tamanho que sequer importava o fato de Plessy ter diversos ancestrais brancos e apenas uma bisavó negra (VILE, 2010, p. 404). Também sobre esse caso, JOBIM e ROCHA (2021, p. 860).

¹¹ Para maior aprofundamento sobre o caso *Plessy vs. Ferguson*, McNEESE (2007), COTTRO, DIAMOND e WARE (2003) e VILE (2010).

vs. Board of Education of Topeka, sobretudo nos anos 1950, na esteira do fortalecimento dos valores democráticos nos EUA com o final da Segunda Grande Guerra, justamente para diferenciá-los do nazismo (PUGA, 2021, p. 102-103).

Segundo Mariela Puga, a segregação racial foi utilizada como estratégia política por grupos afro-americanos para atacar questões cruciais que sustentavam desigualdades em várias áreas: i) obstáculos para votar, afastando a comunidade negra das posições de poder capazes de legislar; ii) exploração econômica (rural e urbana), fomentando a pobreza das comunidades negras; e iii) práticas de violências privadas como linchamentos, perseguições, mantendo a comunidade negra amedrontada (PUGA, 2021, p. 98-101).

O caso *Brown vs. Board of Education*, iniciado em 1952, deve ser compreendido como mais uma etapa de uma mesma marcha evolutiva iniciada com o caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857) seguido pelo caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), mas cada um sob os efeitos de padrões culturais e socioeconômicos de suas épocas, refletidos na postura, nas conclusões e nos procedimentos processuais adotados pela SCOTUS. Nos anos 1950, negros (especialmente em estados-membros do norte) já formavam uma classe política e econômica emergente, embora parte dos governos e dos legisladores ainda permanecessem refratários à plena igualdade.

Entre 1951 e 1952, cinco casos sobre segregação racial em escolas foram distribuídos na SCOTUS, mas os *Justices* preferiram julgar o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* por ser o único que poderia fazer diferença na concretização da decisão da Corte, já que os demais referiam-se a localidades nas quais o racismo era acentuado¹². O caso *Brown* foi capitaneado e ajuizado a partir de estratégia processual desenvolvida e discutida pela *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*, em conjunto com movimentos ativistas e de direitos humanos, vendo nesse processo o seu resultado mais conhecido e que abrangia diversas frentes de combate à segregação racial¹³. Essa é uma lição fundamental extraída do caso *Brown*: a necessidade de escolha estratégica do caso a ser julgado, tendo como parâmetro suas circunstâncias próprias para viabilizar soluções judiciais a serem dadas para enfrentar o litígio estrutural.

Linda Brown era uma criança negra que atravessava a pé a cidade de Topeka (Kansas) para ir à escola pública, embora existissem outras próximas de sua residência (mas reservadas apenas para crianças brancas), e porque autoridades locais negaram sua matrícula em uma delas, foi ajuizada ação contra o conselho estadual (*Board of Education of Topeka*)¹⁴. A instrução processual contou com testemunhos de psicólogos sociais para demonstrar o impacto que a segregação trazia à população negra (especialmente o sentimento de inferioridade para crianças), tendo sido comprovada a situação precária das escolas para negros em comparação com as destinadas a brancos, fatores que foram considerados no julgamento progressista da Corte Warren¹⁵.

¹² Acerca dessa escolha, KLARMAN (2002, p. 2-3)

¹³ Sobre essa escolha estratégica, VITORELLI (2021, p. 90-91), TUSHNET (2005) e JOBIM (2013, p. 75-81).

¹⁴ Descrevendo esses fatos, por todos, JOBIM e ROCHA (2021, p. 861).

¹⁵ O período da Corte de Warren (1953-1969) foi a fase mais progressista da SCOTUS, e o caso *Brown* é o mais famoso e impactante, embora seguido por outros que apontaram para um certo ativismo benéfico (ARENHART, OSNA e JOBIM, 2021, p. 18). LOCKHART, KAMISAR, CHOPER, SHIFFRIN e FALLON JR. (1996, p. 1.173) enfatizam a afirmação do *Chief Justice Warren* sobre o sentimento de inferioridade e a superação dos conhecimentos psicológicos na época de *Plessy* em vista das autoridades modernas.

Ao final do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954, mediante interpretação não originalista, a SCOTUS assegurou o direito de crianças negras frequentarem escolas antes destinadas apenas às brancas, com fundamento normativo na Décima Quarta Emenda à Constituição, estabelecendo a igualdade substantiva e superando a regra do *separate but equal* do caso *Plessy vs. Ferguson* (1896)¹⁶. Foi uma decisão legítima e não propriamente contramajoritária, pois embora tenha sido favorável à minoria da população negra, correspondeu à visão predominante nos EUA que rejeitava a segregação racial, apontando que um aspecto relevante do problema estrutural estava na resistência das próprias instituições do Poder Executivo e do Poder Legislativo¹⁷.

2.3 Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*: Fase II - de 1955 até o Civil Rights Act de 1964

Uma única decisão da SCOTUS é uma referência poderosa mas nem sempre suficiente para solucionar décadas ou séculos de discriminação e de preconceitos, especialmente se a visão inconstitucional está arraigada nas próprias instituições públicas¹⁸. O caso *Brown vs. Board of Education* dependeu de reorganização das instituições envolvidas para evitar a continuidade das violações a direitos civis, o que foi enfrentado por diversos outros casos judiciais posteriores buscando medidas reestruturantes (em especial entre 1954 e 1962)¹⁹.

Ciente das dificuldades que enfrentaria, a SCOTUS optou por tomar decisões mais genéricas em uma primeira fase do caso *Brown*, a fim de que a igualdade fosse implementada paulatinamente²⁰. Transformar o sistema público dual de ensino segregado em um sistema unitário e inclusivo exigia reforma complexa que demandava remédios estruturais diferenciados das típicas soluções conhecidas pelo *dispute resolution*²¹. Por isso, ao concluir a Fase I do julgamento em 1954, a SCOTUS consignou que se reuniria novamente um ano após para acompanhar a evolução do quanto foi decidido inicialmente, mesmo porque o sistema escolar segregava praticamente tudo (ônibus, corredores de prédios, bebedouros d'água

Outros Estados-Membros tinham graves diferenças qualitativas quando comparadas escolhas para negros e brancos, como mostra CHEMERINSKY (2014, p. 39).

¹⁶ GROSTEIN (2019, p. 98) afirma que a SCOTUS inicialmente buscou interpretação originalista ao tentar compreender o que os legisladores da Décima Quarta Emenda à Constituição pretendiam, mas a Corte acaba por adotar fundamentação não originalista ao afirmar que a solução não poderia se basear na visão de 1868 (publicação da emenda) ou na de 1896 (caso *Plessy vs. Ferguson*), gerando acusações de ativismo por parte de originalistas e não originalistas. Também sobre os fundamentos desse julgamento, MCCONNELL (1995), BITTKER (1996-1997), BICKEL (1955), BONVENTRE (2005), POSNER (1987), NEUBORNE (1987), KLARMAN (1995), LEVINSON (1995), WHITE (2002) e JOBIM e ROCHA (2021).

¹⁷ PUGA (2021, p. 130) se baseia em pesquisas de Michael J. Klarman e Gerald Rosenberg afirmando que mais da metade da população dos EUA, da época, era contrária às medidas segregacionistas nas escolas, o que demonstraria, na verdade, que a Suprema Corte contava com o apoio da maioria da população, embora enfrentasse bloqueios políticos e institucionais para a efetivação da decisão. Também sobre esses aspectos, KLARMAN (2007), ROSENBERG (1991) e BICKEL (1978).

¹⁸ A esse respeito, ANDRÉA (2021, p. 71).

¹⁹ A questão da discriminação racial foi enfrentada em muitas outras ações, notadamente entre 1954 e 1962, como *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass'n*, *Mayor of Baltimore v. Dawson*, *Hawkins v. Board of Control*, *Gayle v. Browder*, *New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege*, *Turner v. City of Memphis* e *Schiro v. Bynum*, segundo JOBIM e ROCHA (2021, p. 865).

²⁰ WEAVER (2004, p. 1619) analisa a ascensão e o declínio dos remédios estruturais.

²¹ Tratando disso, DANTAS (2019, p. 35).

e banheiros, etc.), demonstrando as dificuldades e a extensão dos desafios a serem superados²².

A Fase II do caso *Brown vs. Board of Education* teve início em 1955, com a finalidade de a SCOTUS analisar as resistências opostas à implementação do que fora decidido na Fase I, com destaque aos estados-membros do sul do país²³. Novas medidas estruturais foram impostas com o objetivo de complementação e reforço, especialmente para a execução de planos judiciais, dentre elas a atribuição de as autoridades escolares garantirem o fim da segregação racial sob supervisão do Poder Judiciário Federal²⁴.

Entretanto, devido à demora na implementação das medidas, alimentou-se o crescimento de políticos defensores da segregação racial que passaram a defender a possibilidade de reversão do caso *Brown*²⁵. Em resposta a tais movimentos e diante da recalcitrância de alguns conselhos escolares em elaborar os planos de dessegregação, as partes do caso *Brown* e de outras ações similares passaram a elaborar planos próprios de integração, com maior especificidade, os quais foram implementados e representaram avanço em relação às técnicas decisórias utilizadas nas demandas²⁶.

Owen Fiss afirma que houve um esforço radical buscando transformar a realidade social que não se adequava ao texto constitucional e à interpretação dada pela SCOTUS, com reestruturação das escolas, escolha de outros professores, novos critérios para construções dos prédios e adaptações no transporte público, tudo com o objetivo de se superar o racismo institucionalizado (FISS, 2017, p. 26).

O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* abriu precedentes para que outros tratando de discriminação racial, julgados entre 1954 e 1962, dentre eles: *Muir vs. Louisville Park Theatrical Ass'n*, *Mayor of Baltimore vs. Dawson*, *Hamkins vs. Board of Control*, *Gayle vs. Browder*, *New Orleans City Park Improvement Ass's vs. Detiege*, *Turner vs. City of Memphis* e *Schiro vs. Bynum*²⁷. Essas Fases I e II do caso *Brown vs. Board Of Education* também influenciaram a utilização da *structural reform* como modalidade de *adjudication* para a reestruturação de outras instituições que tratam de pessoas doentes ou com deficiência, bem como do próprio sistema prisional, tratamento em instituições psiquiátricas, habitação, e políticas de contratação por instituições públicas, dentre outros²⁸.

O monitoramento da Fase II do caso *Brown* e de outras ações que se seguiram somente foi superado com o *Civil Rights Act de 1964*, que proibiu a segregação racial de forma ampla, não apenas em escolas mas em qualquer

²² Acerca da extensão desse desafio, JOBIM (2013, p. 84) e JOBIM e ROCHA (2021, p. 867).

²³ Sobre isso, VILE (2010, p. 411).

²⁴ Cuidando do assunto, DANTAS (2019, p. 36).

²⁵ A esse respeito, WEAVER (2004, p. 1619).

²⁶ Sobre a matéria, DANTAS (2019, p. 37).

²⁷ Por todos, ARENHART, OSNA e JOBIM (2021, p. 25).

²⁸ Caso mais famoso é o *Holt vs. Sarver* em relação às condições do sistema carcerário do Arkansas, tratado por VIOLIN (2021, p. 638-686), STURM (1993), FEELEY (2000). Sobre instituições psiquiátricas, ver *V. Wyatt v. Stickney*, 334 F. Supp. 1341 (M.D. Ala 1971), 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972); *Wyatt v. Aderholt*, 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974); *New York State Assoc. for Retarded Children v. Rockefeller*, 357 F. Supp. 752 (E.D.N.Y. 1973), *New York State Assoc. for Retarded Children v. Carey*, 393 F. Supp. 715 (E.D.N.Y. 1975). A respeito de políticas de habitação, ver: *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, 296 F. Supp. 907 (N.D. Ill. 1969). E acerca de políticas de contratação por instituições públicas, *V. Kirkland v. New York State Dept. of Correctional Servs.*, 374 F. Supp. 1361 (S.D.N.Y. 1974), 520 F.2d 420 (2d Cir. 1975).

estabelecimento público ou privado aberto que receba seres humanos²⁹. São identificáveis outros movimentos nessa mesma tarefa contínua, como o ocorrido em 1979, ao ponto de ser denominado *Brown Fase III*, mostrando os desafios do enfrentamento desse problema estrutural.

2.4 Riscos e declínio

A longa marcha pela afirmação da igualdade no território americano, com preconceituosa negativa de jurisdição no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), a criticável cláusula do *separate but equal* do caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), guerras, gerações contaminadas e prejudicadas, e outros elementos civilizatórios moveram a SCOTUS para as medidas tomadas no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (e até de redenção da Corte).

O conteúdo material do litígio estrutural do caso *Brown vs. Board of Education* era de extrema relevância, e gerava o estado de coisas inconstitucional cuja solução possível (desejada pela maioria da sociedade americana) era obstada por autoridades executivas e legislativas (embora apoiada por segmentos dessa mesma sociedade).

Quanto a aspectos procedimentais, o caso foi estrategicamente selecionado, as soluções foram objeto de negociação e diálogo contínuo (intra e interinstitucional), seguidas de monitoramentos sucessivos (com reforços, complementações e revisões). E foi alcançado o objetivo central, porque o processo estrutural não visa a solução de um litígio entre partes mas uma nova postura a partir da recompreensão do ordenamento jurídico pertinente a problemas ínsitos às instituições públicas e privadas³⁰.

Porém, embora com inegáveis avanços gerados em várias áreas (não só no combate à segregação racial), os EUA viram o declínio de processos estruturais a partir da década de 1990, especialmente pela sua má utilização, deturpando o instituto em demandas precárias e pouco estratégicas. Também favoreceu esse declínio a alteração da composição e da orientação da SCOTUS, porque a progressista composição da Corte Warren foi substituída pelas conservadoras Cortes Burger, Rehnquist e Roberts³¹.

3 Doutrinas sobre processos estruturais nos EUA: Abram Chayes e Owen Fiss

A partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, surgiram teorias e doutrinas sobre processo estrutural americano, dentre as quais se destacam as obras de Abram Chayes e Owen Fiss.

²⁹ Sobre a matéria, VIOLIN (2019, p. 34).

³⁰ VITORELLI (2021, p. 90-91) afirma que o objetivo do processo estratégico não é, primordialmente, a resolução do litígio entre as partes, mas o estabelecimento de uma nova compreensão do direito, para que ela seja sedimentada e aplicada a outros casos, motivo pelo qual essas partes são instrumentais para a articulação entre os operadores visando à fixação da tese jurídica.

³¹ Acerca da matéria, DANTAS (2019, p. 41-42) e VIOLIN (2019, p. 244).

Abram Chayes foi pioneiro, publicando artigo intitulado *The role of judge in public law litigation*, em 1976, no qual aponta o surgimento de um novo modelo de atuação judicial denominado *public law litigation*, distinto do tradicional processo de matriz liberal (voltado eminentemente à tutela de direitos privados) com as seguintes características: a) a matéria objeto da disputa envolve o funcionamento de políticas públicas (não é um litígio entre indivíduos privados); b) a estrutura das partes é expansiva e mutável (não rigidamente bilateral); c) a investigação a respeito dos fatos não é histórica; d) o julgador tem papel proativo (não meramente passivo) porque sua função não é apenas a análise e declaração das regras jurídicas aplicáveis; e) o trabalho necessário para entregar a jurisdição é moldado pelo tribunal e pelas partes (não é dado de maneira exógena); f) a solução é negociada (não é imposta); g) a reparação deriva da responsabilidade estabelecida pelo direito de fundo (não é concebida como uma compensação por um ilícito ocorrido no passado) e os efeitos da decisão vão além das partes; h) a sentença não encerra a tutela judicial porque exige contínua participação do tribunal (CHAYES, 1976, p. 1032).

Principal referência nos EUA, Owen Fiss separa dois modelos de prestação jurisdicional (*adjudication*), a solução de controvérsias (*dispute resolution*) e a reforma ou litígio estrutural (*structural reform*). Para Fiss, o desenho da *dispute resolution* é composto por indivíduos, sem espaço para grupos ou minorias, abarcando todos os valores a serem protegidos, mas (conforme já alertara Chayes) busca a restauração do *status quo* em determinado caso, de forma a isolar o Judiciário dos demais poderes (FISS, 2017, p. 25). Porque a solução de controvérsias (*dispute resolution*) envolve exclusivamente indivíduos, grupos sociais que transcendem instituições (p. ex., minorias raciais e deficientes mentais) acabam sendo excluídos pela tutela judicial proferida por essa via processual, que reflete a face individualista de conflitos clássicos ou convencionais (FISS, 2017, p. 25).

Já o modelo de *structural reform* de Owen Fiss pretende superar processo tradicional marcado por conflito de interesses binário das partes no desenho tripartite (autor-réu-juiz), uma vez que tem por objeto problemas complexos e por objetivo transformar instituições que estejam em desacordo com os valores públicos. Essa reforma estrutural envolve não duas mas diversas partes, organizações e grupos, por vezes divididos pelas questões que constituem o objeto da *adjudication*, cujos interesses podem ser concorrentes em torno de uma diversidade de questões mas vinculados a um órgão decisório judicial.

Assim, a *structural reform* de Owen Fiss tem as seguintes características: a) o objeto é aspecto da vida social e do papel das grandes organizações burocráticas; b) o objetivo vai além do ato ilícito porque quer refazer a dinâmica institucional envolvida no litígio; c) a parte autora da ação é um grupo (vítima) que deverá ser representado não necessariamente por um membro desse mesmo grupo (pode ser ampliado e até mesmo desaparecer), assim como a parte ré pode ter como representante pessoa diversa da que deverá cumprir eventual medida; d) o juiz ostenta papel proativo; e) há várias possibilidades de escolha quanto às medidas judiciais a fim de se atingir o propósito, valendo-se de fundamentações em justiça e estratégia; f) a fase de execução é certa e envolve uma persistente relação entre o juiz e as instituições visando à superação das inconstitucionalidades (GALDINO, 2020, p. 60-61).

Assim, a *structural reform* é modalidade de *adjudication* construída pelo embate entre Poder Judiciário e burocracias, na busca pela afirmação dos objetivos legítimos (GILLESPIE, 1990, p. 192). Trata-se de processo judicial no qual o juiz busca reestruturar determinada organização para eliminar ameaças ou violações a valores constitucionais pelos arranjos institucionais existentes. As doutrinas de Abram Chayes e Owen Fiss se complementam na ideia (ainda em construção) do processo estrutural.

4 Processo estrutural no Brasil: compatibilidade normativa e influência do caso *Brown vs. Board of Education*

Em vista do direito positivo, a utilização ampla do processo estrutural no Brasil encontra obstáculos jurídicos consideráveis, pois a analítica ordem constitucional de 1988 (com descritivas delimitações de competências legislativas e executivas que conformam a separação de poderes em nosso sistema de *Civil Law*) colocam limites normativos importantes para que o Poder Judiciário desenhe ou reconstrua políticas públicas (inclusive o STF, quando atua como Corte constitucional).

De outro lado, é verdade que uma nova postura processual da jurisdição brasileira pode ser construída por leitura igualmente dogmática, calçada no amplo acesso à prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição) que permite ordens judiciais de fazer ou não fazer para serem cumpridas por poderes políticos (preventivas e reparatórias, até para suprir a omissão legislativa), também fortalecida pelo aumento da área de intersecção com o sistema de *Common Law* (pelo mecanismos de precedentes obrigatórios e de decisões vinculantes)³². Esses e outros fatores jurídicos, somados a aspectos metajurídicos (como estafa diante de graves problemas recorrentes), têm encorajado crescentes posturas proativas da jurisdição brasileira, reforçadas por trabalhos acadêmicos defendendo o processo estrutural no Brasil, não sem poucas críticas de voluntarismo, ativismo e correlatos.

Concordamos com a possibilidade de o processo estrutural ser utilizado no Brasil, com fundamento no livre acesso à prestação jurisdicional e em favor da concretização da força normativa da Constituição e do Estado de Direito, desde que de modo “muito” restrito e moderado para enfrentar estado de coisas que causam grave inconstitucionalidade ou ilegalidade em temas de direitos, garantias e deveres fundamentais envolvendo instituições burocráticas.

4.1 Conceito e elementos

A literatura jurídica brasileira diferencia estado de coisas, problema estrutural, litígio estrutural e processo estrutural: estado de coisas correspondente ao resultado da análise situação específica que traz ínsita a continuidade no longo prazo (GALDINO, 2020, p. 114-115); problema estrutural é um estado de coisas de ilicitude contínua e permanente (violadora da ordem constitucional ou legal),

³² Sobre a incompletude do mecanismo de precedentes no Brasil, FRANCISCO (2021, p. 50-76).

ou de inaceitável desconformidade (mesmo que não propriamente ilícita) (DIDIER JR., ZANETI JR; OLIVEIRA, 2021, p. 427); litígios estruturais são controvérsias coletivas irradiadas, decorrentes do modo como opera uma estrutura burocrática (geralmente pública, mas excepcionalmente, privada) (VITORELLI, 2021, p. 90); processo estrutural é o meio judicial para superação do problema estrutural que gera litígios estruturais. Portanto, o problema estrutural nutre o litígio estrutural, gerando um estado de coisas cuja solução pode ser instrumentalizada pelo processo estrutural na via judicial.

Edilson Vitorelli aponta que o funcionamento da estrutura é a causa do litígio, e a solução depende de sua alteração, pois tratar apenas os efeitos da lide pode trazer resultados aparentes e de curto prazo, mas não duradouros e significativos, sendo possível que soluções não estruturais agravem o problema e o litígio no longo prazo, porque há efeitos distintos em subgrupos sociais cujos interesses não estão alinhados a uma finalidade comum, revelando caráter policêntrico que exige momentos e estratégias significativas para viabilizar a participação dos subgrupos (VITORELLI, 2021, p. 90). Conceituando o processo estrutural, Edilson Vitorelli diz que essa via judicial busca reformular instituição, política ou programa cujo mau funcionamento é a causa de litígio estrutural, de modo que o Poder Judiciário deve construir um plano implementado a longo prazo visando transformar o comportamento da estrutura para o futuro, monitorando os impactos diretos e indiretos da operação, os recursos necessários e suas fontes, seus efeitos colaterais sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição (marca de seu caráter policêntrico, e não bilateral), revelando-se como um processo-programa com pretensões progressivas, significativas e duradouras sobre a estrutura ou instituição que causa o litígio (VITORELLI, 2021, p. 70).

O litígio estrutural pode encampar o controle judicial de políticas públicas, litígios de interesse público (geralmente sociais, p. ex., condições de presídios, moradia, meio ambiente) e litígios de caráter privado que repercutam em prerrogativas de grupos, marcados por várias situações passíveis que geram um estado de coisas ilícito ou de desconformidade inaceitável pelo sistema jurídico. Como última trincheira no Estado de Direito, a via judicial é legítima para resolver essa modalidade de controvérsia irradiada, que não pode ser enfrentada apenas pelo modelo de processo tradicional.

O processo convencional é bilateral, ainda que processado em litisconsórcio no feito individual, em substituição processual na ação coletiva, ou com propagação interpessoal de efeitos em mecanismos de precedentes ou de decisões vinculantes em análise abstrato de constitucionalidade, ao passo em que o processo estrutural é pluricêntrico (ou multipolar) por se orientar pela existência de diversos polos na demanda, direcionando-se para o futuro por ter objetivos prospectivos³³. Compreendendo o processo estrutural à luz da teoria de Owen Fiss e de suas *structural injunctions*, Desirê Bauermann frisa o fato de as decisões nestas modalidades de demandas serem sempre prospectivas, pois buscam alterações para o futuro, afastando-se das modalidades de demandas tradicionais que reparam danos passados em função de seus efeitos retrospectivos, repondo o *status quo ante* (BAUERMAN, 2012, p. 66-68).

O processo estrutural apresenta duas fases sequenciais, uma primeira na qual prepondera o viés cognitivo (mas permite a utilização de elementos executórios)

³³ A esse respeito, ARENHART (2021, p. 1072, nota de rodapé 5).

para reconhecer o problema e elaborar um plano flexível de curto, médio e longo prazo a ser implementado, e uma segunda marcada pelo monitoramento da concreção do plano, seus avanços e retrocessos, com constante reavaliação e redesenho das medidas. Outra característica relevante do processo estrutural consiste na relativização de institutos de processo civil, como a demanda, a congruência e a coisa julgada, em função da necessária dinâmica própria dessa modalidade de instrumento processual que não se coaduna com o processo civil tradicional liberal (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2021, p. 438). Essa relativização, a nosso ver, também não é de todo desconhecida do processo convencional, que conhece e convive com medidas similares de monitoramento (p. ex., em coisas julgadas formadas em ação de alimentos).

O caráter policêntrico do processo estrutural decorre da imbricação de interesses no interior e entre os próprios grupos a serem tutelados, de forma que a solução de cada um dos problemas depende da solução de todos os outros³⁴. Por isso, o processamento do processo estrutural depende de constante diálogo (intra e interinstitucional) entre os poderes e órgãos responsáveis pela superação da ilicitude ou da desconformidade para a construção de soluções viáveis e legítimas, vencendo bloqueios de diversas ordens ou instâncias jurisdicionais ou políticas³⁵.

E por fim, a complexidade que também marca o processo estrutural não significa situação de difícil solução (embora invariavelmente isso também ocorra), mas sim diversidade de caminhos possíveis para enfrentar o estado de coisas ilícito (inconstitucional ou ilegal) ou desconforme inaceitável, aspecto que exige o diálogo contínuo em suas fases sucessivas, com decisões judiciais flexíveis³⁶.

4.2 O aprendizado com caso *Brown vs. Board of Education*: litígios estratégicos e uso restrito

A partir das conhecidas recomendações de cautela quando da transposição de ideias jurídicas estrangeiras para nosso programa e ambiente normativo (sobretudo se oriundas de países com padrões jurídicos muito distintos), os desafios do aproveitamento de teorias do processo estrutural dos EUA começam por essa via judicial ter sido desenhada para sistema de *Common Law* que trabalha com sintética e antiga ordem constitucional (de 1787, com apenas 27 emendas formais), por isso dependente do critério interpretativo não originalista (muitas vezes empregado). Não bastasse, o uso do processo estrutural nos EUA está em declínio desde os anos 1990 (não só pela mudança da composição da SCOTUS).

De todo modo, assim como tantos outros casos que iluminam o estudo do Direito brasileiro (p. ex., *Marbury vs. Marshall*, marco para o controle de constitucionalidade), o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* é paradigma inquestionável para o posterior desenvolvimento da visão do processo estrutural no Brasil. Vimos que, senão todas, a grande maioria das características arroladas pela literatura jurídica brasileira envolve as lições extraídas do caso *Brown*, resumidas por Jordão Violin: a) demanda multipolarizada; b) orientada para o

³⁴ Sobre a legitimidade, FLETCHER (1982, p. 645).

³⁵ Acerca do diálogo em estado de coisas inconstitucional, ANDRÉA (2021, p. 143).

³⁶ ARENHART (2021, p. 1047-1069) admite a adoção de novo caminho à luz do experimentalismo (método de "tentativa-erro-acerto").

futuro; c) formada por pretensões difusas; d) baseada em direitos fundamentais cujo conteúdo requer concreção; e) que visa à reforma de uma instituição social; f) cuja implementação exige ações diferidas no tempo, que não se esgotam com a prolação da sentença; g) conduzida por juiz e partes em cooperação (VIOLIN, 2021, p. 638).

Contudo, revendo a bibliografia brasileira, parece-nos importante frisar alguns aspectos relevantes do caso *Brown vs. Board Of Education* (Fase I e Fase II) para a restrita utilização do processo estrutural no Brasil, sob pena de essa via processual ser desacreditada. O primeiro deles é que estado de coisas ilícito (inconstitucional ou ilegal) ou a desconformidade devem ser eloquentes, de extrema gravidade e indesejada pela maioria da sociedade estafada com o problema estrutural e com autoridades executivas e legislativas (ainda que apoiada por segmentos dessa mesma sociedade).

Segundo, o caso selecionado deve ser estratégico, combinando elementos tanto da multipolaridade dos envolvidos mas também da própria estrutura judiciária envolvida, pois somente assim a solução será adequadamente negociada, com diálogo intra e interinstitucional capaz de construir soluções viáveis e sistematicamente monitoradas em fases sucessivas igualmente dialógicas, permitindo reforços, complementações e revisões.

Terceiro, o objetivo a ser obtido com o processo estrutural deve ser claro e definido, porém flexível, para que o processo estrutural não se perca em indefinidas novas metas e medidas, mas seja construído em fases sucessivas (do geral para o particular), com delegação de menores atribuições decisórias e executivas para instâncias ordinárias.

5 Conclusão

Ao final da pesquisa, reconhecemos que a SCOTUS exerceu seu papel no sistema de *Common Law* americano para, dentro do *Judicial Review* com a regra do *Stare Decisis*, dar o passo decisivo e unificador na longa marcha pela afirmação da igualdade racial no federalismo americano, desde a preconceituosa decisão no caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857) e a criticável cláusula do *separate but equal* do caso *Plessy vs. Ferguson* (1896). Passando por guerras, gerações contaminadas por preconceitos injustificados, prejudicadas por sentimentos de supremacia e de inferioridade por motivos de cor da pele, e ilustrados por elementos civilizatórios, a SCOTUS adotou medidas extremas no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Fase I e Fase II), tornando-se referência jurisprudencial para construções do processo estrutural nos EUA e no Brasil.

Não nos parecem pequenos os obstáculos para a utilização dessas ideias procedimentais para nosso programa e ambiente normativo, sobretudo porque o processo estrutural dos EUA é desenhado para sistema de *Common Law* que trabalha com sintética e antiga ordem constitucional (de 1787, com apenas 27 emendas formais), muitas vezes dependente do critério interpretativo não originalista, além do fato de o uso desse modelo processual estar em declínio desde os anos 1990 (não apenas pela mudança da composição da SCOTUS). No Brasil, temos uma analítica ordem constitucional que descreve e delimita competências legislativas e executivas, ao mesmo tempo em que define nossa separação de poderes em sistema de *Civil Law*, colocando limites normativos

importantes para que o Poder Judiciário desenhe ou reconstrua políticas públicas (inclusive o STF, quando atua como Corte constitucional), além de ser recente e frequentemente submetida a reformas formais (atualmente, são nada menos do que 129 emendas ordinárias, além de 6 emendas de revisão e 3 tratados internacionais com força constitucional).

Contudo, mesmo por critérios dogmáticos, aceitamos a possibilidade de o processo estrutural ser utilizado no Brasil, em razão do amplo acesso à prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da ordem de 1988), da permissão para ordens judiciais de fazer ou não fazer a serem cumpridas por poderes políticos e do aumento da área de intersecção com o sistema de *Common Law* (pelo mecanismos de precedentes obrigatórios e de decisões vinculantes), fatores jurídicos que, somados a aspectos metajurídicos (estafa diante de graves problemas recorrentes), legitimam posturas proativas da jurisdição brasileira (reforçadas por trabalhos acadêmicos) em favor da concretização da força normativa da Constituição e do Estado de Direito.

Ao final, à luz de aspectos relevantes do caso *Brown vs. Board of Education* (Fase I e Fase II), admitimos o processo estrutural no Brasil, desde que de modo “muito” restrito e moderado (sob pena de essa via processual ser desacreditada ou banalizada), para o que são necessários requisitos cumulativos. O primeiro deles é a eloquência do estado de coisas ilícito (inconstitucional ou ilegal) ou da desconformidade, cuja gravidade é reconhecida pela maioria da sociedade exausta com o problema estrutural, embora não combatida adequadamente por autoridades executivas e legislativas (ainda que apoiada por segmentos dessa mesma sociedade).

Segundo, o caso selecionado deve ser estratégico, combinando elementos da multipolaridade dos envolvidos e da própria estrutura judiciária, hábeis e preparados culturalmente para a construção de negociações, com diálogo intra e interinstitucional capaz de definir soluções viáveis e sistematicamente monitoradas em fases sucessivas igualmente dialógicas, permitindo reforços, complementações e revisões.

E, terceiro, o objetivo buscado no processo estrutural deve ser claro e definido, porém flexível, para que seu processamento não se perca em indeterminadas novas metas e medidas, de modo que deve ter fases progressivas (do geral para o particular) com delegação de menores atribuições decisórias e executivas para instâncias ordinárias.

O uso generalizado dessa via processual, movido por voluntarismo, ativismo e correlatos, pode desautorizar esse útil mecanismo de tutela jurisdicional.

Referências

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1071-1096.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1047-1069.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho. *Abolicionismo: Estados Unidos e Brasil, uma história comparada (século XIX)*. São Paulo: Annablume, 2003.

BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1978.

BICKEL, Alexander M. The original understanding and the segregation decision. *Harvard Law Review*, v. 69, n. 1, p. 1-65, nov. 1955.

BITTKER, Boris I. Interpreting the Constitution: is the intent of the framers controlling? If not, what is? *Harvard Journal Of Law & Public Policy*, v. 19, p. 09-54, 1996-1997.

BLACKMON, Douglas A. *Slavery by another name: the re-enslavement of black americans from the civil war to world war II.*, 2008.

BONVENTRE, Vincent Martin. Judicial activism, judge's speech, and merit selection: conventional wisdom and nonsense. *Albany Law Review*, v. 61, p. 564, 2005.

BRASIL, Sérgio Augusto Veloso. A cláusula da igual proteção (*equal protection*): abordagem tradicional pela Suprema Corte Americana. In: FREITAS, Riva Sobrado de; SILVA, Camila Barreto Pinto; TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de (Coords.). *Constituição e democracia I* [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/Ods65m46/ggs4l47h/vK03flsBXI098Cp7.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, 1976, p. 1281-1316.

CHEMERINSKY, Erwin. *The case Against the supreme court*. New York: Viking, 2014.

COTTRO, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo Poder Público*. Curitiba: Juruá, 2019.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial police making and the modern state: how the courts reformed america's prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FINKELMAN, Paul. Dred Scott v. Sandford. In: UROFSKY, Melvin I. (Ed.). *The public debate over controversial Supreme Court decisions*. Washington: CQ Press, 2006, p. 24-33. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1507086>. Acesso em: 03 mar. 2021.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen M. *The civil rights injunction*. Bloomington/Indiana: Indiana University, 1978.

FISS, Owen M. The fate of an ideia whose time has come: antidiscrimination law in the second decade after Brown vs. Board of Education. *University of Chicago Law Review*, n. 742, 1973-1974.

FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982.

FRANCISCO, José Carlos. Mutações para e pelo incompleto sistema de precedentes de teses em temas. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (Orgs.). *A nova Constituição de 1988?* Santo André : Dia a Dia Forense, 2021, v. 1, p. 50-76.

GALDINO, Matheus Souza. *Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade*. Salvador: JusPodivm, 2020.

GILLESPIE, Nora. Charter remedies: The structural injunction. *Advocates' Quarterly*, 11(2), 190-221, 1990.

GRINBERG, Keila. Alforria, direito e direitos no Brasil e nos Estado Unidos. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 63-83, 2001.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

JACKSON, Faith J. Dred Scott v. Sandford: a prelude to the civil war. *Richmond Public Interest Law Review*, v. 15, n. 2, p. 377-401, 2011. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/pilr/vol15/iss2/3>. Acesso em: 03 mar. 2021.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 853-872.

KING, Thomas L. Performing Jim Crow: blackface performance and emancipation. *Revista de Humanidades*, n. 23, p. 75-94, 2014.

KLARMAN, Michael. Court, Congress and Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). *Congress and Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005.

KLARMAN, Michael J. *Brown v. Board of education and the civil rights movement*. (abridged edition of from Jim Crow to civil rights: The Supreme Court and the struggle for racial equality). New York: Oxford University Press, 2007.

KLARMAN, Michael J. Brown vs. Board of Education: law or politics? *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper n. 02-11, dez. 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em: 06 mar. 2021.

KLARMAN, Michael J. Response: Brown, originalism and the desegregation decisions – a response to Professor McConnell. *Virginia Law Review*, v. 81, n. 7, p. 1.881-1.936, out. 1995.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Cornell University Law School*. 20 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

LEVINSON, Sanford. The limited relevance of originalism in the actual performance of legal roles. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 19, p. 495, 1995.

LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H.; FALLON Jr., Richard H. *Constitucional Law: cases comments-questions*. 18 ed. St. Paul, Minn.: West Pub., 1996.

MCCONNELL, Michael W. Originalism ante the desegregation decisions. *Virginia Law Review*, v. 81, n. 4, p. 984-986, maio 1995.

MCNEESE, Tim. *Plessy v. Ferguson: separate but equal*. New York: Chelsea House Publishers, 2007.

NEUBORNE, Burt. The binding quality of Supreme Court precedente. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 988, 1987.

POSNER, Richard A. Legal formalism, legal realism, ant the interpretation of statutes and the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*, v. 37, n. 2, p. 213-216, 1987.

PUGA, Mariela. La litis estructural em el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 91-145.

PUGA, Mariela. *Litígio estrutural*. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2013.

ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope. Can Courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STURM, Susan. The legacy and the future of corrections litigation. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 142, n. 2, dez. 1993.

TUSHNET, Mark. *The NAACP's legal strategy against segregated education: 1925-1950*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2005.

VILE, John R. *Essential Supreme Court decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law*. 15. ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Processos estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 638-686.

VIOLIN, Jordão. *Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte americana na resolução de conflitos policêntricos*. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021.

WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, 2004.

WHITE, John Valery. Brown v. Board of Education and the Origins of the Activist Insecurity in Civil Rights Law. *Ohio Northern University Law Review*, v. 28, p. 345, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacerto*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A (in)constitucionalidade do reconhecimento do menor sob guarda como dependente para fins previdenciários

The (in)constitutionality of the recognition of the minor in custody as a dependent for social security purposes

José Renato Rodrigues

Juiz Federal da 2ª Vara-Gabinete do JEF de Osasco/SP. Graduado e Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru/SP.

RESUMO:

O presente artigo aborda a discussão relativa ao reconhecimento da dependência do menor sob guarda para fins previdenciários, com o escopo de ponderar acerca do direito ao benefício de pensão por morte e/ou auxílio reclusão relativo a(o) sua(eu) guardiã(o) segurada(o) da Previdência Social. Para tanto, além da análise legislativa e doutrinária, serão examinados recentes precedentes do STJ e do STF acerca da matéria, sob o enfoque da EC nº 103/2019.

PALAVRAS-CHAVE:

Menor sob guarda. Dependência. Pensão por morte. Auxílio reclusão. EC nº 103/2019.

ABSTRACT:

The present article addresses the discussion regarding the recognition of the dependence of the minor under custody for social security purposes, with the scope of considering the right to the death pension benefit and/or imprisonment aid related to his/her guardian insured by Social Security. To this end, in addition to the legislative and doctrinal analysis, recent precedents of the STJ and STF on the matter will be examined, under the focus of EC No. 103/2019.

KEYWORDS:

Child in care. Dependency. Death pension. Imprisonment aid. EC No 103/2019.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 3 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Para facilitar a compreensão no enfrentamento do título proposto, vale a pena fazer e responder a seguinte pergunta: o menor sob guarda é dependente para fins previdenciários? Sendo afirmativa a resposta, o menor sob guarda poderá ter direito ao benefício de pensão morte e/ou auxílio reclusão de sua(eu) guardiã(o) segurada(o) da Previdência Social. A partir dessa análise será desenvolvida a temática deste artigo.

2 Desenvolvimento

A Lei nº 8.213/1991 trata, dentre outros, dos beneficiários da Previdência Social, que são os segurados e seus dependentes, elencados nos artigos 10 a 17, bem como dos benefícios previdenciários.

Segurados são os contribuintes obrigatórios que, em linhas gerais, são os empregados (urbanos, rurais e domésticos) e os contribuintes individuais (autônomos, empresários), além dos facultativos (dona de casa, estudante, desempregado, etc.).

Os dependentes dos segurados, de acordo com o disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, se dividem em 03 (três) classes, a saber: classe 1 - cônjuge, convivente, filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; classe 2 - pais; classe 3 - irmão não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

A dependência econômica dos dependentes da classe 1 é presumida, enquanto dos demais deve ser comprovada (§ 4º do art. 16).

O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filhos (classe 1) desde que o segurado declare e que haja a comprovação da dependência econômica (§ 2º do art. 16).

O antes dito sobre os dependentes está disciplinado no art. 16 da Lei nº 8.213/91, que tem, atualmente, a seguinte redação:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 1º. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

§ 5º. As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º. Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 7º. Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Acerca do menor sob guarda, importante frisar que ele não consta do atual rol de dependentes previsto no supratranscrito art. 16 da Lei nº 8.213/1991. Entretanto, estava ele enquadrado como dependente na redação original do § 2º do art. 16, *verbis*:

§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; *o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda*; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação. (destaque nosso)

Ocorre que este dispositivo (§ 2º do art. 16) – que incluía o menor sob guarda no rol dos dependentes – foi alterado pela Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, passando a ter a seguinte redação (atual):

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Por isso, sustentou-se que, a partir do advento da MP nº 1.523/1996, o menor sob guarda deixou de ser considerado dependente para fins previdenciários. Nesse sentido, o professor Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 137) pontuou que “[...] o menor sob guarda foi eliminado do rol de dependentes [...]”.

Acerca dessa questão, Frederico Amado (2022, p. 563) sustenta que a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes é “[...] em razão do elevado número de avós que colocavam os seus netos sob guarda apenas para instituir eventual pensão por morte previdenciária.”

Todavia, o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – assegura a qualidade de dependente previdenciário ao menor

sob guarda nos seguintes termos: “§ 3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

Em virtude desta previsão do ECA, muito já se debateu na doutrina e jurisprudência acerca de qual legislação deveria prevalecer: a previdenciária que excluiu, desde final de 1996, o menor sob guarda como dependente para fins previdenciários, ou a legislação protetiva das crianças e adolescentes, que confere a qualidade de dependente ao menor sob guarda.

Defendendo a prevalência da legislação previdenciária, Sérgio Pinto Martins (2003, p. 310-312), desenvolveu o seguinte raciocínio:

[...]

A alteração legal implicou que o menor sob guarda do segurado deixou de ser dependente para os efeitos da Previdência Social. Isso quer dizer que essa pessoa não poderá, por exemplo, fazer jus a pensão por morte do segurado.

[...]

O menor que estiver sob a guarda do segurado não mais será considerado dependente. A guarda sai da hipótese de dependência em razão dos absurdos que eram cometidos, pelo requerimento da inclusão de menor sob a guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social. Isso onera a previdência e descaracteriza a ordem normal das coisas.

Argumenta-se que a disposição contida na nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 seria inconstitucional por violar o inciso II do § 3º do art. 227 da Lei Maior.

Pondera-se que o inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição da República garante ao menor proteção especial do Estado, abrangendo as garantias previdenciárias, incluindo a condição de dependente.

Essas garantias, porém, são as previstas na lei, que irá definir quais são os benefícios devidos e demais condições, entre elas quem é dependente. É a aplicação do princípio da reserva legal (art. 5º, II da Lei Magna).

A mencionada norma constitucional é uma regra de eficácia limitada, pois é dependente da previsão da lei para sua implementação.

O fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico está na Constituição.

No caso em tela, não se verifica limitação da abrangência do inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição pelo § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213, quando exclui o menor sob guarda da condição de dependente. O citado dispositivo constitucional diz respeito ao menor como segurado, como trabalhador, tanto que o mesmo inciso faz referência à proteção trabalhista, que só pode referir-se a quem é trabalhador. Não se está tratando de questão de dependente. Logo, a lei ordinária pode versar sobre o assunto, excluindo o menor sob guarda da condição de dependente.

Não vejo inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 sob violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição), em razão de que a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como de a lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.

Prevê o § 2º do art. 33 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, excepcionalmente, deferir-se-á guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta de eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. A guarda a que faz referência a lei é para fins civis e não previdenciários. Entretanto, o § 3º do

mesmo artigo dispõe que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Entendo que o § 3º do art. 33 da Lei 8.069 foi derogado pela previsão do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 na nova redação determinada pela Lei nº 9.528, pois a lei posterior revoga a anterior quando seja incompatível com esta última (§ 1º do art. 2º da LICC). É o que ocorre na disposição do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213 que é incompatível com a previsão do § 2º do art. 33 da Lei nº 8.069. Dessa forma, o menor sob guarda não mais é dependente para fins previdenciários.

Cabe à norma legal incluir ou excluir pessoas da condição de dependente, como já ocorreu com a pessoa designada pelo segurado, que era dependente e deixou de sê-lo. A matéria é de ordem legal, e o legislador pode dispor da forma como desejar, tendo por base critério eminentemente político.

[...]

Já compartilhando do outro entendimento, ou seja, que deve preponderar o ECA, há uma lição doutrinária mais recente:

[...]

Os menores sob guarda foram excluídos do rol de dependentes, conforme se verifica do art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, com nova redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997, tema que tem gerado grandes debates.

[...]

Essa restrição, no entanto, representa uma vulneração aos arts. 6º e 227 da Constituição Federal e às disposições protetivas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.7.1990). Especialmente porque a guarda, segundo dispõe o art. 33 do Estatuto, obriga à prestação de assistência global e, sobretudo, assegura à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos, inclusive previdenciários.

[...] (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 217)

Ainda exemplificativamente, é possível apontar alguns julgados sobre os dois posicionamentos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegou a decidir que o menor sob guarda para fins previdenciários existiu somente até a MP nº 1.523/1996, ou seja, entendeu que a Lei previdenciária (art. 16 da Lei nº 8.213/1991), dada sua especialidade, deveria prevalecer sobre o disposto no ECA:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ECA. ROL DE DEPENDENTES. EXCLUSÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA PREVIDENCIÁRIA.

1. Em consonância com julgados prolatados pela Terceira Seção deste Tribunal, a alteração trazida pela Lei 9.528/97, norma previdenciária de natureza específica, deve prevalecer sobre o disposto no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Embargos de divergência acolhidos.

(STJ, EResp 2007/0044591-3, 3ª Seção, Relatora Ministra Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ/MG, por maioria, DJe 06/04/2009)

Já em sentido contrário, a Turma Nacional de Uniformização (TNU), nos autos do processo nº 2006.71.95.1032-2, em votação por maioria, na sessão do dia 16/02/2009, e a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) reconheceram a inconstitucionalidade da mencionada Medida Provisória e, por consequência, a dependência previdenciária do menor sob guarda. Assim ficou a ementa do mencionado julgado do TRF1:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ART. 16 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 11/10/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 - SUPRESSÃO DO MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DO ROL DE BENEFICIÁRIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO - AFRONTA AOS ARTS. 227, § 3º, II E VI, E 5º, *CAPUT*, DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

I - A redação original do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 estabelecia que se equiparavam "a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."

II - A Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, alterou o aludido § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, para estabelecer que "o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento", suprimindo, portanto, o menor sob guarda judicial do rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

III - A Constituição Federal consagra, em relação à criança e ao adolescente, o princípio da proteção integral, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, direitos naturais fundamentais (art. 227, *caput*, da Carta Magna).

IV - O constituinte elenca, ainda, no § 3º do art. 227 da Carta Maior, sete normas indicativas das obrigações que o legislador ordinário não pode deixar de cumprir, entre as quais destacam-se a garantia, ao menor – criança e adolescente –, dos direitos previdenciários e trabalhistas, e o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

V - "Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica." (ADI 2.215/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26/04/2001).

VI - Desse modo, a norma contida no art. 16, § 2º, da Lei 8.213/91 - na redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97 -, na parte em que exclui o menor sob guarda judicial da condição de dependente, colocando-o à margem da proteção previdenciária estatal, é inconstitucional, pois não se harmoniza com as garantias estabelecidas na Lei Maior, entre elas as do art. 227, *caput*, § 3º, II e VI, da Carta.

VII - Ademais, a discriminação trazida pela nova redação do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 – ao excluir o menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado –, afronta, também, o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, pois, do ponto de vista essencial – não do *nomen iuris* do instituto jurídico sob cuja tutela vivem –, os menores sujeitos à guarda judicial de outrem necessitam dos mesmos cuidados e da

mesma proteção estatal dispensada aos tutelados, diante do infortúnio da morte do guardião ou tutor, conforme o caso.

VIII - Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Medida Provisória 1.523, de 11/10/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, na parte em que excluiu o menor sob guarda judicial do rol dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

(TRF da 1ª Região, Corte Especial, INREO 1998.37.00.001311-0/MA, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, e-DJF1 21/09/2009)

Esta celeuma persistiu até o E. STJ julgar, como representativo da controvérsia, o Recurso Especial nº 1.411.258/RS e fixar a seguinte tese ao decidir o Tema 732:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

O Tribunal da Cidadania acolheu, então, a tese, agora vinculante, da prevalência do ECA sobre a legislação previdenciária e, assim, que o menor sob guarda é dependente para fins previdenciários. O julgamento do aludido recurso foi em 11/10/2017 e o trânsito em julgado ocorreu em 09/03/2023.

Trilhando o mesmo caminho, o E. Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar procedentes, por apertada maioria de votos (6x5), os pedidos das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nºs 4.878 e 5.083, conferiu "interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o 'menor sob guarda'", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, relator do acórdão. O julgamento conjunto das duas ações foi finalizado em 07/06/2021, tendo havido o trânsito em julgado em 05/03/2022.

Assim ficou a ementa do acórdão na ADI nº 4.878/DF:

ACÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 16, § 2º, DA LEI Nº 8.213/1991. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 9.528/1997. MENOR SOB GUARDA. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA. ART. 227, CRFB. INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA RECONHECER O MENOR SOB GUARDA DEPENDENTE PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, DESDE QUE COMPROVADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

1. Julgamento conjunto da ADI nº 4.878 e da ADI nº 5.083, que impugnam o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, que retirou o "*menor sob guarda*" do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário.

2. A Constituição de 1988, no art. 227, estabeleceu novos paradigmas para a disciplina dos direitos de crianças e de adolescentes, no que foi em tudo complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Adotou-se a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, que *ressignificam* o *status* protetivo, reconhecendo-se a especial condição de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

3. Embora o "*menor sob guarda*" tenha sido excluído do rol de dependentes da legislação previdenciária pela alteração promovida pela Lei nº 9.528/1997, ele ainda figura no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que assegura que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários.

4. O deferimento judicial da guarda, seja nas hipóteses do art. 1.584, § 5º, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002); seja nos casos do art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), deve observar as formalidades legais, inclusive a intervenção obrigatória do Ministério Público. A fiel observância dos requisitos legais evita a ocorrência de fraudes, que devem ser combatidas sem impedir o acesso de crianças e de adolescentes a seus direitos previdenciários.

5. A interpretação constitucionalmente adequada é a que assegura ao "*menor sob guarda*" o direito à proteção previdenciária, porque assim dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente e também porque direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia. Prevalência do compromisso constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, CRFB.

6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o "*menor sob guarda*", na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999).

(STF, ADI 4.878/DF, Pleno, Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin, por maioria, DJe 06/08/2021)

Em virtude do decidido na via concentrada pelo E. STF, sinalizava-se que a questão do menor sob guarda estava totalmente resolvida e pacificada favoravelmente ao menor sob guarda, que foi reconhecido como dependente para fins previdenciários.

Entretanto, novos questionamentos surgiram diante do advento da Emenda Constitucional nº 103/2019 – nova reforma da Previdência Social – e, ainda, do decidido, incidentalmente, pelo STF, no julgamento das ADIs nºs 4.878 e 5.083.

A EC nº 103/2019 passou a vigor em 13/11/2019 e, expressamente, excluiu o menor sob guarda como dependente, nos termos do disposto no § 6º do art. 23 da referida Emenda Constitucional, *verbis*: "§ 6º. Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica."

Ora, constando a aludida vedação, agora, no texto constitucional, deve ele prevalecer sobre o disposto em lei ordinária – o § 3º do art. 33 da Lei nº 8.069/90?

No sentido afirmativo foi o voto vencido do relator Ministro Gilmar Mendes nas duas ADIs:

[...]

Por fim, registro que o aparente conflito entre o art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90 e o art. 16, § 2º, da Lei 8.113/91 não se coloca mais.

Isso porque, o artigo 33, § 3º, da Lei 8069/90, na parte em que dispõe que a guarda torna o menor dependente, para todos os fins, inclusive previdenciário,

não foi recepcionado pela EC 103 de 2019, ao menos com a interpretação que se busca, de equipará-lo a filho para fins de pensão por morte.

Veja-se que a EC 103, em seu art. 23, § 6º, repetiu a redação do art. 16, § 2º, da Lei 8.213, aqui impugnado, fazendo constar que apenas se equiparam a filho, para fins de pensão por morte, “*exclusivamente* o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”.

Portanto, a exclusão do menor sob guarda da condição de dependente para fins de pensão por morte decorre, agora, de norma constitucional, estando superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária.

[...] destaque no original.

No entanto, o STF também decidiu esse ponto seguindo o voto condutor do acórdão do Ministro Edson Fachin:

[...]

Os pedidos formulados nas ADIs 5083 e 4878, contudo, não contemplaram a redação do art. 23 da EC 103/2019, razão pela qual, ao revés do e. Ministro Relator, não procedo à verificação da constitucionalidade do dispositivo, em homenagem ao princípio da demanda. De toda sorte, os argumentos veiculados na presente manifestação são em todo aplicáveis ao art. 23 referido.

[...]

Assim, o STF não enfrentou, no julgamento simultâneo das ADIs nºs 4.878 e 5.083, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do § 6º do art. 23 da EC nº 103/2019.

É possível presumir que o STF, quando enfrentar, outra vez, a questão do menor sob guarda em ação na via concentrada questionando a constitucionalidade da EC nº 103/2019, deverá novamente reafirmar, forte no disposto no art. 227¹ da Constituição Federal de 1988, e se valendo dos substanciosos fundamentos prevalecentes e constantes dos votos proferidos nas ADIs nºs 4.878 e 5.083, o mesmo entendimento, ou seja, ser o menor sob guarda judicial dependente para fins previdenciários.

Esse entendimento é mais amplo, na medida em que também desejável que o STF – que já demorou demasiadamente para decidir, pois a ADI nº 4.878 foi ajuizada pelo Procurador Geral da República em 2012 – faça isso o mais rápido possível em prol da necessária segurança jurídica, considerando o apertadíssimo placar (6x5) no julgamento das mencionadas ADIs, bem como para se tutelar, dentre outros, o princípio da igualdade, evitando-se indesejados tratamentos díspares de pessoas vulneráveis que se encontram na mesma situação fática, ou seja, entre menores sob guardas judiciais que recebem benefícios previdenciários e outros que não recebem, agora por força da idêntica regra trazida pela novel EC nº 103/2019 (§ 6º do art. 23).

Como isso ainda não aconteceu, imprescindível lembrar que compete ao STF, desde que provocado na via concentrada ou difusa, decidir acerca da constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, pois, como órgão de cúpula do Judiciário é o guardião da Constituição Federal (art. 102 da CF/88).

¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Assim, se o STF julgar uma ação na via concentrada e reconhecer, em abstrato, que uma lei ou ato normativo é constitucional ou inconstitucional, todas as decisões judiciais, inclusive outras do próprio STF prolatadas na via difusa, que reconheçam o contrário, não podem subsistir.

O desrespeito a decisões proferidas, na via concentrada, pelo STF, implica agressão ao § 2º do artigo 102 da CF/88² e ao parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/1999³, os quais aduzem que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeito vinculante.

Neste cenário, Frederico Amado (2022, p. 568) defende o respeito à decisão do STF somente para os casos de óbitos ocorridos antes da EC nº 103/2019:

[...]

Dessa forma, *para os óbitos até a vigência da Emenda 103 (13/11/19) a decisão do STF vincula o INSS (controle abstrato de constitucionalidade com eficácia vinculante perante a Administração Pública), garantindo a inserção do menor sob guarda como equiparado a filho, desde que provada a dependência econômica*, prevalecendo o ECA sobre a exclusão perpetrada pela Lei 9.528/97. Por outro lado, considerando que o STF rejeitou a aferição de constitucionalidade do art. 23, § 6º, da EC 103/2019, conquanto *obter dictum* o Ministro Fachin aduziu que os mesmos argumentos seriam válidos para a extensão da tese, *a decisão não vincula o INSS para os óbitos a contar de 14/11/2019*.

Considerando a amplitude da regra do artigo 33, § 3º, do ECA, a decisão da Suprema Corte também se aplica aos Regimes Próprios de Previdência Social, sendo que no RPPS federal se limita às mortes até 13/11/19, considerando que o artigo 23 da EC 103/2019 não se aplica ao RPPS dos estados, Distrito Federal e municípios, sendo que nestes regimes locais a aplicação da decisão do STF é temporalmente irrestrita.

[...] (destaques no original)

3 Considerações finais

Com esta última citação doutrinária, que corrobora a necessidade de novo enfrentamento, pela Suprema Corte, da questão do menor sob guarda, conclui-se defendendo que, enquanto o STF não se debruça novamente sob o tema, agora sob o enfoque da EC nº 103/2019, há que se respeitar e se seguir, fielmente e por ser o mais justo, a tese firmada pelo STJ no Tema nº 732 e o decidido, via concentrada, pelo STF nas ADIs nºs 4.878 e 5.083, conferindo "interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/91, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o 'menor sob guarda'" e se concedendo, nas vias administrativa e

² "Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³ "Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

judicial, pensão por morte e/ou auxílio reclusão, uma vez preenchidos os requisitos legais, aos menores sob guarda judicial que demonstrem a dependência econômica da(o) guardiã(o) segurada(o), independentemente da data da morte e/ou prisão – fatos geradores da pensão e auxílio reclusão.

Referências

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. Tomo II – Plano de benefícios. 5. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito à seguridade Social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a sua atuação como cláusula geral de tutela da personalidade

The fundamental principle of human dignity and its performance as a general clause for the protection of the personality

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

Odete Novais Carneiro Queiroz

Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil.

RESUMO:

O texto analisa o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a sua atuação como cláusula geral de tutela da personalidade. Para tanto, utiliza-se de metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação. O trabalho apresenta inicialmente uma breve evolução da ideia de dignidade. Investiga a relação existente entre a constitucionalização do Direito Privado e a inclusão da dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional. Trata também da distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, mas deixa claro que a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, uma cláusula geral e um princípio. Por fim, os resultados alcançados demonstram a importância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE:

Dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade. Constitucionalização do Direito Civil. Cláusula geral.

ABSTRACT:

The text analyses the fundamental principle of the dignity of the human person and its performance as a general clause of protection of the personality. For that, it uses a descriptive and deductive methodology, based fundamentally on bibliographic and legislative research. The paper initially presents a brief evolution of the idea of dignity. It investigates the existential relation between the constitutionalisation of private law and the inclusion of the human dignity as a constitutional principle. It also examines the distinction between general clauses and principles, but makes it clear that the human dignity is, at the same time, a general clause and a principle. Finally, results demonstrate the importance of recognizing the human dignity as a true general clause of protection and promotion of the human person.

KEYWORDS:

Dignity of human person. Personality rights. Constitutionalization of private law. General clause.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Origem. 3 A concepção kantiana de dignidade da pessoa humana. 4 Crítica à denominada concepção insular. 5 A nova concepção de dignidade da pessoa humana. 6 A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional. 7 A dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do Direito Civil. 8 A dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. 9 A dignidade da pessoa humana como cláusula geral. 9.1 A técnica das cláusulas gerais. 9.2 Cláusulas gerais e princípios. 9.3 A cláusula geral da dignidade da pessoa humana. 10. Conclusão. Referências.

1 Introdução

No ocidente, raramente se escreveu e se discutiu tanto sobre a dignidade da pessoa humana como desde a Segunda Guerra Mundial. Aliás, é justamente em função da importância que se tem dado à temática que a dignidade da pessoa humana está prevista em nossa Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Como se trata de um conceito fluido, multifacetário e multidisciplinar, o presente texto efetua inicialmente um breve exame da evolução da expressão dignidade, passando pela concepção romana, medieval e kantiana. Após breve crítica à concepção iluminista, propõe-se uma concepção mais moderna de dignidade da pessoa humana.

Em seguida, o texto analisa a inserção da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro como princípio constitucional, bem como o seu significado para o desenvolvimento das relações de Direito Privado, movimento que tradicionalmente é conhecido como constitucionalização do Direito Civil.

Cuida-se ainda da distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, apresentando os elementos que afastam a confusão entre tais institutos jurídicos. Entretanto, o estudo deixa claro que a dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico brasileiro, é ao mesmo tempo uma cláusula geral e um princípio.

Ademais, insta observar que se trata de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação. Os resultados alcançados demonstram a importância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.

2 Origem

A dignidade da pessoa humana é atualmente considerada a base da tutela jurídica do ser humano¹. Está prevista nos mais relevantes documentos do Direito Internacional, em um grande número de Constituições, bem como na legislação infraconstitucional de boa parte dos países.

A despeito de sua importância, a conceituação da dignidade da pessoa humana é algo extremamente difícil, talvez impossível, pois se trata de um conceito fluido, multifacetário e multidisciplinar (SZANIAWSKI, 2005, p. 140). Por isso, o Direito necessita recorrer a outras áreas do saber humano, como a filosofia, a política, a sociologia, a teologia, a história etc., as quais se ocupam há mais tempo do problema, o que não significa que o tenham resolvido.

A origem da palavra dignidade é encontrada no latim, onde *dignus* é aquele que é importante, que merece estima e honra. Os romanos vinculavam a dignidade a um título ou função proeminente, sendo ela, portanto, um elemento externo (GARCIA, 2007, p. 122). Nesse sentido, a dignidade não tinha caráter universal,

¹ A expressão “pessoa humana” não se constitui um pleonasmo, visto que ela se opõe à “pessoa jurídica”.

pois constituía um *status* superior de certas pessoas, pela posição social ou pela função exercida. Tal acepção ainda existe na atualidade, na linguagem comum, quando se alude à dignidade de certos cargos públicos (SARMENTO, 2021, p. 103).

De acordo com Cícero, filósofo estoico da Roma Antiga, em sua obra *De Officiis* (Dos Deveres, XXX, 105), a proteção da *dignitas* é a definição mesma da justiça, que corresponde a uma característica de todas as pessoas, a qual assegura a distinção entre seres humanos e animais (TERRÉ; FENOUILLET, 2005, p. 96).

Apesar da etimologia do vocábulo e de sua utilização na Antiguidade ter correspondido tão somente à espécie humana, é apenas com o Cristianismo que se vai conceber uma ideia de dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo, uma vez que anteriormente não existia qualquer personificação (MORAES, 2009, p. 77).

O Cristianismo estribou o pensamento sobre a dignidade humana no fato de o homem ser o centro da criação divina, o ser amado por Deus e capaz de tomar decisões contra seu desejo natural, já que ele foi salvo de sua natureza originária por meio da noção de liberdade de escolha. Ao mesmo tempo, tal doutrina pressupõe que o ser humano necessita do auxílio de Deus para se tornar virtuoso, o que é feito mediante a observância da lei divina. Por isso, estaria a dignidade humana ligada à figura divina, seria uma dignidade dependente, derivada da figura de Deus (MORAES, 2009, p. 77-78).

Daí se vê que a única dignidade existente na Idade Média, ao menos até os séculos XIII e XIV, “é de origem externa, a heterônoma, baseada na imagem de Deus ou na dignidade como honra, cargo ou título, como aparência ou como imagem que cada um representa ou se lhe reconhece na vida social” (MARTINEZ, 2003, p. 27).

Ocorre que as concepções romana e cristã de dignidade, que prevaleceram durante muito tempo no ocidente, não correspondem à dignidade da pessoa humana atualmente encontrada no Direito, a qual começou a ser construída com o Renascimento (GARCIA, 2007, p. 121-122).

De fato, já na *Oratio de Hominis Dignitate* (1486), de autoria de Giovanni Pico della Mirandola, considerada por muitos o discurso fundador do renascimento humanista, vê-se que não é estabelecida a habitual relação de dependência entre a *ratio theologica* e a *ratio philosophica*. Nessa nova perspectiva renascentista, a dignidade da pessoa humana consiste na capacidade que tem o ser humano de fazer escolhas sobre os rumos de sua vida (SARMENTO, 2021, p. 33).

Em todo caso, qualquer estudo moderno acerca da dignidade da pessoa humana passa invariavelmente pela filosofia kantiana, que “mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio” (SILVA, 1998, p. 90).

3 A concepção kantiana de dignidade da pessoa humana

A palavra “dignidade” está presente na obra de Kant, que não a utiliza em contexto jurídico, mas sim ético (AZEVEDO, 2002, p. 11).

De acordo com o filósofo de Königsberg, na sociedade tudo tem um preço (*Preis*) ou uma dignidade (*Würde*). O preço representa um valor exterior, de mercado, estando ligado às coisas, às mercadorias, que admitem a sua substituição pelo equivalente. Por outro lado, a dignidade é um valor interno (moral), de interesse geral, superior a qualquer preço, não sendo um valor relativo, o que afasta a sua substituição pelo equivalente². Dessa forma, as coisas têm um preço, enquanto as pessoas têm dignidade (FACHIN, 2006, p. 117).

Como o homem está acima de todo preço, haja vista que possui dignidade, ele não pode ser transformado em meio para se alcançar qualquer fim (TAVARES, 2022, p. 193). O homem é um fim em si mesmo, o único ser cuja existência constitui um valor absoluto, uma vez que é da sua essência a dignidade, que afasta qualquer substituição pelo equivalente (SARMENTO, 2021, p. 107-108).

Ora, considerando que o imperativo categórico kantiano compõe-se da exigência de que o ser humano seja sempre considerado como um fim em si mesmo, fica claro que “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal” (MORAES, 2009, p. 80). Isso porque o sistema jurídico existe exatamente em função do ser humano.

Nesse contexto, é a dignidade que permite a formulação pelo ser humano das regras que regerão sua vida, ou seja, garante a ele autonomia, exprimindo a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins (COMPARATO, 1997, p. 18).

Com isso, fica evidente que todo ser humano, sem distinção, é pessoa, não necessitando de realizar nenhum ato para que se lhe atribua a dignidade inerente à espécie humana, visto que é digno simplesmente por ser pessoa. Assim, na medida em que todos os seres humanos são dignos, essa dignidade é naturalmente reproduzida em nosso semelhante, “razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio” (SILVA, 1998, p. 91).

Por conseguinte, de acordo com a concepção kantiana, a dignidade é um atributo intrínseco à espécie humana, “única cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo” e cuja existência é um fim em si mesma, nunca devendo ser um meio para a consecução de outros fins (COMPARATO, 1997, p. 19). Essa dignidade leva em conta toda a espécie humana, bem como o ser humano individualizado, devendo deixar “um espaço de liberdade através do qual a livre realização da autonomia ética possa coexistir com a liberdade de todos os outros” (WIEACKER, 2004, p. 427).

² Transcrição do texto: “A razão relaciona, então, cada máxima da vontade concebida como universalmente legisladora com todas as demais vontades e com todas as ações para com nós próprios, e isso não se dá em virtude de qualquer outro prático ou de qualquer vantagem futura, mas pela ideia da dignidade de um ser racional que não obedece outra lei senão àquela que simultaneamente dá a si mesmo. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento [*Affektionspreis*]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade” (KANT, 2003, p. 65).

4 Crítica à denominada concepção insular

A concepção da dignidade da pessoa humana fundada na razão e na vontade, segundo alguns autores, ou na autoconsciência, segundo outros, é, sem dúvida, a dominante, pelo menos entre os autores brasileiros (AZEVEDO, 2002, p. 12).

Não se pode negar a importância dos subsídios trazidos por tal concepção, visto que não pode faltar na conceituação atual da dignidade humana a ideia de que cada pessoa possui um valor intrínseco, o qual decorre da simples condição de ser humano, isto é, a dignidade é um atributo inerente ao ser humano (MCCRUDDEN, 2008, p. 23-24).

Apesar disso, é interessante notar que atualmente muito se critica a visão do Direito fundada na razão e na vontade, isto é, a concepção iluminista, a qual conduziu justamente ao movimento das grandes codificações, ao fechamento do sistema e ao positivismo. Contudo, no que toca à dignidade da pessoa humana, valor fonte dos ordenamentos jurídicos da atualidade, a maioria dos estudiosos brasileiros adota uma concepção criada justamente pelo Iluminismo.

Diante de tal paradoxo, é imprescindível mencionar algumas das críticas feitas a referida concepção, que é denominada por Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 13) como concepção insular.

De acordo com a concepção insular, não há encontro entre o ser humano e a natureza, os quais estão em níveis diversos e são respectivamente sujeito e objeto. A distinção do homem em relação aos demais seres estaria na racionalidade, na capacidade de querer e na autoconsciência. Nessa linha, seria a natureza um fato bruto, sem valor em si.

Ocorre que a ciência avançou muito desde o Iluminismo, época em que sequer se poderia pensar na Teoria da Evolução de Charles Darwin, isto é, no fato de que toda a vida do planeta teria uma origem comum. Por isso, naquele período Descartes chegou a afirmar que os animais são "máquinas que se movem" e Kant os reduziu simplesmente a "coisas" (AZEVEDO, 2002, p. 13).

Todavia, hoje se sabe que a inteligência e a vontade são faculdades comuns aos ser humano e aos animais superiores. A autoconsciência é dado comum ao ser humano e, pelo menos, ao chimpanzé. Assim, não se pode aceitar uma concepção que fixa a especificidade do ser humano apenas na inteligência, na vontade e na autoconsciência (AZEVEDO, 2002, p. 14). Por isso, o Direito Civil brasileiro merece novas reflexões no que toca ao tratamento dispensado aos animais, que são considerados meramente como semoventes, isto é, bens móveis.

Em relação aos animais, melhor esclarecendo, não se pretende que sejam reconhecidos como sujeitos de direitos, muito menos que lhes seja reconhecida, apenas pelo fato de que muitos deles têm inteligência, vontade e autoconsciência, a dignidade própria do ser humano.

Na verdade, todo ser vivo, pelo simples fato de viver, possui dignidade, contudo, tal dignidade não se iguala à dignidade da pessoa humana, o que não significa que os outros seres vivos devam ser tratados meramente como coisas.

Aliás, nesse ponto andou bem o Código Civil alemão (BGB) na alteração legislativa de 20 de agosto de 1990, que introduziu, em sua parte geral, o § 90a, que dispõe acerca dos animais da seguinte forma: "Animais não são coisas. Eles

são protegidos por leis especiais. Até onde não for diversamente determinado, a eles são aplicáveis os correspondentes preceitos válidos para as coisas”³.

Larenz e Wolf (1997, p. 387) justificam a distinção de tratamento pelo fato de que os animais são seres vivos semelhantes ao ser humano, e não meramente coisas. Assim sendo, o seu tratamento legal não é, em linhas gerais, o da propriedade (§ 903 do BGB), mas sim regulado por leis especiais de proteção⁴. Todavia, isso não significa que a legislação alemã tenha outorgado aos animais a autodeterminação e a responsabilidade próprias dos seres humanos.

Com isso, após a referida alteração o BGB passou a distinguir os animais (*Tiere*) das coisas (*Sachen*), considerando legalmente como coisas apenas os objetos corporais (§ 90) (BROX; WALKER, 2007, p. 400). Em realidade, apesar da distinção, no âmbito do Direito Civil alemão não existem disposições especiais relativas aos animais, que são tratados como coisas móveis e regidos pelas normas atinentes à propriedade e à posse (SCHWAB; LÖHNIG, 2016, p. 129).

Outrossim, vale notar que, segundo muitos estudiosos, essa alteração não passa de uma ficção, uma banalidade, decorrente de motivação política, que procurou implantar a pauta de proteção dos animais no âmbito do Código Civil alemão. A alteração é realmente objeto de fortes críticas na Alemanha, afirmando-se que, no fim das contas, os animais continuam tendo tratamento como coisas na esfera do Direito Civil (KÜHL; REICHOLD; RONELLENFITSCH, 2019, p. 210).

Aliás, como alerta Dieter Medicus (2016, p. 480), é um absurdo a pretensão de dar tratamento aos animais como sujeitos jurídicos⁵. E para reforçar seu entendimento, exemplifica com um pedido teratológico de chamamento de focas para participação em um litígio administrativo sobre a poluição do Mar do Norte.

Em todo caso, como esclarece Antonio Junqueira Azevedo (2002, p. 18), essa nova visão pode ser notada no Direito alemão em caso de dano ao animal, visto que o juiz não pode recusar a tutela específica, ainda que os custos da cura sejam maiores que o valor econômico hipotético do animal (§ 251, 2 do BGB).

Hodiernamente se observa uma evolução, segundo o pensar desse autor, doutrinário e até mesmo legislativo no sentido de não mais ser admitido o tratamento dos animais como coisas. Assim, vem sendo essa visão superada a despeito da norma do Código Civil, admitindo muitos que sejam entendidos como sujeitos de direitos. Tem prosperado entre os doutrinadores um posicionamento que alerta para o fato da coexistência de animais que integram a mesma natureza: os humanos e os não humanos. Essa ideia perpassa pela preocupação de se retirar o Homem como indivíduo central para o

³ Transcrição do original: “§ 90a *Tiere*. *Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*”.

⁴ A proteção especial outorgada aos animais na Alemanha encontra-se, em linhas gerais, na *Tierschutzgesetz – TierSchG* (HÜBNER, 1996, p. 166).

⁵ No Brasil, a despeito de algumas decisões isoladas, é certo que a legislação considera os animais como coisas, ou melhor, como semoventes (art. 82 do Código Civil). Não se pode negar, entretanto, que muitos animais, especialmente os mamíferos, devem ser considerados como seres sencientes, o que demandaria uma revisão na legislação brasileira. Nessa linha, o caminho adotado pelo BGB parece ser o mais salutar, uma vez que os animais foram excluídos da categoria das coisas, mas continuam sendo objetos de direito, isto é, os animais não pertencem à categoria dos sujeitos de direito (WOLF; NEUNER, 2020, p. 301-302).

[...] entendimento do mundo, e ao ampliarmos o nosso círculo de compaixão para com todos os seres vivos, – animais humanos, animais não humanos e natureza, – adotarmos um novo paradigma para uma coexistência universal, pacífica e solidária, evitando, quiçá, o colapso civilizatório (FERREIRA DA COSTA, 2022, p. 214).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978) prevê o direito dos animais de existirem em um ambiente biologicamente equilibrado (art. 1º) e a serem respeitados (art. 2º), sendo atribuída aos animais de companhia uma certa “dignidade” (art. 6º).

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana não comporta mais uma análise que leve em conta apenas e tão somente a inteligência, a capacidade de querer e a autoconsciência. Ela vai além disso.

5 A nova concepção de dignidade da pessoa humana

A nova concepção deve inicialmente reconhecer que a natureza é um bem e a vida seu maior valor. Com isso, evita-se o erro da filosofia kantiana de negar valor à natureza e à vida em geral, mesmo porque o homem é um ser integrado à natureza, é um participante do magnífico fluxo vital da natureza (AZEVEDO, 2002, p. 18). Nessa linha, negar valor à natureza e à vida em geral é negar valor ao próprio homem.

É certo que, para a concepção insular, a razão, a vontade e a autoconsciência bastam para distinguir o homem dos demais animais. Entretanto, como se viu, para a diferenciação do homem dos demais animais é ainda necessário que se leve em consideração outras características além da razão, da vontade e da autoconsciência. Assim, também devem ser consideradas, na nova concepção de dignidade da pessoa humana, a capacidade de dialogar, o reconhecimento do próximo e a vocação espiritual, pois a pessoa não é apenas razão, mas também é sentimento e emoção (GARCIA, 2007, p. 128).

Nessa senda, de acordo com Antonio Junqueira Azevedo (2002, p. 13), o homem distingue-se dos demais animais pela capacidade de sair de si, “reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem”.

De fato, atualmente a crítica à valorização exclusiva do racionalismo não é posição isolada, visto que muitos outros autores, além de Antonio Junqueira Azevedo, também veem a capacidade de dialogar e a sociabilidade humana como traços distintivos da pessoa em relação aos animais (GARCIA, 2007, p. 128-130).

A racionalidade do ser humano está em um patamar superior aos dos demais seres do nosso planeta, o que, sem dúvida, é uma nota distintiva que deve ser levada em conta. No entanto, para uma distinção mais aperfeiçoada, é imprescindível a conjugação da razão, da emoção e dos sentimentos.

No mesmo sentido, Carlos Fernández Sessarego (1997, p. 873) aponta a importância das emoções e dos sentimentos, censurando o racionalismo puro:

[...] o racionalismo pretendia captar o ser do homem somente por meio da razão, mediante um ato cognoscitivo elegantemente conceitual. Para o

racionalismo as emoções, os sentimentos, são absolutamente acidentais, tratando-se do conhecimento do ser humano. Frente a esta concepção, a filosofia da existência supõe uma radical mudança de ótica enquanto postula, pelo contrário, que as emoções, os sentimentos, a “inteligência emocional”, constituem experiências reveladoras do ser humano.

Aliás, a valorização exclusiva da racionalidade e a desconsideração dos sentimentos e emoções, grande falha dos iluministas, pode ser facilmente explicada pela falta de conhecimento àquela época acerca da neurociência, que atualmente muito tem contribuído para os estudos nesse campo.

Por isso, não se pode tão somente repetir a concepção iluminista de dignidade da pessoa humana, pois se estaria incorrendo no mesmo erro, ou seja, os sentimentos e as emoções seriam deixados fora da concepção de dignidade da pessoa humana.

Como decorrência dessa conjugação, o ser humano apresenta a capacidade de reconhecer no outro um semelhante, um igual, um pouco de si mesmo, e de se relacionar com esse semelhante. Tais notas distintivas devem ser consideradas, não obstante possam existir em grau inferior de sofisticação em outros animais (GARCIA, 2007, p. 128-129).

Aqui, mais uma vez, vale a transcrição dos ensinamentos de Carlos Fernández Sessarego (1997, p. 873), que não deixam de fazer menção ao caráter relacional da pessoa:

A pessoa é, estruturalmente, um ser coexistencial. Não foi criada para viver constantemente em solidão, senão para conviver, necessariamente, com os outros seres humanos em seu habitat natural, que não é outro que a sociedade. Daí que não é possível conceber o ser humano como um ente isolado, incomunicável, voltado sobre si mesmo, ignorando o “tu” e o “nós”. Existe “com os outros”. O ser humano precisa dos demais para realizar-se, simplesmente “para viver”. Viver é conviver ou, se preferir, a existência é coexistência.

Dito tudo isso, pode-se concluir que, conforme a nova concepção apresentada, o ser humano participa da natureza e está integrado a ela, encontrando-se no patamar mais elevado da escala evolutiva. O ser humano se distingue dos demais seres vivos pela capacidade de dialogar, de transmitir ideias, de se reconhecer no próximo, de argumentar e convencer, de compartilhar experiências e de amar (GARCIA, 2007, p. 130). Em suma, na base da dignidade da pessoa humana não se encontra apenas a razão, mas também o sentimento e a emoção, sendo exigido como seu pressuposto a intangibilidade da vida humana (AZEVEDO, 2002, p. 19).

6 A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional

A dignidade da pessoa humana começa, no período que sucede à Segunda Guerra Mundial, a ser maciçamente inserida como princípio fundamental nas Constituições, o que está intimamente ligado ao holocausto nazifascista (GARCIA, 2007, p. 119).

As experiências totalitárias desvalorizaram os seres humanos, transformando-os em objetos descartáveis, supérfluos, dispendo arbitrariamente sobre homens e mulheres como se fossem meras coisas⁶. Por isso, fez-se necessário o resgate da dignidade da pessoa humana, fundamento ético da experiência jurídica, dado que não era mais possível a aceitação de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal (PIOVESAN, 2006, p. 231).

A solução foi encontrada na construção de ordenamentos jurídicos suficientemente dotados de princípios com elevada carga axiológica, os quais permitiriam a entrada de valores no campo do Direito, enterrando as teses que defendiam o Direito puro, cuja teoria geral não se ocupava dos valores (PIOVESAN, 2006, p. 224).

Daí, fica fácil compreender que a recorrente menção à dignidade da pessoa humana em documentos internacionais, no frontispício das Constituições e na legislação, em geral, foi uma reação do sistema jurídico aos períodos de barbárie, de graves violações dos direitos humanos (TERRÉ; FENOUILLET, 2005, p. 96).

Essa reação se iniciou justamente onde a dignidade da pessoa humana havia sido mais desrespeitada, ou seja, na Alemanha, cuja Lei Fundamental de 1949 (da República Federal da Alemanha) é apontada como a primeira Constituição a consagrar a dignidade da pessoa humana em termos mais incisivos (art. 1º, 1) (SILVA, 1998, p. 89).

Já no âmbito internacional, a dignidade da pessoa humana também foi acolhida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como valor inerente a todos os membros da família humana, sendo a condição humana o único e exclusivo requisito para a titularidade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 223).

Nessa linha, depois da coroação da dignidade da pessoa humana pela Lei Fundamental de Bonn (1949), muitas outras Constituições também acabaram por reconhecê-la, entre elas, além da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vale ainda destacar as seguintes: da Irlanda (preâmbulo), da Índia (preâmbulo), da Venezuela (preâmbulo), da Grécia (art. 2º), da Espanha (art. 10, 1), da China (art. 38), da Hungria, após 1989 (art. 54), da Namíbia (preâmbulo e art. 8º), da Colômbia (art. 1º), da Bulgária (preâmbulo), da Romênia (art. 1º), de Cabo Verde (art. 1º), da Lituânia (art. 21), do Peru (art. 1º), da Rússia (art. 21), da África do Sul (arts. 1º, 10 e 39), da Polônia (art. 30) e de Portugal (art. 1º) (MIRANDA, 2000, p. 81).

E a dignidade da pessoa humana também mereceu tratamento especial no projeto de Constituição para a Europa, integrando a "Carta de Direitos Fundamentais da União" (Parte II), que coloca a dignidade no primeiro dos títulos, antes da liberdade, da igualdade, da solidariedade, da cidadania, da justiça etc. (TERRÉ; FENOUILLET, 2005, p. 97).

⁶ Aliás, o rebaixamento do ser humano à categoria das coisas era tal que não se pode deixar de apontar as "semelhanças entre a tecnologia aplicada na linha de produção em massa, típica da sociedade industrial burocraticamente organizada, e a tecnologia aplicada nos campos de concentração, destinada à eliminação maciça e ordenada de seres humanos em grande quantidade. Como assinala Henry Feingold, Auschwitz foi uma extensão do moderno sistema fabril. Em vez de produzir bens, fabricava mortes, cuidadosamente registradas nos mapas de produção, a partir da matéria-prima que eram os seres humanos" (TURRI, 2007, p. 133).

Assim, a dignidade da pessoa humana, depois de transformada em princípio constitucional, passou a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico, o que levou muitos operadores do Direito a considerá-la como ponto de partida do sistema jurídico, seu valor fonte (ASCENSÃO, 2000, p. 72).

Dessa forma, é natural que a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do sistema de valores existente nas Constituições, oriente a interpretação e a aplicação de todas as demais normas, vinculando tanto o Poder Público quanto os particulares (GARCIA, 2007, p. 121). As atenções então se deslocaram para o Direito Constitucional, fazendo com que toda interpretação necessariamente estivesse em conformidade com a Constituição (BROX; WALKER, 2007, p. 24)⁷.

7 A dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do Direito Civil

As Constituições, originalmente idealizadas como meros estatutos de organização jurídica do Estado, também passaram no pós-guerra a incorporar institutos nucleares do Direito Privado, o que certamente decorreu de influência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso levou a um processo de personalização do Direito Civil, o qual não mais seria guiado pelos valores burgueses da propriedade e da autonomia privada, mas sim voltado para a tutela da pessoa, considerada em toda a sua diversidade e complexidade (MELLO, 2003, p. 67-68).

Nessa senda, o constitucionalismo contemporâneo, nas palavras de Perlingieri (2007, p. 79), reconhece que a ideia forte do sistema já não é o mercado, mas sim a dignidade da pessoa humana, em uma perspectiva tendente à despatrimonialização do Direito.

Essa tendência do Direito Civil, geralmente denominada no Brasil de “constitucionalização do Direito Privado”, mas que também pode ser considerada a partir da expressão “eficácia civil dos direitos fundamentais” (NERY; NERY, 2019, p. 492), provocou, ainda, modificações no arcabouço normativo até então dominante, que tinha no Código Civil o seu grande e único centro de produção legislativa⁸.

A nova configuração do Direito Privado não mais se fundamentaria tão somente no Código Civil, visto que ao lado dele surgiram legislações a um só tempo extraordinárias e especiais, fragmentando o Direito Privado em estatutos de especialização por matéria (DIAS, 2002, p. 19).

⁷ Transcrição do original: “Die im GG enthaltene objektive Werteordnung wirkt auf alle Bereiche des Rechts und damit auch auf das Privatrecht ein. Diese ‘Ausstrahlungswirkung’ der Verfassung führt zu einer verfassungskonformen Auslegung einer Vorschrift des BGB”. Tradução livre: “O ordenamento objetivo de valores contido na Lei Fundamental atua em todas as áreas do Direito e com isso também no direito privado. Essa ‘irradiação’ da Constituição conduz a uma interpretação dos dispositivos do BGB conforme a Constituição”. (BROX; WALKER, 2007, p. 24)

⁸ Na França, vale notar, a dignidade da pessoa humana é reconhecida pelo art. 16 do Código Civil, que dispõe: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci e garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”. Tradução livre: “A lei assegura a primazia da pessoa, proíbe todo atentado à sua dignidade e garante o respeito do ser humano desde o começo de sua vida”.

Isso tudo não significou o fim dos tradicionais códigos civis, como queriam alguns juristas. Em realidade, tal processo resultou na substituição de um monossistema, antes representado pelo Código Civil, por um polissistema, que está construindo uma nova interpretação unificadora e revigoradora do Direito Privado, o qual “adquire um novo fôlego por causa das comunicações constitucionais” (DIAS, 2002, p. 19).

No mesmo sentido, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 47):

A coexistência harmônica desse polissistema – formado pelo Código, pelos estatutos jurídicos e leis especiais – encontra um ponto lógico-formal de apoio e aplicação hermenêutica nos princípios e normas superiores de Direito Civil consagradas na própria Constituição Federal.

Aliás, a promulgação do Código Civil de 2002 é prova da vitalidade dos códigos civis, que apenas deixaram de ter a importância antes a eles atribuída pelo positivismo jurídico. Contudo, isso não significa que são desnecessários, mas que devem ser aplicados à luz das regras e princípios da lei maior (NERY; NERY, 2019, p. 299).

Da mesma forma, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil não colocou em xeque, na Alemanha, o monumento jurídico que é o BGB. Ao contrário, nele foi incluída parte da disciplina das relações de consumo (BÜLOW; ARTZ, 2011, p. 1), o que é regulado no Brasil por estatuto próprio, ou seja, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Assim sendo, o isolacionismo e a independência temática do antigo Direito Privado não mais resistem às transformações históricas ocorridas. Hoje as Constituições mais recentes, guiadas pela dignidade da pessoa humana, são sensíveis a aspectos específicos da convivência humana e se incluem entre as fontes do Direito Privado. Isso afasta a antiga divisão entre “sociedade civil” e “sociedade política”, possibilitando o diálogo entre a terminologia e os conceitos originários da Constituição e os institutos do Direito Privado (NERY, 2008, p. 299).

Ademais, é de se notar que a pretensa intangibilidade do Direito Civil foi colocada em dúvida pela sua constitucionalização. De fato, aquela ideia de que o Direito Civil seria estável, haja vista a pouca influência que sofria por parte das transformações, especialmente políticas, que a história apresentava, estaria desmoronando (BORGES, 2007, p. 80-81). Aliás, isso pode ser verificado pelas mudanças do Direito de família brasileiro nos últimos anos.

Constatou-se, graças à dignidade da pessoa humana, a necessidade da constitucionalização de institutos nucleares do Direito Privado, o que levou, consequentemente, à constitucionalização do Direito Civil. Tal fenômeno permitiu a introdução de expressões de Direito Público em normas que regem a vida dos particulares, personalizando o Direito Privado, impregnando-o de um sentido de justiça social, que tende a amenizar as desigualdades produzidas pela ideologia capitalista liberal (DIAS, 2002, p. 14).

Diante de tudo isso, fica evidente que a dignidade da pessoa humana, elevada ao *status* de princípio constitucional, constitui o mais importante princípio do Direito Privado e do Direito Público, regendo todos os outros princípios (NERY, 2008, p. 235), o que acabou por determinar a releitura da legislação civil, em especial no que atine aos direitos da personalidade.

8 A dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, durante o período dos governos militares, era comum a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana. Com a redemocratização do país, o constituinte brasileiro se colocou diante da obrigação de incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constituiu a República Federativa do Brasil.

Atualmente, a tutela da pessoa desfruta de primazia em nossa ordem constitucional, uma vez que a dignidade da pessoa humana constitui princípio fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal.

Por estar no topo do ordenamento jurídico brasileiro, esse princípio fundamental, que é inerente ao indivíduo, vincula todas as esferas jurídicas, protegendo o ser humano tanto em relação ao próprio Estado quanto em relação aos demais indivíduos. Por isso, é ele a “chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição” (SZANIAWSKI, 2005, p. 141).

Isso significa dizer que uma lei, mesmo cumprindo os ditames constitucionais específicos para certas matérias, poderá ser reputada inconstitucional se o legislador não estiver atento à preocupação constitucional relativa à dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p. 54).

O mesmo pode ser dito em relação aos negócios jurídicos, visto que não há negócio jurídico que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional, especialmente pela dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p. 55).

Não há, dessa forma, campo jurídico onde a dignidade da pessoa humana não atue de forma a vincular todos os tipos de relações (BORGES, 2007, p. 84).

Na dignidade encontra-se a vida e a liberdade do ser humano. A inclusão da vida no espectro da dignidade dispensa qualquer esclarecimento. Já a liberdade garante a cada ser humano um espaço de atuação, uma vez que somente na presença da liberdade o homem pode desenvolver sua personalidade (ASCENSÃO, 2000, 109).

Entretanto, não bastam a vida e a liberdade formalmente reconhecidas, a dignidade da pessoa humana também reclama “condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social” (SILVA, 1998, p. 93). É que um sistema de profundas desigualdades deve ser considerado como um desrespeito a esse princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Deveras, outorga o princípio da dignidade da pessoa humana não somente vida e liberdade aos seres humanos, mas também exige um verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário. Dessa forma, o indivíduo, além de ter sua dignidade respeitada, deve igualmente respeitar a dignidade de seu semelhante (MORAES, 2021, p. 60-61).

Essa igualdade inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana é, como não poderia deixar de ser, garantida a qualquer dos gêneros (art. 5º, I, da CF)⁹,

⁹ Art. 5º, I, da CF: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

mesmo porque, como pontifica Jorge Miranda (2000, p. 85), em “cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade”.

Apesar de parecer óbvio, pelo menos para quem vive atualmente no Brasil, que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações, o que poderia dispensar o comentário do parágrafo anterior, não se pode esquecer que até pouco tempo atrás isso não ocorria em nosso país. Também vale lembrar que ainda hoje, em muitas outras partes do mundo, em especial em países de tradição islâmica, à mulher não é garantida a mesma dignidade concedida ao homem. Por isso, nunca é demais repetir que a qualquer dos gêneros humanos cabe a mesma dignidade (ZANINI, 2011, *passim*).

Ainda, é na dignidade da pessoa humana que se encontra a referência unificadora dos direitos fundamentais, ou seja, ela reúne a afirmação da integridade física e espiritual do ser humano, “garantida pelo livre desenvolvimento da personalidade, pela defesa da autonomia individual, pela igualdade de tratamento e pelo fornecimento de condições mínimas de existência” (LOUREIRO, 2001, p. 113).

Assim, em consonância com o que foi até aqui exposto, Alexandre de Moraes (2021, p. 60) apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana como:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Seja como for, por ser um signo plural e poroso, é extremamente complicada a sua redução a uma fórmula abstrata e genérica. Por isso, é melhor que se deixe de lado a sua conceituação, uma vez que mais importante que sua definição é a verificação da ocorrência de lesão à dignidade da pessoa humana em casos concretos, o que certamente configura uma afronta ao texto constitucional (FACHIN, 2006, p. 116).

E aqui é interessante que se note que a dignidade da pessoa humana pode ter seu substrato desdobrado no ordenamento jurídico brasileiro em quatro postulados¹⁰:

¹⁰ De modo semelhante, Jorge Miranda (2000, p. 84) sintetiza as diretrizes básicas da dignidade da pessoa humana no direito português: “a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; c) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas; d) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; e) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade; f) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; g) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e h) a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado (MORAES, 2009, p. 85).

Por se estar diante de um princípio, os postulados acima mencionados logicamente são de grande valia, particularmente para o operador do Direito, visto que seu trabalho é muito superior ao da mera operação lógica de subsunção do fato à norma.

Todavia, além do campo jurisprudencial e doutrinário, é certo que a concretização desse princípio, dada a sua extensão, igualmente traz grandes desafios no plano legislativo, uma vez que o legislador deve se esforçar não só para “refletir a realidade, mas também, conscientemente, buscar a sua transformação” (MORAES, 2019, p. 46).

Nessa esteira, a luta incessante pela efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana tem produzido alterações constitucionais que merecem destaque, entre elas vale mencionar os §§ 3º e 4º do art. 5º da Carta Magna, introduzidos pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que objetivam aperfeiçoar os instrumentos de proteção aos direitos humanos (MENDES; BRANCO, 2022, p. 154).

Outra inovação foi o § 5º do art. 109, também incluído à Lei Fundamental pela Emenda Constitucional 45. Tal dispositivo permite, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, que o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, suscite, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, onde se espera que o assunto receba tratamento compatível com sua elevada importância (MENDES; BRANCO, 2022, p. 154-155).

Saliente-se, ainda, a Súmula Vinculante 25 do STF, que estipulou ser inadmissível prender-se o depositário infiel, restringindo o alcance do dispositivo constitucional art. 5º, LXVII, que traz tal determinação ao prescrever que é “ilícita a prisão civil do depositário infiel qualquer que seja a modalidade do depósito”, com evidente preocupação com os direitos humanos.

Por outro lado, tal como em outros ordenamentos jurídicos, no Brasil a dignidade da pessoa humana é, além de um princípio fundamental, também uma cláusula geral constitucional de tutela da personalidade, a qual permite a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para a sua proteção. Assim sendo, passa-se a uma breve análise da dignidade da pessoa humana como cláusula geral.

9 A dignidade da pessoa humana como cláusula geral

9.1 A técnica das cláusulas gerais

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana está consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal, dispositivo que também atua e funciona como uma cláusula geral de tutela do ser humano (SZANIAWSKI, 2005, p. 143).

Entretanto, antes de se analisar especificamente a dignidade da pessoa humana como uma cláusula geral, é imprescindível que se faça uma breve explanação sobre as cláusulas gerais, bem como sua distinção em relação aos princípios.

A adoção de cláusulas gerais pelo ordenamento jurídico brasileiro certamente é um notável avanço. Tal técnica legislativa permite:

[...] o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 2000).

Assim sendo, legisla-se com mais amplitude por meio das cláusulas gerais, permitindo-se soluções mais justas e harmonizadas para determinado caso concreto. Já do ponto de vista de sistema, abre-se caminho à mutabilidade necessária ao Direito, pois, à medida que se abrange variada gama de interpretações plausíveis, admite-se o importante desapego ao momento político e ao entendimento jurídico que inicialmente determinou a regra (SANTOS, 2002, p. 18).

Isso porque existe nas cláusulas gerais, conforme ensina Judith Martins-Costa (2018, p. 303), uma disposição normativa:

[...] que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Aliás, essa vagueza das cláusulas gerais, longe de ser prejudicial, encerra noção de grande valia para o Direito, pois permite a sua renovação constante, prolongando a aplicabilidade de institutos jurídicos, o que não ocorre quando se está diante de uma norma que contenha termos dotados de grau de vagueza mínima (NERY, 2008, p. 264).

De fato, pelas cláusulas gerais não são simplesmente prescritas condutas a serem observadas, mas são definidos valores e parâmetros hermenêuticos, que servem “como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas” (TEPEDINO, 2003, p. 29).

Por isso, não resta dúvida de que a técnica das cláusulas gerais será decisiva para a construção de um sistema jurídico comprometido com a realidade social (NALIN, 2005, p. 75). Isso porque elas atuam como uma ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade, constituindo um dos

instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça (APARÍCIO, 2006, p. 23-24).

9.2 Cláusulas gerais e princípios

As cláusulas gerais podem introduzir no corpo legislativo um princípio, tornando-o expresso, como é o caso do art. 1º, III, da Constituição Federal, mas isso não quer dizer que toda cláusula geral encerre um princípio, nem que princípios e cláusulas gerais são a mesma coisa. O que ocorre costumeiramente é que os princípios, que em geral também contêm noções imprecisas por estarem imbuídos de valores, são enunciados em termos vagos, assim como as cláusulas gerais (SANTOS, 2002, p. 17).

Entretanto, antes de se investigar a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios¹¹, mister se faz lembrar que a palavra “princípio” comporta vários significados. Por isso, para a diferenciação que se propõe, é imprescindível limitar o campo de análise a apenas um dos significados de princípio.

Miguel Reale (2002, p. 303), no festejado *Lições preliminares de direito*, ensina que os princípios

[...] são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Contudo, o tridimensionalista também vê nos princípios “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2002, p. 303).

Partindo do segundo significado de princípio acima transcrito, Márcia de Oliveira Ferreira Aparício (2006, p. 21) muito bem sintetiza a distinção em questão, a qual, muito se aproxima daquela feita por Judith Martins-Costa¹²:

¹¹ No mesmo sentido, assevera Judith Martins-Costa (2018, p. 161) que as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham em seu enunciado ou permitam a sua formulação.

¹² Se nos afigura importante nesta nota a transcrição da distinção entre as cláusulas gerais e os princípios feita por Judith Martins-Costa (2018, p. 323-324): “a) não se pode pensar em ‘cláusula geral inexpressa’. Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua ‘implicitude’. Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais; b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a *standards*, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extrassistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio; c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como ‘boa-fé’, ‘correção’, ‘moralidade pública’, ‘razoabilidade’ etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio,

As cláusulas gerais carregam, no mais das vezes, princípios e valores. Nesses casos, poderíamos vislumbrar, cumulativamente, em uma só norma, princípio e cláusula geral. Os conceitos, no entanto, ainda que coincidam em alguns momentos, são diversos. Não pode haver cláusula geral não expressa, ou implícita [mas admite-se princípio implícito¹³]. Há cláusulas gerais que não contêm princípios, mas apenas referem princípios e valores. É da essência das cláusulas gerais a possibilidade do reenvio a outros espaços do ordenamento que não o dos princípios, e mesmo a valores extrajurídicos e extrassistemáticos.

Ademais, num comparativo entre princípios e cláusulas gerais, os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que devem promover o reenvio ao próprio ordenamento (JORGE JUNIOR, 2004, p. 42), inclusive aos princípios, e até mesmo para fora do sistema jurídico.

No que toca à expressa previsão normativa, é sabido que a vanguarda da doutrina nacional, mesmo antes da consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral no novo Código Civil (art. 422), já a aplicava como princípio. Isso demonstra que um princípio pode ser aplicado mesmo se estiver implícito no ordenamento jurídico. O mesmo não ocorre com uma cláusula geral, uma vez que se trata de técnica legislativa, devendo estar expressa no ordenamento jurídico.

Malgrado ficar evidente a distinção entre as cláusulas gerais e os princípios, a confusão decorre geralmente, como já apontado, do fato da norma que configura cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime. É justamente isso que acontece com o disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Nesse caso, pode-se dizer que referida disposição é, ao mesmo tempo, um princípio e uma cláusula geral (MARTINS-COSTA, 2018, p. 322).

Por conseguinte, as cláusulas gerais e os princípios não se confundem, não obstante ambos sejam, em regra, dotados de vagueza semântica, bem como muitas vezes uma norma veicule ao mesmo tempo uma cláusula geral e um princípio.

9.3 A cláusula geral da dignidade da pessoa humana

A cláusula geral da dignidade da pessoa humana permite ao operador do Direito, na hipótese de interesse existencial da pessoa não tutelado pelo método

embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC”.

¹³ Judith Martins-Costa (2018, p. 320) explana que os princípios não expressos ou implícitos são “aqueles que, embora não formulados em determinada disposição legislativa, são, à vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, ‘recolhidos’ ou formulados pelo intérprete. Assim, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, o da razoabilidade da ação administrativa, o da vedação ao enriquecimento sem causa, o princípio da realidade nas relações de emprego, o da autonomia da vontade nos contratos privados, o já aludido princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional, o da boa-fé subjetiva no direito possessório etc. Aí se entende, afirma Guastini, ‘que os intérpretes, ao formularem um princípio inexpresso, não se submetem ao legislador, mas assumem que tal princípio esteja implícito, latente, no discurso das fontes’”.

casuístico, a proteção ao caso concreto, o que flexibiliza o Direito vigente, fazendo com que não ocorra o envelhecimento precoce dos ordenamentos jurídicos.

Com isso, não se pode mais negar tutela a quem pretenda o amparo de sua existência, já que tal interesse tem relevância constitucional. Por isso, não importa se há ou não a previsão de um instrumento protetivo específico, visto que em tais hipóteses será soberana a cláusula geral que tutela a dignidade da pessoa humana (MORAES, 2019, p. 115).

Tal cláusula geral representa o “ponto de referência de todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo nitidamente a prioridade a ser dada à pessoa humana” (DONEDA, 2007, p. 46).

De mesma forma, ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 127) que os direitos das pessoas estão, “todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

E a proteção em tela foi inclusive objeto do Enunciado 274 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Todavia, a despeito do reconhecimento dessa cláusula geral pelos civilistas, deve-se notar que parte da doutrina nacional encontra seu fundamento não apenas no art. 1º, III, como menciona o Enunciado 274, mas também associa tal dispositivo aos arts. 3º, III, e 5º, § 2º, todos da Constituição Federal. Entre referidos doutrinadores se posta Gustavo Tepedino (2003, p. 28), que expõe:

[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico.

De qualquer forma, não obstante o patamar alcançado pela tutela da pessoa humana no cume do ordenamento jurídico, é necessária atenção à utilização da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser restringida às manifestações essenciais da personalidade humana, pois ela não pode ser usada como solução para todo e qualquer problema jurídico, sob pena de sua banalização e consequente enfraquecimento.

Portanto, espera-se que tenha ficado nítida a íntima relação existente entre os direitos da personalidade e o princípio/cláusula geral da dignidade da pessoa humana, bem como a importância da dignidade da pessoa humana, que constitui pedra angular de todo o sistema jurídico brasileiro.

10 Conclusão

A evolução da ideia de dignidade da pessoa humana foi bastante lenta e passou por várias etapas. Atualmente, não resta dúvida quanto à dignidade ser um atributo inerente à espécie humana, distinguindo-a dos outros animais.

A dignidade da pessoa humana não encontra fundamento apenas na razão, como defendiam os iluministas, mas também no sentimento e na emoção. E a despeito da posição superior que o ser humano ocupa no mundo, encontrando-se no patamar mais elevado da escala evolutiva, não se pode negar sua participação e integração junto à natureza.

No Brasil, a tutela do ser humano foi colocada em primeiro plano, pois a dignidade da pessoa humana foi transformada em princípio fundamental, o qual está previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. E além de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana também constitui uma cláusula geral de tutela da personalidade, a qual permite a utilização dos mais diversos instrumentos jurídicos para a sua proteção.

Nessa linha, considerando que a dignidade da pessoa humana constitui a base da tutela jurídica do ser humano, parece correto afirmar que a proteção dos direitos da personalidade encontra seu fundamento nos arts. 1º, III, 3º, III, e 5º, § 2º, todos da Constituição Federal.

Por fim, não obstante a elevação da tutela da pessoa humana ao ápice do ordenamento jurídico, é certo que a utilização da cláusula geral da dignidade da pessoa humana deve se limitar às manifestações essenciais da personalidade humana. Isso porque sua utilização como solução para todo e qualquer problema jurídico, particularmente aqueles casos em que o Direito positivo já apresenta solução, pode levar à sua banalização e enfraquecimento.

Referências

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan (Org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 1-31.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007.

BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. 3. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Instituto de estudos avançados da USP. São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2022.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan (Org.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13-58.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35-60.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 383, p. 113-125, maio/jun. 2006.

FERREIRA DA COSTA, Deborah Regina Lambach. Futuras gerações empáticas e compassivas com os animais: utopia ou realidade? *Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais*. Salvador, v. 5, n. 2, p. 192-218, jul./dez. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, v. 1.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

HÜBNER, Heinz. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1996.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2003.

KÜHL, Kristian; REICHOLD, Hermann; RONELLENFITSCH, Michael. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2019.

LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997.

LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao sossego. In: LOTUFO, Renan (Org.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Curitiba: Juruá, 2001, p. 111-154.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em: 13 dez. 2022.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of international Law*, Firenze, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 11. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67-98.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MIRANDA, Jorge. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 45, p. 81-91, out./dez. 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 59-75, jul./set. 2005.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Introdução à ciência do direito privado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 75-86, jul./set. 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: DE PAULA, Alexandre Sturion. *Ensaios constitucionais de direitos fundamentais*. Campinas: Servanda, 2006, p. 213-235.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 10, p. 9-37, abr./jun. 2002.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Persona y Derecho. In: BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Orgs.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atílio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 867-878.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités*. Paris: Dalloz, 2005.

TURRI, Márcia Hoffmann do Amaral e Silva. Modernidade e direitos humanos: as duas faces de Jano. *Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, São Paulo, n. 83, p. 133, maio/jun. 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: C.H. Beck, 2020.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Reflexões sobre a separação dos poderes e a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral

Reflections on the separation of powers and the normative function of the Superior Electoral Court

Marcelo Vieira de Campos

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre em Direito, com Especialização em Direito Administrativo e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (2017-2022).

Marcelo Winch Schmidt

Advogado. Mestrando em Direito pelo IDP. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC/MG e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

RESUMO:

O presente artigo apresenta reflexões acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e de sua função normativa, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, em cotejo com o princípio da separação e harmonia entre os poderes. Para tanto, o estudo parte da definição de conceitos jurídicos, com vistas a pesquisa bibliográfica, com posterior verificação de atos do Tribunal Superior Eleitoral, decisões do Supremo Tribunal Federal, além de referência à tramitação de projetos legislativos que envolvem a temática eleitoral. A partir da análise de casos relevantes, busca-se ponderar acerca das críticas em relação à atuação mais ativa da Justiça Eleitoral a ensejar debates sobre possíveis excessos no exercício de sua função normativa, que poderiam consubstanciar eventual violação ao Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE:

Justiça Eleitoral. Função normativa. Separação de poderes. Estado de Direito.

ABSTRACT:

This article presents reflections on the regulatory power of the Electoral Justice and its normative function, especially of the Superior Electoral Court, in conjunction with the principle of separation and harmony between powers. To this end, the study starts from the definition of legal concepts, with a view to bibliographical research, with subsequent verification of acts of the Superior Electoral Court, decisions of the Federal Supreme Court, in addition to reference to the processing of legislative projects involving the electoral theme. From the analysis of relevant cases, we seek to consider the criticisms regarding the more active role of the Electoral Justice to give rise to debates about possible excesses in the exercise of its normative function, which could substantiate a possible violation of the rule of law.

KEYWORDS:

Electoral Justice. Normative function. Separation of powers. Rule of Law.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Separação dos poderes, funções atípicas e poder normativo da Justiça Eleitoral. 3 Casos relevantes: uma análise das manifestações da função normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional nas situações concretas. 4 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O presente texto apresenta reflexões acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e de sua função normativa, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em cotejo com o princípio da separação e harmonia entre os poderes.

A constante tensão interna entre Direito e política enseja algumas reflexões sobre a separação de poderes e funções atípicas dos poderes, e o exercício da função normativa da Justiça Eleitoral.

Ao longo dos anos, em especial nas últimas duas décadas, observou-se o exercício da função normativa pelo TSE, em alguns momentos mediante provocação de atores políticos, em outros por sugestão do Ministério Público Eleitoral ou, de ofício, pelo próprio TSE.

São constantes os questionamentos formulados na comunidade jurídica e nos meios de comunicação a respeito do exercício da função normativa considerada atípica do TSE, o que reforça a importância de se debater o tema.

As reflexões propostas neste texto partem da definição de conceitos jurídicos, com vistas a pesquisa bibliográfica, com o posterior estudo de atos do TSE, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), além da referência à tramitação de projetos legislativos que envolvem a temática eleitoral.

Com base na análise descritiva dos casos indicados, são propostas algumas reflexões, como será visto a seguir.

2 Separação dos poderes, funções atípicas e poder normativo da Justiça Eleitoral

A separação dos poderes é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. A Constituição Federal estabelece a repartição das funções do Estado em órgãos específicos por meio de cláusula pétrea, constante dos artigos 2º e 60, § 4º, III, diante de sua relevância para a manutenção da estrutura da ordem política e a estabilidade da democracia. Essa divisão de competências entre os órgãos de Estado é sedimentada na independência, autonomia e liberdade no desempenho de suas funções, além de harmonia e sintonia a partir de colaboração e controle recíproco.

A divisão de funções entre os órgãos de Estado e sua independência não são absolutas, de modo que a própria Constituição permite interferências para estabelecer um sistema de freios e contrapesos, com a finalidade de realização do controle recíproco, a fim de garantir equilíbrio, independência e harmonia entre eles, evitando abusos e excessos.

Diante da complexa e dinâmica ordem das relações sociais, o exercício das funções estatais estabelece um inafastável compartilhamento destas entre os Poderes para o exercício pleno de suas atribuições. Nesse sentido, a Constituição Federal identifica a existência de *funções típicas e atípicas* aos poderes do Estado, em sintonia entre si, necessárias ao bom funcionamento da máquina pública, de modo a que cada um funcione como freio ou contrapeso do outro.

Na identificação das *funções típicas* dos Poderes, de maneira objetiva, pode-se sintetizar que cabe ao Poder Executivo a administração do Estado, ao Poder Legislativo a elaboração de leis e a fiscalização dos atos do Executivo, e ao Judiciário julgar os conflitos, por meio da interpretação e aplicação de normas, quando provocado.

Quanto às *funções atípicas*, podem ser assim resumidas: (i) Executivo, a edição de medidas provisórias e decretos autônomos, a indicação e nomeação de ministros dos tribunais superiores e poder de veto sobre as leis aprovadas; (ii) Judiciário, a elaboração do regimento de seus tribunais, o preenchimento de lacunas legais em resposta a mandado de injunção, a edição de súmulas com caráter vinculante, as decisões normativas da Justiça do Trabalho e as Resoluções ao TSE; (iii) Legislativo, o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, o julgamento das contas do Executivo, a edição de decreto legislativo sustando eficácia de decreto presidencial, e a aprovação ou reprovação de medidas provisórias editadas pelo Executivo.

De acordo com o texto constitucional, é prerrogativa do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, a edição e alteração de normas legais, com a sanção do Presidente da República¹. A possibilidade de exercício de função normativa por outros Poderes, no entanto, não contraria o princípio da separação de poderes, eis que pode ser exercida pelo Executivo e pelo Judiciário ao regulamentar matéria de ordem orgânica, funcional e procedimental, e em situações de relevância e urgência como *função atípica* desses poderes de Estado, como já delimitado. Embora o próprio texto constitucional preveja situações em que os Poderes Executivo e Judiciário podem exercer a função normativa², também dispõe, em seu artigo 49, XI, ser competência exclusiva do Congresso Nacional o zelo por sua competência legislativa, em evidente aplicação da regra de freios e contrapesos.

Na atualidade, muitos são os questionamentos sobre o exercício da função normativa pelo Poder Judiciário, em especial o TSE, na regulamentação das leis que regem o processo eleitoral.

A competência regulamentar da Justiça Eleitoral encontra-se prevista na legislação ordinária, que estabelece a prerrogativa do TSE em editar instruções normativas sobre matéria eleitoral, expressamente, no Código Eleitoral (artigos 1º, parágrafo único; e 23, IX e XII, Lei nº 4.737/1965), na Lei das Eleições (art. 105, Lei nº 9.504/1997) e na Lei dos Partidos Políticos (art. 61, Lei nº 9.096/1995)³.

Portanto, pode-se afirmar que, apesar de ser competência privativa da União legislar sobre Direito Eleitoral e competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, a Constituição Federal, de forma indireta, admite que outros órgãos editem “normas regulamentadoras”, e o seu artigo 121 remete à lei a definição da competência da Justiça Eleitoral, e a legislação eleitoral consolidou a necessidade de que a Justiça Eleitoral expeça as instruções necessárias à aplicação das leis eleitorais.

¹ Arts. 22, I, 44, 48, *caput*, 84, IV, primeira parte, da Constituição Federal.

² A título de exemplo: art. 84, XXVI, art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

³ Além disso, também está presente na legislação recente, como na Lei nº 13.488/2017, que trouxe a prerrogativa do TSE em regulamentar as boas práticas de campanha eleitoral na internet e o funcionamento de financiamento coletivo.

Para melhor exame da matéria, deve ser feita uma breve análise sobre o poder regulamentar e a função normativa desse tribunal, bem como dos principais casos de atuação atípica identificados.

3 Casos relevantes: uma análise das manifestações da função normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional nas situações concretas

Inicialmente, destaca-se o episódio em que o TSE abordou o tema do *número de vereadores nas Câmaras municipais para o pleito de 2004*. Em julgamento de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Câmara Municipal de Mira Estrela e outros (RE nº 197.917/SP), ocorrido em 24 de março de 2004, o STF fixou regras e faixas classificatórias para a definição do número de vereadores da Câmara Municipal recorrida, de modo a garantir que fosse proporcional à população do Município, em respeito à isonomia, à razoabilidade e aos limites estabelecidos no artigo 29, IV, da Constituição Federal. Por se tratar de decisão proferida em controle de constitucionalidade difuso, os critérios ali determinados seriam aplicáveis, somente, ao recorrido, sem vinculação aos demais municípios brasileiros.

Diante desse cenário, o Ministério Público Eleitoral formulou representação, em 31 de março de 2004, perante o TSE, com o objetivo de assegurar a observância, pelas demais unidades municipais, do critério fixado pelo STF no RE nº 197.917/SP. Em resposta à formulação do Ministério Público Eleitoral, foi editada a Resolução nº 21.702, de 06 de abril de 2004, que acabou por estender as mesmas regras e faixas classificatórias fixadas pelo STF, no Recurso Extraordinário em questão, para as câmaras de todos os municípios do território nacional. O resultado da edição dessa norma foi a redução de 60.277 (sessenta mil, duzentos e setenta e sete), na eleição realizada no ano de 2000, para 51.829 (cinquenta e um mil, oitocentos e vinte e nove) cargos de vereadores em todo o território nacional no pleito de 2004.

O teor da resolução foi questionado, perante o STF, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF e nº 3.365/DF. Os autores sustentaram que o texto normativo em questão decorreu de usurpação de competência legislativa e ofendeu o princípio da anterioridade eleitoral. O STF conheceu das ações, por entender que a norma impugnada estaria “impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa” para, no mérito, julgá-las improcedentes⁴, por entender que a resolução editada pelo TSE

⁴ “RESOLUÇÃO TSE Nº 21.702/2004 - DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS, PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS, NA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO NÚMERO DE VEREADORES - ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO REVESTIR-SE-IA DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO QUESTIONADA - PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (RTJ 138/436 - RTJ 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes. - Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara ‘norma de decisão’, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o

estaria "legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição" e que se limitou a explicitar o quanto decidido pela Corte Suprema no julgamento do RE nº 197.917, com o intuito de garantir a efetividade da aplicação do disposto no artigo 29, IV, da Constituição Federal.

Para o pleito municipal subsequente, realizado em 2008, o Congresso Nacional regulamentou o tema, por meio da PEC nº 333/2004, que resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 58/2009, com a finalidade de alterar a redação do artigo 29, IV, do texto constitucional, e redefinir as disposições atinentes às regras e faixas classificatórias para a composição das Câmaras Municipais, para estabelecer o total de vereadores para o pleito de 2008 em 51.949 (cinquenta e um mil, novecentos e quarenta e nove), número semelhante ao anterior à Resolução editada pelo TSE em 2004.

A análise do presente exemplo induz à reflexão de que as resoluções do TSE representam um dos elementos de sua independência, necessária para administração das eleições e para assegurar o pleno exercício de suas funções. Tais normas são editadas com base nas necessidades verificadas pela inexatidão ou lacunas deixadas pelas leis, e se traduzem em instrumentos para a fiel aplicação da legislação eleitoral. Evidenciam-se, assim, como atos necessários para o bom desenvolvimento das eleições e o exercício dos direitos políticos. As resoluções são autônomas, atos administrativos subordinados à lei e à Constituição, possuem natureza jurídica de ato normativo, devem ser observadas pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior e pelos atores do processo eleitoral. Podem ser permanentes, aplicadas até sua revogação por outra resolução ou por lei – como ocorre no caso em análise, ou específicas para uma determinada eleição, com vigência temporária.

O segundo caso de relevância para o presente texto diz respeito ao tema *perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária*. Por meio da Consulta nº 1.398/2007, o TSE foi instado a delimitar se os partidos e coligações teriam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional em caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda, em observância ao corolário da fidelidade partidária.

necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata. [...] CONSAGRAÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 21.702/2004, DOS POSTULADOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. - O Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução nº 21.702/2004, consubstanciadora de mera explicitação de anterior julgamento do Supremo Tribunal (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República. EFEITO TRANSCENDENTE DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGAMENTO DO RE 197.917/SP - INTERPRETAÇÃO DO INCISO IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO. - O Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o julgamento plenário do RE 197.917/SP, submeteu-se, na elaboração da Resolução nº 21.702/2004, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional. - O TSE, ao assim proceder, adotou solução, que, legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição, destinava-se a prevenir e a neutralizar situações que poderiam comprometer a correta composição das Câmaras Municipais brasileiras, considerada a existência, na matéria, de grave controvérsia jurídica resultante do ajuizamento, pelo Ministério Público, de inúmeras ações civis públicas em que se questionava a interpretação da cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da Lei Fundamental da República. [...]". (STF, ADI 3.345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25/08/2005, DJe 19/08/2010)

Diante dessa provocação, foi editada a Resolução nº 22.526 do TSE, de 27 de março de 2007. Em resposta afirmativa à consulta, a Corte eleitoral definiu que o mandato eletivo pertence ao partido e, como regra, o parlamentar, que se transferir para outra legenda durante o período para o qual foi eleito, fica impedido de prosseguir no exercício do mandato. Ficaram ressalvadas algumas situações específicas, mediante devida justificação. A referida norma foi questionada no STF, por meio dos Mandados de Segurança nº 26.602/DF, nº 26.603/DF e nº 26.604/DF, todos impetrados em 2007. Tais impetrações foram julgadas improcedentes, ocasião em que o STF corroborou o posicionamento do TSE sobre a fidelidade partidária⁵, consolidado na resposta à Consulta nº 1.398/2007 – tanto que estabeleceu a data deste julgamento como marco temporal a partir do qual deve ser respeitada a regra em questão, o que resultou em mudança na jurisprudência do próprio STF em relação ao tema.

Posteriormente, o TSE editou novo ato normativo (Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007), a fim de disciplinar os procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda de cargo eletivo, ocasião em que estabeleceu que cabia ao partido político interessado requerer, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda do cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

Novamente, a resolução foi questionada no STF. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF e nº 4.086 questionaram o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, bem como sua competência para dispor sobre a perda de mandatos eletivos, sob a alegação de inovação no ordenamento jurídico, violação da reserva de lei complementar para definição da competência dos tribunais eleitorais e usurpação da competência dos poderes Legislativo e Executivo em dispor sobre matéria eleitoral, em desrespeito ao princípio da separação de poderes. As ações foram julgadas improcedentes pelo STF, ocasião em que ficou declarada a competência do TSE para tratar da matéria até que o Congresso Nacional editasse norma sobre o tema⁶. Posteriormente, no julgamento

⁵ "CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTE. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada". (STF, MS 26.602/DF, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe 16/10/2008)

⁶ "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta

da ADI nº 5.081/DF, que também questionava o teor da Resolução nº 22.610/2007, do TSE, o STF entendeu pela inaplicabilidade da regra que estabelece a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária no âmbito do sistema majoritário, em razão da lógica e da dinâmica diversas entre este e o sistema proporcional, a fim de priorizar a vontade do eleitor e a soberania popular.

O Congresso Nacional veio a editar norma a respeito da fidelidade partidária em 2015, por meio da Lei nº 13.165, que incluiu o art. 22-A na Lei Federal nº 9.096/1995, onde definiu as hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária.

Da análise do caso em comento, decorre a necessidade de identificar como se dá o exercício da função consultiva da Justiça Eleitoral. Pode-se afirmar que essa ocorre por meio de resposta a consultas sobre matéria eleitoral, formuladas por autoridade legitimada, com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, sobre determinada norma eleitoral em vigor, que devem conter problemas em tese, sendo vedadas indagações sobre fatos concretos e que não envolvam julgamento de litígio.

No caso ora em análise, tem-se que o exercício da função consultiva do TSE avançou para além daquilo a que se propõe⁷ e resultou na edição de Resolução com impacto nas regras eleitorais para o pleito subsequente, o que foi confirmado em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Evidencia-se, portanto, que os freios e contrapesos inerentes ao Estado de Direito pátrio realizaram-se de forma satisfatória, especialmente considerando que o Congresso Nacional – ainda

de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato 'pertenceria' ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente". (STF, ADI 3.999/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe 16/04/2009)

⁷ As funções normativa e consultiva decorrem da relevante função desempenhada pela Justiça Eleitoral na gestão, administração, execução e condução de todas as fases do processo eleitoral, desde o registro das candidaturas até a apuração dos votos, necessitando de aparatos normativos suficientes para administrar e concretizar as eleições.

que com alguns anos de demora – regulamentou o tema, completando o ciclo institucional do controle das funções atípicas dos poderes.

O terceiro caso de destaque aborda o tema da *inaplicabilidade imediata da Lei da Ficha limpa para as eleições de 2010*. Por meio da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o TSE foi provocado a debater a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, já ao pleito eleitoral daquele ano. O questionamento foi respondido afirmativamente, “no sentido de que a Lei Complementar nº 135/2010 tem aplicação imediata”, sob o fundamento de que “seus termos não deixam dúvida quanto a alcançar situações anteriores ao início de sua vigência, e conseqüentemente, as eleições do presente ano, de 2010”.

Contra essa decisão, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29/DF e nº 30/DF, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/AC. As referidas ações foram julgadas em conjunto, em 16 e fevereiro de 2012, ocasião em que o STF declarou a “constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘j’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, ‘p’ e ‘q’ do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90”, decorrentes da Lei Complementar nº 135/2010 e reconheceu a “inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição”⁸.

Identifica-se, portanto, relevante episódio de limitação do exercício da função normativa pelo TSE por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

O caso analisado evidencia que o exercício do poder regulamentar da Justiça Eleitoral possui limitação: (i) não pode inovar o ordenamento jurídico, dispondo sobre matéria não regulamentada em leis infraconstitucionais, nem criar direitos e obrigações não previstos na legislação eleitoral, restringir direitos ou estabelecer sanções diversas daquelas já previstas em lei; (ii) sua validade é condicionada à estrita compatibilidade com a Constituição Federal e a legislação eleitoral; (iii) está sujeito ao controle de legalidade ou constitucionalidade do ato, uma vez que se enquadra no conceito de ato normativo com as características da impessoalidade, abstração e generalidade, estabelecido no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal; e (iv) deve observar os princípios da separação de poderes, hierarquia das normas, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, anualidade da lei eleitoral.

⁸ “AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: [...] CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. [...] 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘j’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, ‘p’ e ‘q’ do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral)”. (STF, ADC 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012, DJe 28/06/2012)

O quarto caso que merece atenção trata do *fomento à participação política de pessoas negras*. No ano de 2019, foi formulada a Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000⁹, que o TSE foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de reserva de vagas e distribuição proporcional do Fundo Partidário, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de propaganda eleitoral para candidaturas de pessoas negras, na esteira do paradigma assentado na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 – que tratou da distribuição de recurso e do tempo de rádio e televisão, no patamar mínimo de 30% para as candidaturas femininas, em observância à regra do § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/1997.

Na sessão de julgamento do dia 25 de agosto de 2020, o TSE respondeu de modo afirmativo aos quesitos nos seguintes termos: a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos artigos 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5.617/DF. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção. O posicionamento firmado na oportunidade pode ser assim sintetizado: (i) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5.617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações; (ii) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações; e (iii) aplicação do entendimento a partir das Eleições 2022.

A decisão da referida consulta foi levada ao STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 738/DF, para que a tese fixada pelo TSE fosse aplicada já para as eleições de 2020, alegando inexistir contrariedade ao princípio ou regra da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição Federal ao defender que o referido dispositivo se refere apenas à lei que alterar o processo eleitoral, excluindo, portanto, regulamentos editados com a finalidade de regulamentar e garantir a execução de regras para as eleições. Em 10/09/2020, a medida liminar foi deferida, “*ad referendum* do Plenário do STF, para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47”¹⁰, com aplicabilidade imediata para as eleições de 2020. Vale registrar, que o Ministro Relator assinalou, por ocasião da

⁹ A consulta apresentada ao TSE tinha a seguinte delimitação: “possibilidade de: (i) garantir às candidatas negras percentual dos recursos financeiros e do tempo em rádio e TV destinados às candidaturas femininas no montante de 50%, dada a distribuição demográfica brasileira; (ii) instituir reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos termos da cota de gênero prevista na Lei nº 9.504/1997; (iii) determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando-se a estes no mínimo 30% do total do FEFC; e (iv) assegurar tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão proporcional às candidaturas de pessoas negras, respeitando-se o mínimo de 30%”.

¹⁰ STF, ADPF MC 738/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 10/09/2020, DJe 11/09/2020.

medida liminar, que inexistia inovação às normas relativas ao processo eleitoral. Em 05/10/2020, o Pleno do STF referendou a medida liminar anteriormente concedida. Em 14/06/2021, o Ministro relator julgou no seguinte sentido: “[...] prejudicado o exame do mérito da ADPF pelo exaurimento do objeto, em decorrência do cumprimento da medida cautelar deferida”, uma vez que, “as determinações impostas pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 600306-47 foram observadas já nas eleições de 2020”¹¹.

Atualmente, estão em trâmite, no Congresso Nacional, os Projetos de Lei nº 8.350/2017, 9.693/2018 e 4.041/2020, para dispor sobre a reserva, por parte dos partidos políticos, de cotas mínimas para candidaturas de pessoas negras nas eleições para o Poder Legislativo, assegurados recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão.

Esse relevante caso de exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral suscita reflexão sobre os fundamentos que permitem e ensejam essa atuação. O exercício das funções atípicas deve ter como pretexto o interesse público e como parâmetro o respeito aos princípios constitucionais e a proteção aos direitos fundamentais. Trata-se de uma atividade atípica da Justiça Eleitoral, que possui caráter subsidiário, adotado quando for especificamente necessário em situações de omissão legislativa, a fim de completar suas carências, afastando a possibilidade de lacunas e divergências normativas.

Pode-se inferir desse relevante exemplo concreto do exercício da função normativa da Justiça Eleitoral que essa supre as omissões do Legislativo, preenchendo o vazio da lei que demande providências imediatas e necessárias à administração e controle do processo eleitoral, em prol do interesse público, evitando a violação ao princípio da soberania popular, ficando vigente até atuação do legislativo.

Finalmente, em 2022, tem-se o quinto episódio de destaque, o qual abordou o *enfrentamento à desinformação*. Em 20 de outubro de 2022, o TSE editou a Resolução nº 23.714, por meio da qual dispôs sobre o “enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral”. Tal ato foi motivado pela intensificação da proliferação de notícias falsas relacionadas ao processo eleitoral, e teve por escopo assegurar ao cidadão o acesso de maneira ágil a informações oficiais, de modo a prevenir a propagação de informações sabidamente inverídicas, a fim de resguardar a liberdade de escolha e o direito fundamental do eleitor de ter acesso às informações adequadas, com respaldo no artigo 323 do Código Eleitoral. O referido ato normativo explicitou quais condutas estavam vedadas, estabeleceu a possibilidade de que o TSE determinasse a remoção de tais conteúdos e a aplicação de multa em caso de descumprimento, além de prever outras punições aos envolvidos, como a suspensão temporária de perfis, contas e canais. Além disso, proibiu a veiculação de propaganda eleitoral paga, em meios eletrônicos, nas 48 horas que antecedem a eleição, até 24 horas após o encerramento do pleito.

A constitucionalidade da atuação do TSE foi questionada perante o STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.261/DF. Na petição inicial, foi requerida a concessão de liminar para suspender dispositivos da referida resolução, sob alegação de inovação indevida no ordenamento jurídico, de

¹¹ STF, ADPF 738/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 14/06/2021, DJe 15/06/2021.

ampliação do poder de polícia da Presidência do TSE, de ofensa aos princípios da colegialidade, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. A liminar foi indeferida pelo Ministro relator, em 22/10/2022, “por não identificar a presença dos pressupostos legais e dada a necessidade imperiosa de se garantir a segurança jurídica quanto ao regramento incidente sobre as eleições”¹². A decisão foi referendada pelo Pleno do STF, em 26/10/2022. Atualmente, os autos estão conclusos ao relator, para julgamento do mérito.

A matéria foi objeto de propostas apresentadas no Congresso Nacional. Os Projetos de Decreto Legislativo nº 368/2022 e 371/2022 debatem a suspensão dos efeitos da resolução em análise, sob a justificativa de que o TSE teria extrapolado suas funções, ultrapassado os limites de seu poder normativo regulamentador e legislado em matéria eleitoral. O tema é objeto de debate, também, no Projeto de Novo Código Eleitoral, em trâmite por meio do Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, que busca atualizar as condutas configuradas de crimes eleitorais, relacionadas à divulgação de fatos inverídicos, com a previsão de penas mais graves para tais práticas. Os referidos projetos legislativos estão em tramitação.

Dessa reflexão, do caso analisado, ao nosso sentir, pode-se concluir que a atuação do TSE busca trazer estabilidade institucional ao pleito em questão, com o objetivo de cumprir sua finalidade de regulamentar, organizar e executar as eleições, atuando diretamente no controle do processo eleitoral, garantindo a soberania da vontade popular, a lisura do pleito eleitoral e a verdade das urnas.

4 Conclusões

Feitas as considerações sobre o exercício da função normativa da Justiça Eleitoral em cotejo com o princípio da separação dos poderes e a atuação concreta desses a partir dos exemplos relevantes analisados, pode-se concluir que:

- (i) O Poder Judiciário, por meio da Justiça Eleitoral, desempenha função relevante na condução das eleições, atua em todas as fases do processo eleitoral, a fim de assegurar a isenção e a lisura do processo;
- (ii) Essa atuação não se limita ao exercício da atividade jurisdicional, mas também se consolida mediante o desempenho das funções de regulamentar, organizar e executar as eleições, além do caráter normativo;
- (iii) Existe controvérsia na doutrina e críticas de setores da sociedade acerca da atuação mais ativa da Justiça Eleitoral a ensejar debates sobre possíveis excessos no exercício de sua função normativa;
- (iv) O poder regulamentar da Justiça Eleitoral¹³ decorre da vontade do legislador de outorgar ao Poder Judiciário a competência para regulamentar as eleições no Brasil, que se manteve presente durante toda a existência da Justiça Eleitoral, por meio de previsão na legislação infraconstitucional eleitoral, que permitiu a expansão da finalidade normativa;

¹² STF, ADPF MC nº 7.261/DF, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2022, DJe 25/10/2022.

¹³ Encontra respaldo no artigo 121 da Constituição Federal, que remete à Lei Complementar a prerrogativa de dispor sobre a competência dos Tribunais. Na ausência de Lei Complementar até o presente momento, tem-se que o tema é regido pelo artigo 23, IX, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o qual foi recepcionado pela Constituição Federal como Lei Complementar material.

(v) O exercício de tal função, portanto, não invade a competência ou retira a legitimidade do Poder Legislativo, mas serve de instrumento de auxílio para regular, instruir e administrar as eleições, mediante o preenchimento de lacunas não solucionadas pela legislação eleitoral.

(vi) Trata-se de um poder-dever e uma prerrogativa necessária para o alcance de suas finalidades, não verificando violação ao Estado de Direito, desde que observados os limites legais e constitucionais correspondentes, em especial os princípios da separação de poderes, legalidade, proporcionalidade, anterioridade da lei eleitoral e hierarquia das normas.

Referências

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112/2021*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9017420&ts=1686139261447&disposition=inline&gl=1*1yp4mag*_ga*MTE1MTU1MTM4MC4xNjc3Nzc3OTMy*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE4OTYyNy4xLjAuMTY4NjE4OTYzMC4wLjAuMA. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADC 29/DF*, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012, DJe 28/06/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADI 3.345/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25/08/2005, DJe 19/08/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADI 3.999/DF*, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe 16/04/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF 738/DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 14/06/2021, DJe 15/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346697628&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF MC 738/DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 09/09/2020, DJe 11/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344370519&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF MC nº 7.261/DF*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2022, DJe 25/10/2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354354363&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *MS 26.602/DF*, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe 16/10/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 25/10/2020. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2020/10/1/16/43/6/52de58d73c9c77d3782f0c8c0d7c68acc9d5d4e6968ea39d2e7cc9622213c19f>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000/DF*, Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-consulta-1120pdf.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Resolução nº 23.714/2022*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 15 maio 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

FRANCA, Felipe Gallo da. *A governança eleitoral: um enfoque sobre o protagonismo do poder judiciário no processo eleitoral*. 2020. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/43308>. Acesso em: 16 abr. 2023.

JACOB, João Paulo Ramos. *Justiça eleitoral: entre o autoritarismo e a democracia*. 2018. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16102020-140242/pt-br.php>. Acesso em: 16 abr. 2023.

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. *Controle do poder normativo da justiça eleitoral*. 2017. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=105584#>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. 3. ed. Lisboa: AAFDUL, 2003.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

O mandado de segurança e a necessidade de revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal

The writ of mandamus and the need to revise Precedents 269 and 271 of the Brazilian Federal Supreme Court

Nelton Agnaldo Moraes dos Santos

Desembargador Federal no TRF da 3ª Região. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Professor conferencista do IBET. Membro da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul. Membro efetivo do TRE-SP (2019-2021). Conselheiro da ENFAM (2008-2009). Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul (1992-1995). Promotor de Justiça no Paraná (1991-1992).

RESUMO:

As Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal estabelecem que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança e não produz efeitos financeiros em relação a período pretérito. Ao tempo em que as referidas súmulas foram concebidas (1963), somente as sentenças tipicamente condenatórias eram consideradas títulos executivos judiciais. Ocorre que, desde o advento da Lei nº 11.232/2005, a legislação processual civil passou a conferir força executiva também às sentenças meramente declaratórias. É, pois, passada a hora de rever os aludidos enunciados sumulares, não somente por conta da evolução legislativa, também pela aplicação do princípio da efetividade do processo.

PALAVRAS-CHAVE:

Mandado de segurança. Efeitos da sentença. Efeitos financeiros pretéritos. Princípio da efetividade processual.

ABSTRACT:

Precedents 269 and 271 of the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Federal Supreme Court) establish that the “mandado de segurança” (writ of mandamus) does not replace the collection action and that its granting does not produce financial effects in relation to a past period. At the time the aforementioned precedents were conceived (1963), only typically condemnatory sentences were considered enforceable judicial titles. Since the advent of Law n. 11.232/2005, however, the civil procedural legislation started to confer executive force also to merely declaratory sentences. It is, therefore, past time to review those summary statements, not only because of the legislative evolution, but also by applying the principle of procedural effectiveness.

KEYWORDS:

Writ of mandamus. Sentence effects. Past financial effects. Principle of procedural effectiveness.

SUMÁRIO:

1 As Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal e a questão a ser enfrentada. 2 A eficácia das sentenças no Código de Processo Civil de 1939. 3 O Código de Processo Civil de 1973 e a Lei nº 11.232/2005. 4 O Código de Processo Civil de 2015. 5 A natureza jurídica da ação de mandado de segurança. 6 A construção das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. 7 A necessidade de revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. 8 Síntese conclusiva. Referências.

1 As Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal e a questão a ser enfrentada

Na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou suas primeiras súmulas (numeradas de 1 a 332 e de 334 a 370). Dentre elas, quatorze versaram sobre o tema *mandado de segurança* e especificamente as de números 269 e a 271 – objetos deste trabalho – foram assim redigidas:

Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271. Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Dos aludidos enunciados sumulares – até hoje vigentes – resulta que não podem ser cobrados, no próprio processo de mandado de segurança, os efeitos financeiros relativos a período anterior à impetração do mandado de segurança, devendo ser buscados pela via administrativa ou por meio de outra demanda judicial, de rito comum e de caráter tipicamente condenatório.

Tal entendimento, adequado ao contexto legal e doutrinário da época, já há alguns anos se mostra carente de revisão, nada mais justificando sua manutenção. É o que se demonstrará na sequência deste trabalho.

Para tanto, importará recordar, ainda que brevemente, a classificação das sentenças e sua força executiva, em especial à vista da evolução legislativa em nosso país. Em seguida, caberá analisar a natureza jurídica do mandado de segurança, bem assim as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal à concepção dos verbetes 269 e 271 da súmula de sua jurisprudência. Por fim, terão lugar os argumentos que nos convencem a sugerir a revisão dos referidos enunciados.

2 A eficácia das sentenças no Código de Processo Civil de 1939

Segundo a doutrina tradicional do direito processual civil, as sentenças, vistas sob o critério da eficácia, podem ser classificadas em três espécies: a) as *declaratórias*; b) as *constitutivas*; e c) as *condenatórias*.

As sentenças *declaratórias* destinam-se a eliminar um quadro de incerteza jurídica, como, por exemplo, a que recai sobre a falsidade ou a autenticidade de um documento.

As sentenças *constitutivas* ultrapassam o âmbito do mero acerto, porquanto têm o condão de criar, extinguir ou modificar uma relação jurídica. É o que se dá, por exemplo, com a sentença que anula um ato jurídico; ou com o acórdão que acolhe o pedido rescindente na ação rescisória.

As sentenças *condenatórias* também avançam para além da mera declaração, impondo o cumprimento de uma obrigação de *fazer*, de *não fazer*, de *entregar coisa* ou de *pagar quantia em dinheiro*.

Atento a essa classificação, o legislador processual civil de 1939 conferiu força executiva às sentenças *condenatórias*, negando-a, porém, às sentenças *declaratórias*. Veja-se o que dispunha o artigo 290 do Código de Processo Civil de então:

Art. 290. Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.

Parágrafo único. A sentença condenatória será pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado, sendo, porém, exequível desde logo a condenação nas custas.

Como se vê, nos termos daquele Código, *apenas as sentenças condenatórias eram passíveis de execução*. As sentenças meramente declaratórias, portanto, esgotavam-se em si mesmas e nos preceitos que exaravam; e as sentenças *constitutivas* admitiam, quando muito, a subsequente adoção de providências de cunho administrativo, como a feitura de averbações em registros públicos, por exemplo.

Paralelamente à concepção tradicional, parte da doutrina acresce duas outras espécies de sentenças: as *executivas lato sensu* e as *mandamentais*.

As sentenças *executivas lato sensu* seriam aquelas cujo cumprimento prescinde da instauração de um processo próprio, bastando a adoção de providências diretas, judiciais ou extrajudiciais.

As sentenças *mandamentais*, por sua vez, são as que emitem uma ordem ou determinação ao demandado, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, sob pena de sanções específicas, inclusive de caráter criminal, conforme o caso.

Nunca houve consenso doutrinário a respeito dessas duas últimas modalidades de sentença. Quanto à primeira delas, porque sua característica não diz, propriamente, com os efeitos do pronunciamento judicial, mas com sua forma de execução; ademais, atualmente nenhuma sentença pressupõe que sua execução seja feita em processo autônomo, perdendo sentido a distinção proposta. Quanto à segunda, porque, em última análise, ela também envolve a imposição de um fazer ou não fazer, podendo ser compreendida no âmbito das condenatórias, pouco importando a especial condição do destinatário do comando ou a consequência do descumprimento.

Não bastasse, a classificação mais ampla não adota um só e único critério, acarretando que uma mesma sentença possa ser enquadrada em mais de uma categoria. É o que ocorre, por exemplo, com as sentenças mandamentais, que sempre foram passíveis de cumprimento independentemente de um processo executivo, ou seja, ao mesmo tempo elas também seriam executivas *lato sensu*.

É certo que isso não passou despercebido de Pontes de Miranda (1972, *passim*), dentre nós o expoente maior dessa teoria. Para contornar a dificuldade, o jurista destaca que tal classificação leva em conta a maior ou menor carga – declaratória, condenatória, constitutiva, executiva *lato sensu* ou mandamental – contida na sentença, defendendo que dificilmente o pronunciamento judicial se encerra em uma só espécie.

De um modo ou de outro, é certo que, em função das reformas por que passou o Código de Processo Civil de 1973, restou inquestionável a importância

das figuras das sentenças *executivas lato sensu* e *mandamentais* (v. item seguinte deste trabalho).

3 O Código de Processo Civil de 1973 e a Lei nº 11.232/2005

Em um primeiro momento, o Código de Processo Civil de 1973 indicou a adoção da classificação tradicional das sentenças e não produziu inovações substanciais quanto à sua eficácia executiva.

Com efeito, a redação original daquele Código não continha qualquer referência explícita aos provimentos *mandamentais* e eram bastante restritos e específicos os comandos judiciais *executivos lato sensu*.

A par disso, a redação original do artigo 584, inciso I, dispunha que constituíam títulos executivos judiciais *as sentenças condenatórias*, ou seja, o Código de 1973 negava tal força às demais espécies de sentenças. É certo que algumas sentenças declaratórias – pelo menos assim definidas no plano formal – ganharam do legislador eficácia executiva; era o caso das sentenças de homologação de conciliação, de transação e de laudo arbitral (inciso III do mesmo artigo); mas ainda se estava longe de conferir-se o *status* de título executivo à generalidade das sentenças.

Aquele quadro legislativo só começou a ser alterado com a edição da Lei nº 8.952/1994, que, dentre outras importantes inovações, inseriu no Código de Processo Civil de 1973 os artigos 273 e 461, alusivos à *tutela antecipada* e à *tutela específica*. Colocadas em prática as novas figuras, restou evidente a inadequação do modelo traduzido pelo binômio *cognição-execução*, que, como dito, exigia a instauração de dois processos distintos e autônomos, um para a definição do direito subordinante e do direito subordinado (*processo de conhecimento*), outro para a realização ou efetivação do direito reconhecido (*processo de execução*).

Deveras, a urgência quase sempre invocada para o deferimento da tutela antecipada incompatibilizava-se com o modelo de execução provisória, que, assim como a execução definitiva, pressupunha a instauração de processo autônomo. O dia a dia forense revelou a verdadeira necessidade de que as decisões antecipatórias fossem passíveis de cumprimento imediato, mediante providências diretas e efetivas, sem a formal instauração de um processo de execução provisória.

Não tardou para que se constatasse a possibilidade e mesmo a conveniência de que esse sistema simplificado de execução fosse adotado também com relação às sentenças. Assim, sobrevieram as Leis nº 10.358/2001 – que, incluindo o inciso V no artigo 14, fez a primeira referência expressa no Código aos *provimentos mandamentais* – e, mais tarde, a Lei nº 11.232/2005 – que estabeleceu a *fase de cumprimento* da sentença no processo de conhecimento. Neste passo, o Código de Processo Civil rompeu com a tradição da dualidade *conhecimento-execução* em processos distintos e autônomos.

Até então, frise-se, a execução da sentença dava-se em processo autônomo, instaurado mediante novo exercício do direito de ação e dando ensejo à formação de uma nova relação jurídica processual e a um novo procedimento (ainda que desenvolvido nos mesmos autos). A partir dali, desapareceu a figura da execução

ex intervallo e instituiu-se o modelo *sincrético*, em que as tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva passaram a ser prestadas em processo único, embora dividido em *fases*. Com isso, o processo de execução de sentença deu lugar à *fase de cumprimento de sentença*, subsequente à *fase de conhecimento*.

Dentre outras modificações, desapareceu a necessidade de nova citação para que se tivesse a atuação estatal executiva, conferindo-se celeridade e maior fluidez na prática de atos processuais e, salvo com relação à execução contra a Fazenda Pública, também deixou de existir a figura dos *embargos à execução fundada em título judicial*, substituídos pela *impugnação ao cumprimento de sentença*, instrumento bem menos formal e sem natureza de ação.

Além disso, a Lei nº 11.232/2005 promoveu uma expressiva alteração no rol dos títulos executivos judiciais. Indo muito além de sua redação original, o Código de Processo Civil viu seu artigo 584 ser revogado e recebeu a inserção do artigo 475-N, que passou a considerar título executivo judicial "a sentença proferida no processo civil que *reconheça* a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia".

O contraste entre os dispositivos legais é manifesto. Onde o artigo 584, inciso I, conferia força executiva às sentenças *condenatórias*, o artigo 475-N inciso I, passou a fazê-lo também com relação às sentenças *declaratórias*.

Deveras, os verbos *declarar* e *reconhecer* são semanticamente equiparáveis. O juiz que reconhece uma obrigação não vai além de declará-la. Não é sequer razoável cogitar que o verbo *reconhecer* coincida ou mesmo se aproxime do verbo *condenar*, que envolve a aplicação de uma sanção.

Desse modo, restou claro que o rol dos títulos executivos judiciais foi alargado pelo legislador em 2005. A partir de então, também a sentença declaratória passou a ser dotada de eficácia executiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a importância dessa inovação, como se vê, exemplificativamente, nas seguintes decisões:

A Lei 11.232/2005, que revogou o art. 584 e inseriu o art. 475-N no Código de Processo Civil, encampou o entendimento, já adotado por esta Corte, de que as sentenças de cunho declaratório podem ter força executiva, se presentes os elementos necessários à execução, como exigibilidade e certeza da relação. Precedentes.

(REsp 1309090/AL, Relator Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 06/05/2014, DJe 12/06/2014)

Outrossim, de acordo com o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em razão das alterações procedidas no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.232/2005, notadamente a revogação do art. 584 e a inclusão do 475-N, tornou-se possível a execução de sentença declaratória, de modo a privilegiar o princípio da efetividade e superar a necessidade de busca de nova tutela jurisdicional para deduzir pretensão já acobertada pela coisa julgada.

(AgInt no REsp 1491200/RS, Relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, j. 28/05/2019, DJe 14/06/2019)

4 O Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 não se limitou a reproduzir a versão mais recente do Código de 1973.

Em primeiro lugar, a nova codificação explicitou que são títulos executivos judiciais não apenas as sentenças, mas todas “as *decisões* proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa” (artigo 515, inciso I).

Com isso, eliminou-se qualquer dúvida acerca de que também podem dar ensejo à fase de cumprimento as *decisões interlocutórias* que reconheçam a exigibilidade de obrigação. Essa foi, aliás, uma providência absolutamente necessária para dar coerência ao novo Código, cujo artigo 356 instituiu o chamado *julgamento antecipado parcial do mérito*, pronunciamento judicial definitivo exarado sob a forma de decisão interlocutória.

Em segundo lugar, o Código de Processo Civil de 2015 aboliu por inteiro a figura dos embargos à execução fundada em título judicial, ainda quando ela seja promovida contra a Fazenda Pública. Como já assinalado, o Código de Processo Civil de 1973, mesmo reformado, mantivera tais embargos (artigos 741 a 743), mas o de 2015 estendeu à Fazenda Pública a figura da *impugnação ao cumprimento de sentença* (artigos 534 e 535).

Em terceiro lugar, multiplicaram-se as referências expressas aos provimentos *mandamentais* (artigos 139, inciso IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; e 403, parágrafo único).

Enfim, para os objetivos deste trabalho, importa registrar que o Código de Processo Civil confirmou e reforçou a eficácia executiva dos pronunciamentos judiciais declaratórios.

5 A natureza jurídica da ação de mandado de segurança

Analisada a evolução legislativa concernente às espécies de sentença e à força executiva delas, importa avançar rumo ao enfrentamento da questão posta ao início deste texto.

Sob um primeiro aspecto, dúvida não há de que o mandado de segurança possui natureza de *ação*. Nesse passo, é clássica a lição de Hely Lopes Meirelles (1994, p. 20) no sentido de que o mandado de segurança “é ação civil de rito sumário especial” e, como tal, “enquadra-se no conceito de *causa*” e “produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos”.

Ao tentar identificar, porém, a *espécie* de ação e, por conseguinte, de *sentença* no mandado de segurança, a doutrina pátria jamais chegou a um consenso. Alfredo Buzaid (1989, p. 70-71) cita algumas das inúmeras posições a respeito do tema:

O ilustre monografista Castro Nunes sustenta que o mandado de segurança não objetiva um julgamento meramente declaratório. A eficácia da decisão é assegurada por seu cumprimento compulsivo sob sanções legais. O mandado

de segurança é, deste modo, sempre *executório*. Este caráter está implícito já na própria denominação. [...] Pontes de Miranda, reelaborando a doutrina das ações de conhecimento segundo a natureza da sentença, acrescentou à conhecida classificação tripartite (ação declaratória, ação condenatória e ação constitutiva) uma nova categoria a que denominou *ação de mandamento*, cujo conteúdo é obter mandado do juiz que não se confunde com o efeito executivo da sentença de condenação. O Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, numa monografia de alto valor científico, ensina que o mandado de segurança é um remédio que cabe ao particular para anular as medidas de execução, possessórias ou acautelatórias, que a administração pode, sem intervenção judicial, efetivar. O mandado de segurança é, para usar de uma metáfora, o antídoto dessas medidas e por ser uma contramedida de execução é que se denomina mandado de segurança. Othon Sidou, em livro profundo e bem informado, embora considere o mandado de segurança uma ação de rito sumaríssimo, tendo por objeto litígio, que resolve do modo mais peremptório, atribui-lhe, contudo, o caráter de *interdito*. O ilustre Prof. Celso Agrícola Barbi, em sua clássica obra, depois de analisar diversas teoria e opiniões, encerra o seu pensamento, enunciando o seguinte conceito: “A conclusão final a que chegamos, depois da análise feita, é que o mandado de segurança é ‘ação de cognição’, que se exaure através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só se admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar de execução do julgado”.

Refutando todas essas teorias, Alfredo Buzaid (1989, p. 75-76) sustenta o seguinte:

O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o *pedido* formulado pelo impetrante, que pode ser: a) meramente declaratório; b) constitutivo; ou c) condenatório. Exemplo da primeira espécie é o pedido de declaração de inexistência da relação jurídica tributária criada por lei inconstitucional; exemplo da segunda espécie é a desconstituição de nomeação de servidor público por inobservância da ordem de classificação no concurso; exemplo da terceira espécie é a ação do servidor da administração direta ou autárquica, tendo por objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias. [...] Antes da propositura da ação parece difícil senão impossível generalizar um conceito de mandado de segurança abrangente de todos os possíveis casos. Por isso, julgamos de bom aviso aplicar ao mandado de segurança a doutrina da classificação tripartida das ações, consagrada pela generalidade dos autores.

Mesmo diante de exemplos tão expressivos, indicadores de que, no mandado de segurança, a sentença efetivamente pode possuir carga declaratória, constitutiva ou condenatória, sempre prevaleceu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a ideia de que são a *mandamentalidade* e a *executividade lato sensu* que notabilizam esse tipo de ação. Deveras, colhe-se da lição de Celso Ribeiro Bastos (1982, p. 8):

A sentença em mandado de segurança é revestida, para que possa preencher as *finalidades constitucionais do instituto* em que se encerra, de uma especial *força executória* que se traduz em: a) desnecessidade de um processo específico de execução; b) satisfação *in natura*, pelo impetrado, do dever cominado; c) substituição, em sendo necessário, do próprio ato administrativo pelo ato judicial, toda vez que aquele independer do exercício de faculdade discricionária; d) nos demais casos, pela expedição de uma *ordem*, cujo descumprimento é gravemente apenado (CP, art. 330).

No mesmo sentido é o escólio de Castro Nunes (1980, p. 41):

O caráter *executório* do mandado de segurança está implícito na própria denominação. De outro modo a *defesa* do direito não estaria *assegurada*. E *assegurar* é *garantir* ou *restaurar* o direito, restituí-lo, efetivá-lo, premuni-lo contra a violação iminente.

[...]

Animo-me a dizer que o mandado de segurança é sempre executório. Não importa que, fugindo às regras processuais comuns, se execute a sentença que o concede por meios coativos de Direito Público, sanções penais correspondentes ao crime de responsabilidade que é a desobediência do agente do Poder Público à ordem ou decreto judicial.

Assim, não é de se estranhar que tenha vicejado, por tantos e tantos anos, o entendimento segundo o qual a sentença no mandado de segurança não pode produzir efeitos financeiros pretéritos. É que, pelo menos em princípio, a *mandamentalidade* e a *executividade lato sensu* eram consideradas características estranhas à sentença tipicamente condenatória, esta, sim, capaz de produzir aqueles efeitos.

De fato, o descumprimento de uma sentença condenatória não configura *desobediência* e, por conseguinte, não conduz à responsabilização criminal; e, de outra parte, sua execução pressupunha – pelo menos durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e de boa parte da do Código de 1973 – a instauração de um processo autônomo. Dito de outro modo, justamente o que a sentença no mandado de segurança tem de mais especial sempre soou inadequado ao perfil da sentença condenatória.

Certo é, todavia, que a evolução legal, doutrinária e, de algum modo, também jurisprudencial recomenda ou, até mais, verdadeiramente exige uma atualização das conclusões alcançadas há sessenta anos pelo Supremo Tribunal Federal.

6 A construção das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal

As Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, reproduzidas no item 1 deste trabalho, foram concebidas, claramente, sob a inspiração de que a especialidade do mandado de segurança distinguia-o de uma ação condenatória, fosse pelas já mencionadas características da *mandamentalidade* e da *executividade lato sensu*, fosse, ainda, pela da satisfação *in natura* (tutela específica) do direito reclamado.

Assim, enquanto as sentenças condenatórias não ensejavam desobediência quando descumpridas, precisavam de um processo autônomo para serem executadas e tinham suas prestações *in natura* muitas vezes substituídas por reparação *in specie*, a sentença no mandado de segurança incutia responsabilização criminal, era autoexecutável e assegurava tutela jurisdicional específica.

Deveras, o mandado judicial expedido na ação de segurança tinha – como ainda tem – a aptidão de proporcionar ao titular do direito líquido e certo não apenas a neutralização dos efeitos do ato reputado coator, mas também a produção do preciso resultado que derivaria se não houvesse a violação. Exemplo

clássico dessa concepção é o mandado de segurança destinado a corrigir ilegalidade resultante de nomeação de servidor público sem a observância da ordem de classificação no concurso. Em tal caso, a sentença, no mandado de segurança, invalida a nomeação irregular e garante a nomeação do candidato preterido.

Em época na qual verdadeiramente se venerava a autonomia da vontade, o descumprimento de obrigação de fazer quase sempre conduzia à conversão em *perdas e danos*. Era essa a realidade das ações condenatórias. O mandado de segurança, porém, surgiu como poderoso instrumento processual, capaz de propiciar ao impetrante, ameaçado ou ofendido em seu direito líquido e certo, o próprio bem da vida a que fazia jus.

Note-se que, de modo compatível com sua estatura constitucional, o mandado de segurança foi forjado como uma ação muito mais efetiva do que as ações em geral. Se, de um lado, pressupõe direito líquido e certo e impetração no exíguo prazo de cento e vinte dias, de outro o mandado de segurança, com seu rito sumário e com as especiais características de sua sentença, mostra-se apto a entregar *tutela célere e específica*.

Nesse cenário, foi até certo ponto compreensível que as repercussões financeiras da violação do direito do impetrante fossem confiadas ao âmbito ordinário das ações condenatórias, mormente porque, com muita frequência, a verificação de tais haveres exigia a prática de atos de instrução incompatíveis com o rito estritamente documental do mandado de segurança. Cumpre destacar, a esse respeito, um julgado de 10 de maio de 1965, exarado pelo Supremo Tribunal Federal ainda no contexto em que foram moldadas as Súmulas 269 e 271, apontando que a existência de crédito, como decorrência da concessão da segurança, estava sujeita a discussão e prova, exigindo meios hábeis de contraditório, inadmissíveis na via processual eleita (RE 53.213/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Pedro Chaves). Havia, portanto, uma nítida preocupação com a higidez do procedimento, sabidamente avesso a qualquer dilação probatória.

Por outro lado, não deixa de ser curioso que a nobreza do mandado de segurança, como instrumento de especial proteção do cidadão contra ilegalidades e abusos perpetrados por agentes do poder público, tenha conduzido à conclusão da inviabilidade, naquele mesmo processo, da tutela plena dos direitos reconhecidos.

7 A necessidade de revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal

Chegando, por fim, ao ponto crucial deste trabalho, é dado afirmar que, em razão das inúmeras reformas na legislação processual civil promovidas desde a edição das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, já não é possível conviver com as restrições por elas estabelecida.

Com efeito, ao longo deste trabalho demonstrou-se que a *mandamentalidade* e a *executividade lato sensu* não são mais privilégios da ação de mandado de segurança e de algumas outras ações de rito especial. Hoje, os provimentos mandamentais são uma inegável realidade no Código de Processo Civil e no cotidiano forense, podendo ser exarados na universalidade dos processos. Do

mesmo modo, não subsiste o sistema da execução *ex intervallo*, porquanto adotado o modelo sincrético, que aboliu a necessidade de instauração de processo autônomo para a execução do título judicial e, de certo modo, generalizou a executividade *lato sensu* das sentenças.

Além disso, a prestação da *tutela específica* ou *in natura* passou a ser assegurada pela legislação comum, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo 497 do Código de 2015.

Não bastasse, é indubitoso que, independentemente de dilação probatória, se pode aferir a existência de crédito *diretamente* resultante da concessão do mandado de segurança. É o que se vê, por exemplo, na sentença que declara a inexistência de relação jurídica tributária em função da inconstitucionalidade da lei, reconhece o direito de compensação e baliza-lhe o exercício. Quando se proclama a inconstitucionalidade de uma lei tributária, daí resultam, *ipso facto*, os direitos de o contribuinte não se sujeitar à continuidade da cobrança fiscal e de reaver o que tenha indevidamente recolhido.

Nesse cenário, cabe indagar: qual é a justificativa racional para que, em tal hipótese, se impeça a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração, respeitado, é claro, o prazo prescricional?

Examinando a questão, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que, cuidando-se especificamente do direito de compensação tributária, não há a produção de efeitos pretéritos, já que o encontro de contas é feito administrativamente e *a posteriori*. Veja-se:

1. O provimento alcançado em mandado de segurança que visa exclusivamente a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, tem efeitos exclusivamente prospectivos, os quais somente serão sentidos posteriormente ao trânsito em julgado, quando da realização do efetivo encontro de contas, o qual está sujeito à fiscalização pela Administração Tributária.

2. O reconhecimento do direito à compensação de eventuais indébitos recolhidos anteriormente à impetração ainda não atingidos pela prescrição não importa em produção de efeito patrimonial pretérito, vedado pela Súmula 271 do STF, visto que não há quantificação dos créditos a compensar e, por conseguinte, provimento condenatório em desfavor da Fazenda Pública à devolução de determinado valor, o qual deverá ser calculado posteriormente pelo contribuinte e pelo fisco no âmbito administrativo segundo o direito declarado judicialmente ao impetrante.

[...]

(EREsp nº 1.770.495/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria, j. 10/11/2021, DJe 17/12/2021)

Apesar disso e mesmo à vista de sua Súmula 461 – vazada no sentido de que “o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado” –, o Superior Tribunal de Justiça considera que, na ação de mandado de segurança, não se mostra viável a repetição do indébito tributário por meio de precatório e isso precisamente em função das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal:

[...]

4. Registra-se, por oportuno, que, ao consignar que era incabível a restituição de indébito tributário reconhecido na via mandamental por meio de precatório previsto no art. 100 da Carta Magna, o acórdão ora embargado encontra apoio na compreensão firmada por ambas as turmas integrantes da Primeira Seção do STJ no sentido de que “o mandado de segurança é via adequada para declarar o direito à compensação ou restituição de tributos, sendo que, em ambos os casos, concedida a ordem, os pedidos devem ser requeridos na esfera administrativa, restando, assim, inviável a via do precatório, sob pena de conferir indevidos efeitos retroativos ao *mandamus*” (AgInt no REsp 1.895.331/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 24/5/2021, DJe 11/6/2021). No mesmo sentido, citam-se estes recentes julgados: REsp 1.864.092/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/04/2021; AgInt no AREsp 1.945.394/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/03/2022; AgInt no REsp 1.944.999/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/02/2022.

5. Com esses esclarecimentos, mantém-se a fundamentação adotada pelo acórdão ora embargado quanto à impossibilidade de se postular a execução do título judicial a fim de se obter a restituição dos tributos recolhidos indevidamente nos dez anos que antecederam a impetração mediante precatório, haja vista que tal providência, acaso deferida, além de conferir efeitos patrimoniais pretéritos ao *mandamus*, o que esbarra na restrição estabelecida na Súmula 271/STF, implicaria também na utilização de mandado de segurança como substituto de ação de cobrança, o que é vedado pelo entendimento cristalizado na Súmula 269/STF.

[...]

(EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.176.713/GO, 1ª Turma, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, j. 13/3/2023, DJe 20/3/2023)

Ora, não se mostra sequer razoável exigir-se a propositura de uma nova demanda judicial que evidentemente não poderá violar a coisa julgada formada no processo de mandado de segurança e que, portanto, não poderá ter resultado diverso. Impor-se a instauração de um novo processo, sem espaço para a rediscussão do direito, torna-se um verdadeiro despropósito.

Se outrora o ajuizamento da posterior ação condenatória tinha por escopo dar origem a um título executivo, nos tempos atuais isso não é mais necessário, pois, como dito, também as sentenças meramente declaratórias têm eficácia executiva, nos termos do artigo 515, inciso I, do Código de Processo Civil em vigor. A propósito, sustenta Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 122-123), ainda se referindo ao artigo 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973:

Aquele dispositivo, ao atribuir eficácia de título executivo judicial à sentença que *reconhece* a existência de obrigação de dar, fazer, não fazer ou pagar quantia, é suficiente, por si só, para viabilizar a execução. Aplicando a regra ao mandado de segurança, é possível sustentar que o reconhecimento de que foi ilegal ou abusivo o desconto imposto ao servidor pelo Estado é suficiente para autorizar que a recomposição do direito violado se dê da forma mais ampla possível: para o *futuro*, na linha do que expressamente autoriza o § 4º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009, e para o *passado*.

Diga-se, ainda, que eventual liquidação de sentença e, mesmo, a expedição de precatório não são, de qualquer modo, inadequadas ao processo de mandado de segurança, cujo rito só é especial até a sentença. Tanto é verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao fixar o Tema 831, assentou não apenas a

compatibilidade como a necessidade de expedição de precatório para a percepção de créditos junto à Fazenda Pública, ainda que o tenha feito apenas com relação aos efeitos subsequentes à impetração.

Faltou, portanto, aos nossos Tribunais Superiores dar um passo a mais, para permitir a produção de efeitos pretéritos à impetração. Se o Superior Tribunal de Justiça tem a escusa de não poder superar as Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, este já não tem qualquer justificativa para não as rever.

Não se pretende, por certo, *ordinarizar* o procedimento do mandado de segurança, sob pena de comprometer-se sua principal característica – a finalidade de proteger direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade –, mas é incompreensível que se pretenda estender o caráter angusto do rito aos momentos subsequentes à sentença, quando já acertada a situação de direito e de fato debatida na fase de conhecimento.

Avançando na mesma linha, diga-se que, se o mandado de segurança é instrumento processual de especial grandeza, dotado de estatura constitucional e destinado a servir a finalidades sobremaneira importantes no âmbito da prestação jurisdicional, não se pode conceber que, com relação aos efeitos financeiros pretéritos, ele seja menos eficaz que os pronunciamentos exarados no seio dos processos comuns.

Nessa ordem de ideias, observa Sérgio Shimura (2016, p. 1.470) que é intenção do legislador pátrio “potencializar todo e qualquer comando jurisdicional, conferindo-lhe maior eficácia prática e jurídica, extraíndo dos atos processuais o máximo rendimento possível, sempre no prumo da maior efetividade do processo”. E se assim o é no âmbito geral do processo, com muito mais razão há de sê-lo no do mandado de segurança, dada a magnitude da importância dos direitos que visa a tutelar.

Curiosamente e em outro âmbito, essa compreensão já foi anteriormente alcançada pelo mais alto órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça, sua Corte Especial. Veja-se:

2. Quanto aos efeitos patrimoniais da tutela mandamental, sabe-se que, nos termos das Súmula 269 e 271 do STF, caberia à parte impetrante, após o trânsito em julgado da sentença concessiva da segurança, ajuizar nova demanda de natureza condenatória para reivindicar os valores vencidos em data anterior à impetração do pedido de writ; essa exigência, contudo, não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo, além de estimular demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, consumindo tempo e recursos públicos, de forma completamente inútil, inclusive honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência.

3. Esta Corte Superior, em julgado emblemático proferido pelo douto Ministro Arnaldo Esteves Lima, firmou a orientação de que, nas hipóteses em que o Servidor Público deixa de auferir seus vencimentos, ou parte deles, em face de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, *os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado*, violador do direito líquido e certo do impetrante, isso porque os efeitos patrimoniais do *decisum* são mera consequência da anulação do ato impugnado que reduziu a pensão da Impetrante, com a justificativa de adequá-la ao sub-teto fixado pelo Decreto 24.022/2004, daquela unidade federativa.

(STJ, EREsp 1164514/AM, Corte Especial, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 16/12/2015, DJe 25/02/2016)

Da decisão citada nesse acórdão colhem-se ainda outros argumentos, todos da mais alta relevância. Veja-se:

Refoge à lógica do razoável obrigar o servidor a ingressar novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período aquém da data do ajuizamento do *mandamus*, se tal pode e deve – sem menosprezo aos direitos e garantias do devedor, que deve pagar exatamente o que deve, nem mais, nem menos, como é óbvio, tal como se apurar –, inclusive, se necessário for, nos mesmos autos do *writ*, conforme, por exemplo, preconizado na Lei 11.232/05, que alterou o CPC, arts. 475-A e seguintes. Em geral, administrativamente, o próprio órgão ao qual vinculado funcionalmente o servidor tem como fazer e disponibilizar os cálculos dos valores atrasados, efetuando o seu pagamento, independentemente de precatório.

Como sabemos, é uma constante a busca de soluções, as mais prontas e efetivas, nas resoluções dos conflitos judiciais. É a permanente luta contra a morosidade, mal maior, talvez, da prestação jurisdicional, de difícil superação. Assim, sempre que possível – sem violar as normas de regência e muito menos os princípios jurídicos –, mas, ao contrário, atribuindo-lhes racional inteligência, devemos buscar soluções que se harmonizem com tal propósito, em favor do próprio interesse público, da cidadania, destinatária final e única, a rigor, dos serviços públicos, inclusive daqueles, como cediço, prestados pelo Judiciário. (STJ, MS 12397/DF, 3ª Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, v.u., j. 09/04/2008, DJe 16/06/2008)

Deveras, absolutamente nada justifica, seja no plano jurídico, seja no plano lógico, que, nos casos em que os efeitos financeiros decorram direta e inafastavelmente da decisão proferida no mandado de segurança, o interessado precise ajuizar nova demanda para que obtenha a satisfação integral de um direito já reconhecido em caráter definitivo.

Note-se, a esse respeito, que o modelo processual atual não se coaduna sequer com a execução em processo autônomo, sendo inexplicável que, apenas por se tratar de mandado de segurança, se exija um novo processo de conhecimento para a obtenção da repercussão patrimonial anterior à impetração.

8 Síntese conclusiva

As Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal foram concebidas ao tempo em que apenas as sentenças condenatórias constituíam títulos executivos. Desde o advento da Lei nº 11.232/2005, porém, até mesmo as sentenças declaratórias possuem tal eficácia, noção reforçada pela superveniência do Código de Processo Civil de 2015.

A restrição procedimental do mandado de segurança – que não admite dilação probatória – não ultrapassa a fase de conhecimento, de sorte a não se incompatibilizar com a fase de cumprimento de sentença. O próprio Supremo Tribunal Federal, aliás, já reconheceu a compatibilidade do regime de precatórios com a ação de mandado de segurança (Tema 831).

Ademais, é incompreensível que o mandado de segurança, visto como instrumento de tutela específica de direitos, não seja capaz de assegurá-los plenamente, impondo a desnecessária e injustificável propositura de nova

demanda e de resultado já definido. A solução do conflito há de provir, em sua inteireza, de uma só atuação jurisdicional.

O princípio da efetividade, aplicável ao processo como um todo, há de receber prestígio ainda maior no mandado de segurança, ação de *status* constitucional e destinado a coibir atos ilegais ou abusivos perpetrados por agente público.

Em síntese e por tudo isso, a revisão das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal é imperativa, seja por razões de ordem lógica, seja por motivação de natureza legal e jurídica.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

NUNES, José de Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, t. I.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Cumprimento de sentença. *In: Teresa Arruda Alvim et alii. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Igualdade e justiça tributária no Brasil: contradição entre o texto constitucional e o que mostra a realidade

Equality and tax justice in Brazil: contradiction between what the constitution says and what reality shows

Nino Oliveira Toldo

Desembargador Federal no TRF da 3ª Região. Diretor da EMAG. Ex-presidente da AJUFE. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo.

Marcelo Guerra Martins

Juiz Federal em São Paulo. Conselheiro Fiscal da AJUFE. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo.

RESUMO:

O presente artigo trata da igualdade e da justiça tributária, nos termos tratados pela Constituição de 1988 (o texto normativo), em comparação com o que há tempos se observa na prática (o sistema em operação). A constatação mais relevante é que o sistema tributário brasileiro vem funcionando contrariamente ao desejado pelos constituintes de 1988, na medida em que a tributação atinge os mais pobres de modo significativamente mais intenso do que aqueles em melhores condições econômicas. O sistema tributário também não vem conseguindo proporcionar um nível minimamente aceitável de distribuição de riqueza em prol dos mais necessitados, sendo possível, inclusive, que esteja contribuindo para concentrar ainda mais a riqueza no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE:

Igualdade. Capacidade contributiva. Justiça tributária. Tributação no Brasil. Concentração de riqueza.

ABSTRACT:

This article deals with equality and tax justice, under the terms addressed by the 1988 Constitution (the normative text), in comparison with what has been observed in practice for some time (the system in operation). The most relevant finding is that the Brazilian tax system has been working contrary to what was desired by the constituents of 1988, insofar as taxation affects the poorest significantly more intensely than those in better economic conditions. The tax system has also failed to provide a minimally acceptable level of wealth distribution in favor of the most needy, and it is even possible that it is contributing to further concentrate wealth in Brazil.

KEYWORDS:

Equality. Ability to pay. Tax justice. Taxation in Brazil. Wealth concentration.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Da igualdade e da justiça tributária. 2.1 Igualdade tributária. 2.2 Justiça tributária. 3 O problema dos tributos indiretos. 4 Operacionalização da igualdade e da justiça tributária no Brasil. 4.1 Igualdade tributária (em ação). 4.2 Justiça tributária (em ação). 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O presente artigo trata da igualdade e da justiça tributária, nos termos pensados pelo constituinte de 1988 (o texto normativo), em comparação com o que há tempos se observa na prática (o sistema em operação), de maneira a demonstrar existir uma inegável contradição entre o anseio inicial e o resultado contrário produzido na realidade.

É notório que a Constituição de 1988 colocou uma pá de cal no período antidemocrático que vigorou no Brasil a partir de 1964. Tratou-se de um verdadeiro divisor de águas em termos de organização da sociedade brasileira. Daí ser chamada, com todo o mérito, de Constituição Cidadã, ou seja, aquela que elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos principais pilares da República e, para tanto, trouxe em seu bojo diversos mandamentos com objetivo de induzir os sistemas político, econômico, jurídico e social a, conjuntamente, engendrarem esforços para tornar realidade a nova ordem democrática.

Com efeito, em comparação com Constituições anteriores, o texto de 1988 é notavelmente inovador, a começar pelo artigo 3º que elenca como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Houve igualmente avanços na ampliação do rol dos direitos individuais (v.g. o exercício do direito de propriedade vinculado a uma função social, a presunção de inocência, a criação de figuras como o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, etc.).

Na mesma toada, a Constituição Cidadã ampliou o direito ao voto tornando-o facultativo a partir dos 16 anos de idade (art. 14, § 1º, "c"), bem como inseriu mandamentos em temas sensíveis e fortemente ligados ao bem-estar social, tais como os direitos sociais (arts. 6º a 11), o Sistema Único de Saúde (art. 198, § 1º), a assistência social (arts. 203 e 204), a educação, cultura e desporto (arts. 205 a 217), a proteção ao meio ambiente (art. 225) além de outros. E, quanto ao Poder Judiciário, não se pode olvidar que foi a Constituição de 1988 que criou o Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e os Tribunais Regionais Federais (art. 108).

Em termos de tributação, a temática da igualdade e da justiça tributária foi bastante valorizada pelo constituinte de 1988 que, de um modo abrangente, buscou construir um sistema que revelasse uma certa equivalência de sacrifício patrimonial das pessoas perante o fisco, bem como que prevísse incidências progressivas com fulcro de auxiliar a redistribuição da riqueza em prol dos mais pobres e na diminuição das graves desigualdades sociais e regionais do Brasil.

Todavia, conforme será demonstrado no texto, existe uma grave contradição entre os preceitos normativos expressos na Constituição e a dinâmica do sistema tributário nacional em operação que, em suma, onera proporcionalmente de maneira muito mais intensa os mais pobres, exatamente o contrário do que foi idealizado pelo constituinte de 1988 há mais de três décadas.

O presente artigo é dividido em três capítulos, com subdivisões pertinentes a cada tema. Inicialmente, trata dos preceitos constitucionais e das concepções teóricas a respeito da igualdade tributária (equivalência de sacrifício patrimonial perante o fisco) e da justiça tributária (incidências progressivamente crescentes

segundo o significado econômico de cada situação tributável). Na sequência, são tratados os efeitos que o tipo de tributação prevalecente em um país (direta *versus* indireta) usualmente exerce em relação aos ideais de igualdade e justiça tributária. Por fim, com base em estudos e dados estatísticos, é analisado como o sistema tributário brasileiro em operação vem dificultando o alcance de patamares razoáveis de igualdade e justiça tributária no país. Seguem-se as considerações finais e as referências.

Quanto à metodologia, o texto se constitui num estudo bibliográfico com apresentação de dados estatísticos e conclusões tiradas primordialmente por meio da indução. Fica advertido não ser intenção dos autores firmar certezas ou palavras finais, muito ao contrário, todas as críticas são muito bem-vindas.

2 Da igualdade e da justiça tributária

Os temas da igualdade e da justiça tributária são os marcos teóricos fundamentais do presente artigo, visto que é a partir deles que se torna possível comparar os desígnios manifestados pelo constituinte de 1988 com o cenário apresentado pela realidade brasileira passadas mais de três décadas da promulgação da Carta Magna de 1988.

2.1 Igualdade tributária

A igualdade¹ é um valor que transparece em vários preceitos da Constituição de 1988, tanto no aspecto formal (perante a lei) quanto material (condições de vida digna a todas as pessoas). Nessa linha, inaugurando o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o *caput* do artigo 5º estipula:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, a igualdade se revela como “princípio geral aplicável a todo o Direito, que desde *Platão* e *Aristóteles* está vinculado à ideia de justiça” (FRAGA, 2007, p. 58). A igualdade (ou isonomia) é ínsita ao sistema republicano e pedra angular dos regimes democráticos. Com efeito, “a imposição de tratamento isonômico constitui objetivo primeiro de qualquer Estado que se organize sob a veste democrática, sem contar que se cuida de ideal de justiça desde as origens mais remotas da civilização” (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 35).

Assim, segundo adverte o saudoso Geraldo Ataliba (2007, p. 160):

¹ Na clássica, mas sempre atual, definição de Rui Barbosa (1951, p. 31): “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a *pedra de toque* do regime republicano.

No campo tributário, a igualdade pode ser encarada sob uma dimensão negativa e outra positiva (ROHENKOHL, 2007, p. 106). A primeira (negativa) encontra-se plasmada no inciso II do artigo 150 da Constituição de 1988, cuja redação prevê ser vedado:

Art. 150. [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Essa dimensão negativa, contudo, não é objeto de análise no presente artigo.

A igualdade em sua dimensão positiva decorre essencialmente do princípio da capacidade contributiva, aplicado conjuntamente a outros preceitos constitucionais, e preconiza ser necessário existir uma certa equivalência entre o sacrifício que as pessoas fazem em prol do fisco. Em suma, “pessoas com renda igual devem contribuir com igual quantidade de tributos e pessoas com renda diferentes devem pagar quantidades diferentes de tributos” (PAYERAS, 2008, p. 22).

De fato, quando alguém arca com o ônus da tributação tem sua capacidade econômica diminuída em algum grau, ficando, portanto, menos capaz de satisfazer suas necessidades e desejos. Assim, em nome da igualdade, é de rigor que essa perda de bem-estar (esse sacrifício) seja o mais equivalente possível entre todas as pessoas.

Trata-se do que pode ser denominado de regra do sacrifício tributário equitativo, cuja base elementar é, como dito, o respeito à capacidade contributiva que, segundo Regina Helena Costa (1996, p. 38), “é um desdobramento do princípio da igualdade”. Aqui, conforme assinala Guilherme Sangalli Sandri (2020, p. 137):

[...] tem-se como fundamento mais comum para o princípio da capacidade contributiva, sendo aceito por grande parte da doutrina de direito tributário a tese de que esse princípio decorre da concretização do princípio da igualdade, consistindo em verdadeiro exercício da isonomia no direito tributário.

Nessa banda, um sistema normativo que desconsidere as diferenças econômicas e patrimoniais entre os contribuintes fere de morte a cláusula da igualdade. É de se notar, contudo, que o respeito à capacidade contributiva é algo relativamente novo na história da humanidade, datando da época das revoluções liberais do século XVIII. Em períodos anteriores, não existia qualquer preocupação com essa questão, sequer em teoria. Por exemplo, no final do Império Romano e durante o período medieval, “o visigodo pagava igual ao romano; o nobre, menos que o plebeu; o homem livre, menos que o servo; e, o clero, menos ainda que as outras classes” (FRANCISCO NETO, 2008, p. 49).

É possível afirmar, portanto, que “a realização do princípio da capacidade contributiva é um progresso perante uma tributação arbitrária, sem princípios, perante uma tributação segundo o oportunismo político, perante um pragmatismo ou fiscalismo ilimitado” (TIPKE, 2022, p. 30).

No Brasil, a primeira referência constitucional à capacidade contributiva, ainda que não sob essa denominação, veio com a Constituição de 1824, cujo artigo 179, § 15, determinava que ninguém estaria isento de contribuir para as despesas do Estado segundo a proporção de seus haveres. Atualmente, a cláusula está expressa no § 1º do artigo 145 do Texto de 1988 ao determinar que a tributação deve ocorrer “segundo a capacidade econômica do contribuinte”.

Cabe aos legisladores, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, dentro das competências constitucionalmente estabelecidas, instituírem e disciplinarem os tributos de maneira a incidirem segundo a capacidade econômica dos contribuintes, o que não é tarefa fácil. Aliás, conforme será visto, isso está muito longe de ser realidade no Brasil.

2.2 Justiça tributária

O Brasil é notoriamente um país bastante desigual, apresentando elevados índices de pobreza e considerável concentração de riqueza em número reduzido de pessoas. Nesse quesito, estudo desenvolvido no âmbito do International Policy Centre for Inclusive Growth (SOUZA; MEDEIROS, 2017, p. 15), que envolveu 29 países (entre desenvolvidos e em desenvolvimento), apontou que o Brasil está entre as cinco nações em que a parcela mais rica da população recebe mais de 15% da renda nacional. De fato, segundo o aludido estudo, os 1% mais ricos concentram entre 22% e 23% do total da renda do país.

Há quem afirme inclusive que, mesmo passados mais de 30 anos da promulgação de uma “Constituição em que a redução de desigualdades sociais é considerada um dos ‘objetivos fundamentais da República’, o Brasil permanece ostentando os mais altos níveis de concentração de renda e de riqueza em todo o mundo” (GODOI, 2022, p. 71).

Daí que, em atendimento aos preceitos constitucionais como o artigo 3º, que determinam a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem-estar de todos, é indispensável que a arrecadação tributária funcione, ainda que não exclusivamente, como um instrumento de redistribuição de riqueza e melhoria das condições materiais dos mais pobres, através do financiamento de políticas públicas diversificadas e desenhadas com tais desideratos.

Neste ponto entra em cena uma importantíssima ferramenta que é a progressividade tributária, isso é, um sistema em que a incidência dos tributos ocorre de modo crescente segundo o aumento da base de cálculo dos fatos geradores. Noutras palavras, quanto maior for o fator econômico envolvido numa determinada situação tributável, maior deverá ser a respectiva alíquota de modo a criar um sistema progressivo de incidência e consequente arrecadação.

Não que a observância e o respeito à capacidade econômica de cada um não tenha igualmente a função de financiar políticas públicas em prol dos menos afortunados, mas a incidência tributária progressiva se revela como um passo adiante e que está ligado umbilicalmente à ideia de justiça social, ou seja, à

construção de uma sociedade livre, justa e solidária a que alude o inciso I do artigo 3º da Constituição de 1988. Assim, em termos atuais, conforme Débora da Silva Roland (2006, p. 25):

Os tributos, então, são erigidos como instrumentos de correção e contenção da distribuição de riquezas e concentração de poder num sistema social norteado por uma justiça distributiva. São eles, afinal, o centro nevralgico da política fiscal e econômica, porque ficam sujeitos à ponderação do legislador legitimamente autorizado por uma constituição justa que assegure participação política equitativa.

Em complemento, segundo expõe Cláudio Sacchetto (2005, p. 26): “Foi a mudança de perspectiva – no fim do século XIX – da concepção de tributo como preço dos serviços prestados pelo Estado para o da solidariedade que justificou a passagem do tributo proporcional ao progressivo”. É que, segundo pondera José Casalta Nabais (2005, p. 128-129), “a existência de um Estado fiscal tem subjacente uma idéia de justiça distributiva traduzida na redistribuição dos rendimentos dos contribuintes para os que não sejam contribuintes”.

O Texto de 1988 faz referências expressas à progressividade tributária. A primeira, no § 2º do artigo 153, que estipula dever o Imposto sobre a Renda ser informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade. A segunda, no § 4º, inciso I, do mesmo artigo 153, que aduz que o Imposto Territorial Rural “será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. A terceira, no artigo 156, § 1º, incisos I e II, que prevê o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana progressivo e, ainda, que tenha alíquotas fixadas em função da utilização do bem e da sua localização.

Ainda que o texto constitucional não se refira expressamente à aplicação da progressividade a outros tributos, não se vislumbra vedação para tanto, ainda mais porque a progressividade anda “de mãos dadas” com o dever de solidariedade, igualmente de índole constitucional, sempre sob o crivo, evidentemente, da razoabilidade, proporcionalidade e da vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição).

Nesse tópico, conforme Gilson Michels (2005, p. 229), “na visão social-democrata, desenvolvida a partir das crises do liberalismo, o tributo aparece como um dever social necessário ao estabelecimento de um laço social fundado no ideal de solidariedade”. Tanto é assim que, atualmente, “a doutrina européia radica exatamente na *solidariedade social* o fundamento do dever constitucional de pagar impostos” (GODOI, 2005, p. 152). Trata-se, outrossim, do que os norte-americanos denominam de “balanço entre *equity* e *efficiency*”, ou seja, da tentativa de conciliar a necessidade de manter um mínimo de justiça social com a não menos importante necessidade de manutenção dos incentivos particulares no conjunto da economia (LIVINGSTON, 2005, p. 195).

Na linha do que já foi dito, cabe aos legisladores disciplinarem um sistema tributário que seja justo, ou seja, que contribua para a distribuição de riqueza, diminuição da pobreza e da marginalização, a partir do manejo das ferramentas da progressividade e da solidariedade no campo tributário. Infelizmente, conforme será visto adiante, a realidade demonstra que a tributação no Brasil vem onerando com maior intensidade, em termos proporcionais, justamente os menos afortunados economicamente.

3 O problema dos tributos indiretos

Diz-se indiretos os tributos nos quais é possível ao contribuinte transferir a terceiros o respetivo ônus financeiro, daí a diferenciação entre o contribuinte “de direito” e o contribuinte “de fato”. Nessa ótica, são indiretos todos os tributos pagos por pessoas jurídicas, incluindo-se as firmas individuais. É que havendo um contexto empresarial em cena, sempre há, ao menos teoricamente, a possibilidade de transferir o ônus da tributação à pessoa diversa que não o contribuinte “de direito”.

Explica-se: num primeiro momento, de modo a não diminuir os lucros, tenta-se repassar o ônus gerado pelos tributos aos consumidores (daí ser comum nominar os tributos indiretos como tributação sobre o consumo). Caso isso não seja possível, por exemplo, por questões mercadológicas (v.g. concorrência acirrada que obriga a prática de preços mais baixos), o próximo passo geralmente é a transferência dos encargos aos empregados na forma de estagnação salarial. Contudo, tal procedimento pode ser problemático, visto que os trabalhadores e os sindicatos não concordarão com essa situação indefinidamente. Assim, em última hipótese, o ônus tributário acaba sendo aportado pelos sócios e acionistas com menores distribuições de lucros².

Na outra ponta encontram-se os tributos diretos ou pessoais. Incidem em situações em que a transferência do ônus financeiro é bem mais difícil. A regra nos tributos diretos é que o contribuinte “de direito” e “de fato” sejam a mesma pessoa. Os exemplos mais comuns são os tributos devidos por pessoas físicas fora de um contexto empresarial, tais como os impostos sobre a renda, sobre as propriedades, sobre transferências de bens (compra e venda, heranças e doações). Como em tais hipóteses não há um contexto empresarial, o ônus da incidência acaba sendo arcado pelo próprio sujeito passivo.

É possível perceber, portanto, que os tributos indiretos são grandes “inimigos” da igualdade e da justiça tributária. Primeiramente, porque não há qualquer reverência à capacidade econômica daquele que de fato suporta financeiramente a incidência. Em suma, não há a pessoalidade referida no § 1º do artigo 145 da Constituição de 1988, uma vez que tanto o miserável quanto o afortunado arcam com idêntica oneração econômica (na medida em que o valor dos tributos encontra-se embutido nos preços dos bens ou serviços), o que, obviamente, é anti-isonômico.

Em adição, os tributos indiretos são regressivos³, ou seja, a tributação proporcionalmente diminui de acordo com o aumento da capacidade econômica do contribuinte, situação que, além de contrariar um sentimento de equidade,

² Segundo Andrea Lemgruber (2005, p. 213): “A interpretação mais aceita é a de que, a curto prazo, o imposto é suportado pelos donos do capital, pois não há margens para ajustes. Porém, a longo prazo, é provável que os consumidores ou os trabalhadores paguem a conta de um aumento do imposto sobre a empresa. Consumidores arcarão com o custo caso seja possível repassar o imposto para os preços dos bens e serviços produzidos pela empresa; trabalhadores suportarão a incidência caso seus salários sejam diminuídos de modo a manter os custos de produção”.

³ Segundo José Payeras (2008, p. 20): “Um imposto, ou sistema tributário, é classificado como *progressivo* se o aumento da contribuição for mais que proporcional ao aumento da renda. Em contraste, se a carga tributária aumenta menos que proporcionalmente com o aumento da renda o tributo é dito *regressivo*. Chama-se de proporcional o tributo que aumenta na mesma proporção da renda”.

prejudica seriamente a possibilidade da tributação ser utilizada como instrumento de distribuição de riqueza e promoção de bem-estar aos mais necessitados. Nesse campo, segundo explica Maria da Conceição Sampaio (2005, p. 188-189):

Críticos da tributação do consumo alegam a regressividade desse tipo de tributo já que a propensão média e marginal a consumir das pessoas de baixa renda é superior a dos indivíduos mais ricos. Portanto, o ônus fiscal é menor para os grupos mais ricos porque recai somente sobre parte da renda, já que a poupança não é afetada pela tributação do consumo.

Estudo elaborado pela Receita Federal do Brasil (2002, p. 8) igualmente destaca o caráter regressivo da tributação indireta:

Da renda total recebida, parte é consumida e parte é poupada. A propensão a poupar aumenta conforme aumenta a renda, pois as necessidades básicas são cobertas por uma fração cada vez mais baixa da renda total, podendo o agente econômico optar por investir em ativos financeiros (poupança). Consequentemente, tributos indiretos têm natureza regressiva em relação à renda total. Ou seja, embora as famílias com mais alta renda consumam mais e, portanto, paguem mais impostos indiretos em valores absolutos, a relação entre esse montante pago e a renda total (valores relativos) tende a ser mais alta para famílias com baixa renda.

Ao que parece, existe uma correlação entre o estágio de desenvolvimento econômico e social de um país e o tipo de tributação prevalecente (direta *versus* indireta). Nesse tópico, “países desenvolvidos dão preferência à tributação da pessoa física, enquanto países em desenvolvimento dependem mais fortemente da arrecadação da pessoa jurídica para financiar o Estado” (LEMGRUBER, 2005, p. 214).

É o que também constatou um estudo levado a efeito em 2006 na órbita do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), onde foi observado que existe uma “correlação positiva entre o nível de renda dos países e sua estrutura tributária. Assim, países com níveis de renda mais elevados tendem a concentrar sua arrecadação tributária em impostos diretos, como o Imposto de Renda” (PEREIRA; CÂNDIDO JÚNIOR, 2006, p. 47). Essa percepção não é de hoje. No início dos anos 1970, John Due (1974, p. 13) já afirmava que os tributos indiretos “desempenham papel fundamental na estrutura das economias em desenvolvimento”, sendo seguido alguns anos depois por Richard Bird (1987, p. 1152).

Existem, em suma, duas causas para essa diferença entre a matriz tributária dos países desenvolvidos e a dos em desenvolvimento. Mais uma vez segundo John Due (1974, p. 31), a primeira é que em muitos países em desenvolvimento “o poder político dos grupos mais abastados é bastante forte para restringir o aumento dos impostos diretos”. A segunda é que a economia desses países é pequena, ou seja, embora “o imposto progressivo individual possa aumentar ligeiramente a renda [do governo], nenhum imposto direto pode realmente render grandes somas”, o que faz dos tributos indiretos uma opção obrigatória.

Focando na tributação sobre a renda das pessoas físicas, cuja estrutura usualmente permite observar tanto a capacidade contributiva quanto a progressividade, nos países desenvolvidos o volume pago é cerca de 3,5 a 4 vezes mais alto do que aquilo que as empresas recolhem ao fisco (PEREIRA; CÂNDIDO

JÚNIOR, 2006, p. 47). Com efeito, o Imposto de Renda é o mais importante instrumento de arrecadação dos países desenvolvidos (PIANCASTELLI; NASCIMENTO, 2005, p. 231).

Como exemplo, nos Estados Unidos da América, a maior arrecadação do governo federal é proveniente do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF), cujo patamar para o exercício de 2001 fixou-se em 50% das receitas da União, ou seja: US\$ 994 bilhões. Já as pessoas jurídicas daquele país recolheram “apenas” US\$ 151 bilhões ou 8% do total (MANKIN, 2007, p. 244). A tributação indireta (sobre o consumo) nos EUA é proporcionalmente bem inferior, correspondendo a pouco mais de 17% do total arrecadado (PEREIRA; CÂNDIDO JÚNIOR, 2006, p. 47)⁴.

Verifica-se, pois, ser “bastante lógico afirmar que o modelo de Estado constituído tem reflexo direto na estrutura do sistema tributário, o que implica, essencialmente, as formas pelas quais os ônus da tributação são distribuídos” (PISCITELLI, 2012, p. 93). Em suma, quanto mais a matriz tributária de um país for baseada na tributação direta, a tendência é haver maior reverência aos ideais da igualdade e da justiça tributária, sendo a recíproca verdadeira.

4 Operacionalização da igualdade e da justiça tributária no Brasil

Vistas as ideias basilares a respeito da igualdade e da justiça tributária como mandamentos presentes na Constituição de 1988 e que, portanto, devem ser perseguidos pela sociedade brasileira, passa-se a examinar como o atual sistema tributário calibra a suas matrizes exacionais e, por conseguinte, os resultados das opções até agora escolhidas.

4.1 Igualdade tributária (em ação)

O Brasil não foge à regra da maioria dos países em desenvolvimento, sendo a maior parte da arrecadação proveniente dos tributos indiretos. É plausível supor que essa proporção seja de 75% para a tributação indireta contra 25% da tributação direta (MARTINS, 2011, p. 210) que, desta forma, possui papel coadjuvante na composição dos tesouros públicos. Nesse sentido, por exemplo, a Receita Federal (2004, p. 11) já constatou que o IRPF, nítido tributo direto, correspondeu a meros 4,7% da arrecadação total para o ano de 2001.

O mesmo ocorre em relação aos impostos sobre as propriedades (Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores - IPVA), também de índole direta (desde que devidos pelas pessoas físicas), que vêm representando parcela singela na arrecadação tributária no Brasil, encontrando-se por volta de 3,7% do total para o ano de 2011 (AFONSO, 2012, p. 54). Em anos anteriores, essa parcela foi ainda menor, variando entre 1,5% (até meados dos anos 1990) a 3% do total (início dos anos 2000) (MARTINS, 2011, p. 211).

⁴ Os autores (PEREIRA; CÂNDIDO JÚNIOR, 2006, p. 47) apontam que noutros países desenvolvidos o IRPF também é relevante na composição do tesouro público: Alemanha (27%), Austrália (40%), Canadá (37%), França (17%), Inglaterra (30%), Islândia (39%), Itália (25%), Japão (20%), Noruega (24%), Portugal (18%), Suécia (31%), Turquia (21%).

A forte predominância da tributação indireta no Brasil, aliada ao fato da maioria da população ser pobre⁵, faz com que não exista equivalência (ou algo sequer próximo disso) em termos de sacrifício tributário. Definitivamente, os mais pobres vêm sendo proporcionalmente muito mais onerados que os mais bem colocados na pirâmide social. Assevera Cleucio Santos Nunes (2016, p. 380) que:

[...] as pessoas com renda de até dois salários mínimos comprometiam 53,9% de seus ganhos com o pagamento de tributos, enquanto que quem recebeu mais de trinta salários sofreu um impacto de somente 29% em sua renda com a mesma despesa. Essa relação em que, conforme a renda aumenta diminui o peso da tributação é chamada de regressividade tributária. A principal causa dessa disparidade de repercussão da carga tributária está nas opções políticas da matriz tributária brasileira, que enfatiza a tributação sobre o consumo, sendo mais complacente com a tributação sobre renda e propriedade, ao menos quando se comparam os indicadores nacionais com os de outros países.

Essa situação de desigualdade fica bastante clara se o esforço tributário for traduzido em “dias de trabalho”. Conforme Alberto Carlos Almeida (2010, p. 210), estima-se que, no Brasil, quem ganhe mensalmente até 2 salários mínimos transfira aproximadamente 54% da renda ao Estado como reflexo dos tributos indiretos incluídos nos preços de bens e serviços. Algo em torno de 200 dias de trabalho. Para os que ganham acima de 30 salários, a repercussão é menor, ou seja, a tributação indireta absorve “apenas” 30% da renda ou 100 dias de trabalho.

Aliás, nota-se que a participação dos tributos indiretos no total arrecadado cresceu nas últimas décadas do século XX, indicando que não há perspectivas de redução do caráter regressivo do sistema em curto prazo, conforme o quadro abaixo (VIANNA *et al*, 2000, p. 16):

	1980- 1983	1984- 1987	1988- 1989	1990- 1993	1994- 1996
Porcentagem da arrecadação					
Tributos Diretos	49,22	53,10	49,59	45,18	45,13
Tributos Indiretos	50,72	46,89	50,40	54,81	54,84
Porcentagem sobre PIB					
Tributos Diretos	12,68	13,05	11,54	11,82	13,25
Tributos Indiretos	13,06	11,52	11,72	14,34	16,10

⁵ Segundo a Receita Federal, em 2021 (ano calendário 2020), foram entregues pouco mais de 31 milhões de declarações de IRPF para um universo de 220 milhões de habitantes. Como encontravam-se isentos desse imposto quem recebeu mensalmente até R\$ 1.903,98, significa dizer que 189 milhões de pessoas (ou 86% da população) auferiram rendimentos inferiores à primeira faixa de isenção, podendo ser consideradas pobres (mesmo que nem todas em estado de miséria).

4.2 Justiça tributária (em ação)

Prosseguindo, em termos de justiça tributária, a situação é igualmente lamentável. Não apenas o sistema tributário não vem contribuindo para promover uma adequada distribuição de riqueza, mas, ao que parece, está ajudando a concentrá-la ainda mais, exatamente o contrário do desejado pelo constituinte de 1988. Aqui, segundo Pedro Souza *et al* (2022, p. 6):

[...] em 2021, tivemos o maior aumento anual da pobreza em mais de trinta anos. O prolongamento da pandemia e o menor volume das transferências se refletiram em aumentos entre 1,8 p.p. e 4,7 p.p., a depender da linha, com retrocessos mais fortes para as linhas mais elevadas. Em consequência, o nível de pobreza no Brasil em 2021 foi o pior da década e de toda a série histórica da PNAD Contínua. Embora os números não possam ser diretamente comparados aos da antiga PNAD, é plausível supor que a pobreza extrema retornou ao patamar de meados dos anos 2000.

Não se pode, evidentemente, imputar com exclusividade ao sistema tributário a responsabilidade pela alta concentração de riqueza no Brasil. Certamente, há fatores outros que contribuem para essa situação. Todavia, o que se pode afirmar, com elevado grau de certeza, é que a tributação no Brasil, da maneira como vem sendo praticada, funciona como verdadeiro obstáculo à promoção de melhores condições aos menos favorecidos.

Assim ocorre porque, em primeiro lugar, se a participação dos tributos diretos no montante arrecadado é baixa, o potencial redistributivo dessas receitas em prol dos mais pobres igualmente será obrigatoriamente baixo. Como visto, a participação do Imposto de Renda (das pessoas físicas) sequer chega a 5% do total arrecadado. Aliás, a participação dos tributos que incidem sobre o patrimônio é menor ainda. Há mais de 30 anos Luiz A. Villela (1987, p. 2) já afirmava que “os impostos patrimoniais brasileiros deixaram de ter participação significativa no total das receitas tributárias e na composição da carga tributária nacional há décadas”.

Ademais, é fato que a progressividade em si tem sido pouco explorada na estrutura normativa dos tributos diretos, provavelmente por causa da resistência de grupos com poder político suficientemente forte para barrar uma progressividade mais incisiva e abrangente, ressaltando-se a seguir os casos do IPTU e do IRPF.

O IPTU pode ser considerado direto (quando devido por pessoas físicas) ou indireto (quando pago por empresas). Ainda que a Constituição de 1988 não vedasse expressamente a sua incidência progressiva, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o RE nº 153.771, em 20/11/1996, entendeu pela impossibilidade da adoção dessa sistemática

[...] quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).

A Emenda Constitucional nº 29, de 2000, instituiu de forma expressa e textual a possibilidade do IPTU ser progressivo em razão do valor do imóvel, bem como ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do bem, ou seja,

quase 12 anos após a promulgação da Constituição de 1988. Porém, mesmo autorizada a progressividade no caso do IPTU, na prática vem se notando um certo caráter regressivo em muitos casos. Nesse ponto, Pedro Humberto Bruno de Carvalho Júnior (2006, p. 11). Assevera que:

O principal motivo da sua regressividade é o fato de as administrações municipais avaliarem os imóveis de maneira regressiva, isto é, os mais valorizados tendem a apresentar uma defasagem maior em relação ao seu valor de mercado que os imóveis de valores mais baixos.

Abaixo reproduz-se quadro elaborado pelo autor supramencionado, segundo dados relativos aos anos de 2002 e 2003:

Valor mediano em % S.M. = salário mínimo						
Região	0 a 2 S.M.	2 a 5 S.M.	5 a 15 S.M.	15 a 30 S.M.	30 a 60 S.M.	+ de 60 S.M.
Norte	2,14	2,26	1,18	2,22	1,22	0,68
Nordeste	1,42	0,50	0,72	0,63	0,45	0,80
Sudeste	2,37	1,52	0,95	0,69	0,61	0,54
Sul	1,55	1,03	0,75	0,60	0,50	0,48
Centro Oeste	1,35	0,92	0,74	0,62	0,50	0,47
Brasil	1,60	1,30	0,88	0,65	0,60	0,57

Prosseguindo, no que tange ao IRPF, houve nítido prejuízo à progressividade no instante imediatamente posterior à vinda da Constituição Cidadã. Nesse tópico, “até o ano de 1987 as alíquotas variavam de 5% a 50% e até o ano de 1988 eram 8 faixas de alíquotas que iam de 0% a 45%” (QUEIRÓZ, 2005, p. 245). Aliás, a qualidade superior da legislação pré-1988, em termos de aptidão para tributar de forma mais equânime as diversas classes de contribuintes, não se dava apenas em vista da presença de um número maior de alíquotas, mas também pela imposição diferenciada segundo a origem do rendimento (v.g. trabalho, aplicações financeiras, dividendos, ganhos de capital, etc.). Sobre o tema, segundo Sacha Calmon Navarro Coelho (2000, p. 457):

Antigamente a lei classificava o rendimento das pessoas físicas em cédulas que iam da letra “A” a “H”. Cada cédula ou rendimento cedular continha suas deduções próprias, que, uma vez feitas, forneciam o rendimento cedular líquido. O somatório dos mesmos constituía a *renda bruta*. A sua vez, a renda bruta sofria os abatimentos das quantias gastas pelos contribuintes para sobreviverem e se aprimorarem junto com seus dependentes. Este sistema foi eliminado a partir de 1989 a título de simplificar as declarações anuais das pessoas físicas. Nota Hugo de Brito Machado que, no entanto, restou modificado

o caráter pessoal do imposto de renda (art. 145 § 1º da CF/88). Tem toda razão. A título de simplificar, o legislador simplificou demais, aumentando a tributação pelo cerceamento arbitrário de abatimentos e deduções, pela adoção de poucas alíquotas progressivas e pela imposição de limites genéricos divorciados da realidade, contra os princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva, em um país de muita desigualdade de renda, por faixas de população e por estamentos etários e familiares (número de dependentes).

Desde 1988, com a Lei nº 7.713, a origem do rendimento nunca mais foi considerada para diferenciar a tributação da renda das pessoas físicas. Atualmente, existem apenas 4 alíquotas, a teor do estabelecido na Lei nº 13.149/2015: até R\$ 1.093,98 (isento); entre R\$ 1.903,99 até R\$ 2.826,65 (7,5%); entre R\$ 2.826,66 até R\$ 3.751,05 (15%); entre R\$ 3.751,06 até R\$ 4.664,68 (22,5%) e acima de R\$ 4.664,68 (27,5%).

Mas não é só. Outro grande elemento neutralizador da progressividade do IRPF é a tributação, exclusivamente na pessoa jurídica, dos lucros e dividendos pagos aos sócios ou acionistas, conforme determina o artigo 10 da Lei nº 9.249/1995. É que, em tais hipóteses, quem suporta o ônus financeiro da exação é a pessoa jurídica e não os respectivos sócios ou acionistas, e, conforme já explanado acima, as empresas dispõem de mecanismos capazes de transferir grande parte dos custos tributários a terceiros – principalmente aos consumidores e empregados.

Nessa toada, concluem Sérgio Wulff Gobetti e Rodrigo Octávio Orair (2016, p. 18)⁶ que “não é preciso grandes análises para perceber que a isenção de dividendos implica renúncia substancial de receitas para o governo e favorece a concentração de renda”. Os mesmos autores ainda enfatizam que:

Em suma, os benefícios tributários aos rendimentos do capital, entre outras assimetrias, contribuem para que o Brasil possua uma das maiores, senão a maior, concentração de renda no topo da distribuição entre todos os países do mundo. Essa situação poderia ser parcialmente revertida pela reinstituição da tributação sobre dividendos. Caso fossem tributados pela atual tabela progressiva, simulamos que o potencial redistributivo do IRPF, mensurado pela queda no índice de Gini, cresceria para cerca de 4%, equiparando-se ao verificado no Uruguai e no México, mas ainda distante da média dos países da OCDE.

Em vista de tantas circunstâncias negativas, Mary Elbe Queiróz (2005, p. 249) preconiza que o

[...] IR previsto na legislação ordinária atual não guarda mais qualquer conexão com os princípios constitucionais e tem consagrado verdadeira injustiça fiscal, à medida que desrespeita a pessoalidade, a capacidade contributiva e a progressividade.

⁶ Ainda segundo os autores (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 17), “observa-se que o volume de dividendos e lucros distribuídos quase dobrou em valores reais, de R\$ 149 bilhões em 2007 para R\$ 287 bilhões em 2013, expansão 41% superior à do PIB. Esses montantes beneficiam 2,1 milhões de pessoas ou 7,9% dos declarantes, com maior presença nos estratos do topo, onde chegam a representar 72,0% dos declarantes de rendimentos superiores a R\$ 1,3 milhão”.

5 Considerações finais

Não se pode olvidar que a construção de uma sociedade menos desigual e sem miséria depende, ainda que não de modo exclusivo, de recursos com origem na tributação, sendo que a maneira como o sistema exacional é edificado influencia diretamente não apenas o volume arrecadado, mas também a intensidade com que ocorre a distribuição de riqueza em benefício dos mais necessitados.

Do que foi exposto no texto é possível concluir, sem sombra de dúvida, que o sistema tributário brasileiro vem operando contrariamente ao desejado pelo constituinte de 1988, na medida em que, há tempos, os mais pobres vêm sendo significativamente mais onerados do que aqueles em melhores condições econômicas. O sistema também não vem conseguindo proporcionar um nível minimamente aceitável de distribuição de riqueza.

Considerando que a maior parte da população brasileira é pobre, bem como o fato da tributação indireta corresponder a algo próximo de 75% do total arrecadado e, ainda, a baixa exploração da progressividade nos tributos diretos, há uma grande chance dos pobres estarem financiando parcela relevante das políticas públicas desenhadas com objetivo de amenizar a própria pobreza, num círculo vicioso de difícil reversão⁷.

Infelizmente, eventuais soluções para corrigir as iniquidades retratadas no texto são complexas e certamente ultrapassam o espectro estritamente jurídico. Será preciso uma conjunção de esforços políticos, econômicos e sociais, tudo com foco num prazo bastante alongado, visto não ser possível modificar da noite para o dia (leia-se de uma década para outra) instituições que dão azo a um *modus operandi* solidificado há tempos imemoriais.

Propostas simplistas que desconsiderem os efeitos sobre a economia (no curto e no longo prazo) devem ser descartadas. De nada adiantaria, por exemplo, majorar significativamente as alíquotas do IRPF. Além do risco de ocorrer fuga de capitais (como já ocorreu na Europa)⁸, o volume arrecadado não aumentaria tanto, visto que o IRPF representa uma parcela que beira meros 5% do total de ingressos nos cofres públicos.

Outra possibilidade, aliás, bastante controversa, é a instituição do imposto objeto do artigo 153, VII, da Constituição, incidente sobre as grandes fortunas. Ocorre que, dependendo de como essa exação vier à tona, igualmente haveria o risco de fuga de capitais do país, promovendo ainda mais danos à nossa economia já um tanto combalida.

Como a arrecadação tributária está diretamente ligada à quantidade de atos (ou situações) de índole econômica ocorridos num certo período, não se pode ignorar eventuais efeitos negativos que a criação ou majoração de tributos possa gerar sobre os agentes econômicos e o próprio mercado como um todo. As mudanças necessariamente precisam ser lentas e graduais.

⁷ Conforme Fernando Rezende e Armando Cunha (2002, p. 111) "cerca de 40% do total das transferências monetárias e não-monetárias recebidas pelos domicílios pobres tendem a retornar ao governo na forma de tributos pagos por esses mesmos domicílios".

⁸ Para aprofundar, vide estudo de SILVA, 2015.

Todavia, ainda que existam árduas dificuldades para que alguma melhora ocorra nesse estado de coisas, isso não significa que os agentes políticos e a própria sociedade civil organizada devam candidamente se conformar com a desigualdade e a injustiça tributária imperante no Brasil, sendo imprescindível a busca de possíveis soluções factíveis e que possam ser absorvidas dentro do nosso “grande pacto social”, mesmo que os resultados sejam percebidos apenas pelas futuras gerações. A inação, como parece estar ocorrendo, é imperdoável.

Referências

AFONSO, José Roberto R.; SOARES, Júlia Moraes; CASTRO, Kleber Pacheco de. Diagnóstico atualizado da tributação da propriedade no Brasil. *Revista de Administração Municipal*, ano 58, n. 281, p. 51-65, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.ibam.org.br/media/arquivos/revistaibam281.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *O dedo na ferida*. São Paulo: Record, 2010.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica Editora, 1951.

BIRD, Richard M. A new look at indirect taxation in developing countries. *World Development*, v. 15, n. 09, 1987, p. 1.151-1.161.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9249.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.149, de 21 de julho de 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13149.htm#art2. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *A progressividade no consumo: tributação cumulativa e sobre o valor agregado*. Estudo Tributário n. 04, março de 2002. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/a-progressividade-no-consumo-2002>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *O imposto de renda das pessoas físicas no Brasil*. Estudo Tributário n. 14, dez. de 2004. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/o-imposto-de-renda-das-pessoas-fisicas-no-brasil-2004>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 153.771/MG. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109830/false>. Acesso em: 01 maio 2023.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. *IPTU: progressividade, arrecadação e aspectos extra-fiscais*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 1251, dez. de 2006. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2185/1/TD_1251.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUE, John F. *Tributação indireta nas economias em desenvolvimento*. Trad. Camila Perret. São Paulo: Perspectiva, 1974.

FRAGA, Henrique Rocha. *O imposto territorial urbano e o princípio da progressividade*. São Paulo: IOB, 2007.

FRANCISCO NETO, João. *Sistema tributário nacional na atualidade e a evolução histórica dos tributos*. São Paulo: Impactus, 2008.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Progressividade tributária: a agenda negligenciada*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 2.190, abr. de 2016. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6633/1/td_2190.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

GODOI, Marciano Seabra de. Concentração de renda e riqueza e mobilidade social: a persistente recusa da política tributária brasileira a reduzir a desigualdade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 235, jul./set. 2022, p. 61-74. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p61.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Orgs.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 141-167.

LEMGRUBER, Andrea. A tributação do capital: o imposto de renda da pessoa jurídica e o imposto sobre operações financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Arvate (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 206-230.

LIVINGSTON, Michel A. Progressividade e *solidarietà*: uma perspectiva norte-americana. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 190-197.

MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson, 2007.

MARTINS, Marcelo Guerra. *Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

MICHELS, Gilson Wessler. Desenvolvimento e sistema tributário. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento* São Paulo: Singular, 2005, p. 225-258.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de Godoi (Orgs.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Princípio constitucional da capacidade contributiva*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

NUNES, Cleucio Santos. *Justiça e equidade nas estruturas endógena e exógena da matriz tributária brasileira*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21828/1/2016_CleucioSantosNunes.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

PAYERAS, José Adrian Pintos. *A carga tributária no Brasil e sua distribuição*. 2008. Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Escola Superior de Agronomia Luiz de Queiroz. Universidade de São Paulo. Piracicaba. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-12082008-115340/pt-br.php>. Acesso em: 22 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo Mendes; CÂNDIDO JÚNIOR., José Oswaldo. Progressividade fiscal no Brasil. *Boletim de Desenvolvimento Fiscal do IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, n. 02, p. 43-48, set. 2006. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/Boletim_desenv_fiscal/bdf_02.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

PIANCASTELLI, Marcelo; NASCIMENTO, Edson Ronaldo. Imposto de renda da pessoa física. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Arvate (Orgs.) *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 231-251.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2012.

QUEIRÓZ, Mary Elbe. O imposto sobre a renda das pessoas físicas e as distorções na sua incidência – injustiça fiscal? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O tributo – reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 235-249.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando. *Contribuintes e cidadãos: compreendendo o orçamento federal*. São Paulo: FGV, 2002.

ROHENKOHL, Marcelo Saldanha. *O princípio da capacidade contributiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROLAND, Débora da Silva. *Possibilidade jurídica da progressividade tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 09-52.

SAMPAIO, Maria da Conceição. Tributação do consumo no Brasil: aspectos teóricos e aplicados. In: BIDERMAN, Ciro; AVRATE, Paulo (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 188-205.

SANDRI, Guilherme Sangalli. *Justiça distributiva fiscal: o princípio da capacidade contributiva como fundamento para uma tributação justa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, Jules Michelet Pereira Queiroz. *Imposto sobre grandes fortunas, fuga de capitais e crescimento econômico*. Brasília. Câmara dos Deputados, maio de 2015. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/26180/imposto_fortunas_michelet.pdf?sequence=1. Acesso em: 01 maio 2023.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de; MEDEIROS, Marcelo. *The concentration of income at the top in Brazil, 2006-2014*. Brasília: International Policy Centre for Inclusive Growth, 2017. Disponível em: http://www.ipcig.org/pub/eng/WP163_The_concentration_of_income_at_the_top_in_Brazil.pdf. Acesso em: 22 abr. 2023.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães G. Ferreira de; HECKSHER, Marcos; OSÓRIO, Rafael G. *Um país na contramão: a pobreza no Brasil nos últimos 10 anos*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica n. 102, dez. 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11563/7/NT_102_Disoc_Um_Pais.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIANNA, Salvador Werneck; MAGALHÃES, Luis Carlos G.; SILVEIRA, Fernando Gaiger; TOMICH, Frederico Andrade. *Carga tributária direta e indireta sobre as unidades familiares no Brasil: avaliação de sua incidência nas grandes regiões urbanas em 1996*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 757, set. 2000. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2357/1/TD_757.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

VILLELA, Luiz A. *Tributação da renda e do patrimônio*. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, texto para discussão n. 102, mar. de 1987. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2992/1/TD_105.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

Notas sobre o conceito de crime político na Constituição Federal de 1988 e os crimes contra o Estado Democrático de Direito

Notes on the concept of political crime in the 1988 Federal Constitution and crimes against the Democratic Rule of Law

Paulo Bueno de Azevedo

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e na Universidade de Mogi das Cruzes. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

RESUMO:

O presente trabalho versa sobre os possíveis conceitos de crime político na Constituição Federal, mediante a análise de sua evolução histórica, espécies e respectivas teorias. Ademais, busca-se investigar a natureza de delito político ou não dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, sucessores dos tipos penais previstos na revogada Lei de Segurança Nacional. A metodologia consistirá na análise qualitativa da Constituição Federal e de leis infraconstitucionais, bem como da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do crime político. No que se refere aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, ainda muito recentes no ordenamento, serão examinadas as duas posições já firmadas no âmbito doutrinário acerca de sua natureza, concluindo-se que tais delitos devem ser considerados políticos, com as ressalvas previstas na legislação.

PALAVRAS-CHAVE:

Crime político. Constituição. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT:

The present work deals with the possible concepts of political crime in the Federal Constitution, through the analysis of its historical evolution, species and respective theories. In addition, it aims to investigate the nature of a political offense or not of crimes against the Democratic State of Law, successors of the criminal types provided for in the repealed National Security Law. The methodology will consist of a qualitative analysis of the Federal Constitution and of infraconstitutional laws, as well as doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court about political crime. Regarding crimes against the Democratic State of Law, still very recent in the legal system, the two positions already established in the doctrinal scope regarding their nature will be examined, concluding that these crimes must be considered political, with the exceptions provided for in the legislation.

KEYWORDS:

Political crime. Constitution. Democratic State of Law.

SUMÁRIO:

1 Introito. 2 Evolução e espécies de crimes políticos. 3 O crime político no Estado Democrático de Direito: argumentos contrários e favoráveis. 3.1 A possibilidade da existência de crime político na vigência de um Estado Democrático de Direito, conforme previsão da Constituição Federal. 4 Conclusões. Referências.

1 Introito

No ano do trigésimo quinto aniversário da Constituição Federal de 1988, ainda existem temas a serem discutidos e aprimorados, a fim de permitir o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Especialmente no contexto nacional atual, com forte polarização político-ideológica, potencializada pela internet, suas redes sociais e outros meios que propiciam maior capacidade de comunicação e, por conseguinte, de discussões, críticas e até demonstrações de ódio de parcela da população, é oportuno revisar o conceito de crime político, utilizado de uma forma um tanto ambígua em diferentes trechos da Carta Magna.

De fato, a Constituição de 1988 utilizou a expressão “crime político” em três dispositivos diferentes, sem maiores especificações sobre o seu conteúdo. O problema é que, diante do que prevê cada uma das normas constitucionais, parece que o *delito político* tem pelo menos dois significados na Lei Maior.

Nesse diapasão, o inciso LII do artigo 5º da Constituição estabelece que “não será concedida a extradição de estrangeiro por *crime político* ou de opinião”. Note-se que, ao vedar a extradição de estrangeiro em tal hipótese, dando, ainda, o mesmo tratamento reservado ao delito de opinião, observa-se que a Carta Magna nega legitimidade ao processo por crime político, onde quer que ocorra. Tanto que será negada a extradição, se o país requerente tiver processado o extraditando por crime político.

Contudo, no artigo 109, inciso IV, a Constituição estabelece que, aos juízes federais, compete processar e julgar, dentre outros, os *crimes políticos*. De outro lado, no artigo 102, inciso II, alínea “b”, o texto constitucional prevê ser de competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento, em sede de recurso ordinário, do *crime político*. Ora, se, para fins de extradição, a Lei Maior parece negar legitimidade aos delitos políticos, em outro prisma ela parece admitir a possibilidade do processo de crimes políticos no Brasil, colocando-os sob a competência da Justiça Federal e, em sede recursal, do próprio Supremo Tribunal Federal, com o que, na prática, legitima o processo por tais infrações em nosso país.

Surge, então, uma aporia na Constituição em relação ao crime político. Trata-se de figura legítima, admitida em nosso ordenamento jurídico, ou inadmissível, devendo ser extirpada ou eliminada do texto constitucional? Ou é possível uma terceira via, dando ao crime político um significado diferente, a depender do seu contexto?

Tais perguntas são relevantes, especialmente diante da recente introdução, pela Lei nº 14.197/2021, no Código Penal, dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. No momento atual, a doutrina pátria se divide quanto à natureza política ou não de tais crimes. A resposta a tal problema será determinante para o tratamento de diversas questões práticas, tais como competência, recurso cabível contra a decisão, direcionamento de *habeas corpus* etc.

Daí a justificativa e o objetivo do presente artigo, que tentará oferecer uma solução adequada para esses questionamentos. Para tanto, utilizar-se-á, predominantemente, uma metodologia de análise qualitativa, investigando-se a evolução histórica do crime político e seus possíveis significados, bem como as

posições doutrinárias recentes sobre a natureza dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, além de serem examinadas a legislação infraconstitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referentes aos delitos políticos.

2 Evolução e espécies de crimes políticos

O crime político, enquanto objeto de estudo da dogmática penal, tem recebido tratamento e conceitos díspares ao longo da História. O penalista italiano Francesco Carrara (1948, p. 502-503), por exemplo, negou-se a tratar o delito político no âmbito dogmático, aduzindo que não haveria possibilidade de construir um sistema filosófico penal com princípios absolutos em relação a tal ilícito, que seria marcado pelas contingências.

De fato, o argumento do mestre de Pisa é deveras relevante. Em uma área de intersecção entre Direito e política, não é incomum o fato de haver menos certezas em relação ao que pode ou não pode ser considerado delituoso. Aliás, não raras vezes na História, algumas revoluções são consideradas legítimas ou ilegítimas, conforme se sagrem ou não vencedoras. O que se pensaria hoje da Revolução Francesa, caso não tivesse obtido êxito na derrubada do Estado absolutista? Não seriam os revolucionários tratados como criminosos políticos? Evidentemente, o sucesso ou o fracasso na derrubada de um governo ou de um sistema de governo pode afetar o juízo histórico acerca dos que se envolveram em tais acontecimentos. No entanto, mesmo na derrota, pode-se entrar para a História como mártir de uma causa política. No Brasil, temos diversos exemplos, desde Tiradentes, o maior protagonista da Inconfidência Mineira¹, até aqueles que se opuseram ao regime militar ditatorial instalado no país.

Contudo, não obstante, o argumento de Carrara, com a devida vênia, não é decisivo. O fato de haver maior dificuldade em se estabelecer princípios absolutos não pode elidir a missão de esclarecimento da ciência jurídica penal. Se assim fosse, a dogmática estaria se omitindo justamente quando mais necessária, isto é, no plano do movediço terreno dos crimes que atentam, sobretudo, contra o governo instituído². Ora, a ausência da doutrina, nesse ponto, facilitaria o casuismo e o arbítrio no julgamento de tais delitos. Logo, não faltariam mártires, reais ou inventados, que cometessem esses crimes, sendo prejudicados por possíveis julgamentos arbitrários. A saída para evitar a problemática de narrativas políticas falsas é justamente o maior rigor da técnica jurídica, no plano teórico,

¹ "Os inconfidentes começaram a preparar o movimento de rebeldia nos últimos meses de 1788, incentivados pela expectativa do lançamento da derrama. Não chegaram, porém, a tentar a realização de seus planos. Em março de 1789, Barbacena decretou a suspensão da derrama, enquanto os conspiradores eram denunciados. Seguiram-se as prisões em Minas e a de Tiradentes no Rio de Janeiro. O longo processo realizado na capital da colônia só terminou em 18 de abril de 1792. Tiradentes e vários outros réus foram condenados à força. Algumas horas depois, uma carta de clemência da rainha dona Maria transformava todas as penas em expulsão do Brasil, com exceção do caso de Tiradentes. Na manhã de 21 de abril de 1792, Tiradentes foi enforcado como protagonista de um cenário típico das execuções do Antigo Regime. Entre os ingredientes desse cenário se incluíam a presença da tropa, discursos e aclamações à rainha. Seguiu-se a retalhação do corpo e o corte de sua cabeça, exibida na praça principal de Ouro Preto." (FAUSTO, 2021, p. 65).

² De acordo com Jeffrey Ian Ross (2012, p. 30), uma grande proporção dos delitos políticos tem por característica a contrariedade ao governo constituído.

aliada à realização de um devido processo legal, com observância de todas as garantias constitucionais e legais, no plano fático de julgamentos reais.

Todavia, justamente quanto a esse aspecto, do devido processo penal, Carrara (1948, p. 509) faz uma importante crítica e advertência, no que toca à imparcialidade do Poder Judiciário:

Recria-se o ânimo e a consciência do jurista se sente satisfeita, quando se sabe diante de uma junta de magistrados, aos quais poderá apresentar animosamente as argumentações e princípios sustentados pelo escritor, com a certeza de que serão examinados e discutidos fria e imparcialmente, e que acaso tenham a virtude de fazer pronunciar um julgamento conforme os supremos princípios da justiça. Porém, o conselheiro não é o amor à justiça, senão o interesse e o temor; quando os juízes não são magistrados imparciais, senão as mesmas partes interessadas, que buscam as razões para decidir em favor das próprias forças, das próprias necessidades, dos próprios temores ou esperanças, em realidade, resulta pueril o intento de um jurista que desde o seu humilde escritório pretende ditar preceitos àqueles que nunca estarão dispostos a dar-lhes ouvidos³.

O problema antevisto por Carrara já no século XIX, no tocante à imparcialidade dos magistrados em relação aos crimes políticos, até hoje é objeto de preocupação e não deixa de ser um grande risco à legitimidade dos Poderes constituídos, em especial à do Judiciário. Mas, a solução do penalista italiano de ignorar a categoria do crime político, na realidade, mais contribui para um possível arbítrio do que para uma solução efetivamente democrática. No caso, tem-se, aqui, um dever fundamental da dogmática de esclarecer o tanto quanto possível o conteúdo do crime político, a fim de definir os limites do poder estatal. E, no caso, os membros do Poder Judiciário terão a árdua missão de neutralizar as suas próprias paixões e interesses políticos, proferindo o julgamento mais técnico dos crimes políticos, conforme a ciência penal e processual penal. Tanto maior a legitimidade do julgador quando se verificar que ele julga o crime político consoante a boa técnica de qualquer outro delito comum. De outro lado, quanto mais afastar-se da dogmática penal, mais o magistrado se aproximará da temerária parcialidade criticada por Carrara⁴.

³ Tradução livre do seguinte trecho: "Se recrea el ánimo y la conciencia del jurista se siente satisfecha, cuando se sabe ante una junta de magistrados a los cuales podrá presentar animosamente las argumentaciones y los principios sostenidos por el escritor, con la certeza de que serán examinados y discutidos fría e imparcialmente, y que acaso tengan la virtud de hacer pronunciar un juicio conforme a los supremos principios de justicia. Pero el consejero no es el amor a la justicia, sino el interés y el temor; cuando los jueces no son los magistrados imparciales, sino las mismas partes interesadas, que buscan las razones para decidir en el cómputo de las propias necesidades, de los propios temores o esperanzas, en realidad, resulta pueril el intento de un jurista que desde su humilde escritorio pretende dictar preceptos a los que nunca nadie estará dispuesto a prestarles oído." (CARRARA, 1948, p. 509).

⁴ Sobre o entendimento de que não caberia ao Estado definir o crime político, cumpre recordar a perfeita objeção de Boaventura de Sousa Santos (1971, p. 51): "A esta posição pode objetar-se que, para além das especificidades de tratamento, será sempre necessária a construção do crime político, em primeiro lugar porque todos reconhecem que, quando a atividade criminosa se dirige contra a estrutura política, o Estado, ao julgá-la através de seus órgãos, está de certa maneira a ser juiz em causa própria, e isso deve impelir os juristas a limitar, pelos meios ao seu alcance, a tipificação desses crimes, a fim de evitar abusos; em segundo lugar, a distinção entre crimes políticos e crimes comuns é hoje fundamentalmente para efeitos de extradição, pois, como se sabe, é princípio geralmente aceite que a extradição não deve ser concedida quando estiver em causa um crime político".

Apesar da negativa quanto ao aspecto dogmático do crime político, Carrara deu a sua contribuição ao comentar a evolução histórica de tal infração, dividindo-a em três fases.

Em sua visão, no primeiro período, o embrião do delito político nos povos mais antigos, chegando até a Roma republicana, está na descrição da *perduellio* romana⁵.

Ao período antigo, sucede o médio, que inclui todo o intervalo transcorrido desde o Império Romano até 1786 e, portanto, a descrição do terrível e fantasmagórico *crime de lesa-majestade*. Nos dizeres do mestre de Pisa (CARRARA, 1948, p. 500-501), seria terrível, por se apoiar sobre milhões de cadáveres, e fantasmagórico, porque substituiu, com as suas regras excepcionais e ferozes, os preceitos da Justiça pelos fantasmas do medo.

Já o terceiro e último período é o contemporâneo, em que se incluía o intervalo transcorrido desde o ano de 1786 (época da primeira e solene abolição dos crimes de lesa-majestade) até os nossos dias. Na nova noção de crime político, aparece o delito contra a segurança do Estado, com a sua divisão empírica de ofensas à segurança interna e à segurança externa do país.

Essas etapas históricas, conforme Carrara, também são utilizadas por Mariano Ruiz Funes (1945, p. 13-15), em sua clássica obra sobre a evolução do delito político. Aprofundando o estudo, Funes (1945, p. 17) observa o arbítrio existente em relação às leis romanas sobre os crimes de lesa-majestade. Destaque-se a lei Julia, de Cesar, posteriormente ampliada por Augusto, para agregar novas figuras delitivas, como vender ou queimar uma estátua do imperador, qualquer insulto às imagens imperiais, bem como excentricidades, como o crime de desnudar-se ou vestir-se perante uma estátua do imperador, ou levar uma moeda com a efígie de Augusto a qualquer lugar destinado à satisfação das necessidades fisiológicas ou de prazeres voluptuosos (*latrinae aut lupanari*).

Divisão semelhante também foi feita por René Garraud, consoante mencionado por Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (1993, p. 71), em sua relevante obra sobre crimes políticos:

GARRAUD divide sua evolução histórica em três fases. A primeira, chamada de *bárbara* ou *fetichista*, segundo a qual todo atentado aos interesses gerais da tribo, aos seres venerados e à religião era objeto de incriminação. À segunda – de triste memória, por tangenciar todo e qualquer princípio racional de aplicação do direito – chama ele de *despótica*, onde sobressai a figura do crime de Lesa-Majestade, considerado como todo ataque direto ou indireto ao soberano. Na última, a *fase política*, esses crimes tornam-se crimes contra a segurança do Estado, surgindo a moderna divisão entre os crimes contra a sua segurança interna e os crimes contra a sua segurança externa.

Particularmente, com os crimes de lesa-majestade, constata-se que esses três períodos não se referem propriamente a uma linha do tempo linear e estanque. Mesmo que não recebam esse nome, ainda no passado recente é

⁵ Ensina Anselm von Feuerbach (2022, p. 102) que o autor de crime de alta traição seria inimigo do Estado, ou seja, o *perduellis* ou *hostis*. De outro lado, conforme Theodor Mommsen (2019, p. 275), *perduellio* significava o ato de hostilidade contra a pátria.

possível verificar que existem países que continuam criminalizando e censurando posicionamentos críticos ao governo⁶.

Pode-se dizer, no entanto, que a última etapa, em que se visa à tutela da segurança ou à soberania externa ou interna do Estado, incluindo-se, no último caso, os atentados contra o regime democrático e as tentativas de derrubada de um governo legitimamente constituído, representa, ainda hoje, a hipótese mais aceita de crimes políticos.

Em razão disso, é possível entender que a Constituição Federal de 1988, ao proibir a extradição em relação ao crime político (artigo 5º, inciso LII), tomou como referência o *crime político como delito de lesa-majestade*, ainda hoje existente no mundo, com tipificações arbitrárias que atentam contra direitos fundamentais das pessoas, a exemplo da liberdade de expressão, da liberdade de imprensa, do direito de crítica, do direito de oposição democrática ao governo constituído etc.

Já os dispositivos constitucionais relacionados à competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso IV) e à competência do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso ordinário (artigo 102, inciso II, alínea "b") referem-se aos delitos contra a segurança ou a soberania externa (ou seja, em relação a outros países) e contra a segurança interna (de maneira geral, infrações que ameaçam o Estado Democrático de Direito). Como se verá adiante, essa foi a posição do Supremo Tribunal Federal em relação aos crimes contra a segurança nacional previstos na Lei nº 7.170/1983, recentemente revogada pela Lei nº 14.197/2021, a qual introduziu, no Código Penal, os crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Assim, entendendo-se o crime político como um conceito equívoco, é possível compreender e resolver a aparente aporia mencionada na introdução do presente trabalho. Enquanto a Constituição veda a extradição no caso de crimes políticos arbitrários, ao mesmo tempo ela reconhece a possibilidade de sua existência legítima, conferindo a responsabilidade pelo seu julgamento à Justiça Federal, que, essencialmente, já é o juízo competente para infrações que atentem contra a União Federal, além de estabelecer um rito mais célere para o seu julgamento, com a previsão do recurso ordinário direto à Suprema Corte, o que é mais do que compreensível diante da premência do julgamento de condutas que violem ou ponham em risco a soberania estatal, externa ou interna.

Não obstante, com o advento da Lei nº 14.197/2021, parcela da doutrina tem se posicionado, agora, pela incompatibilidade de crimes políticos com o regime democrático. Tal entendimento, com os seus pontos falhos, será analisado em seguida.

3 O crime político no Estado Democrático de Direito: argumentos contrários e favoráveis

Neste tópico, será discutida a posição de parcela da doutrina que nega aos delitos contra o Estado Democrático de Direito a natureza de crimes políticos.

⁶ Para uma breve noção da situação, cite-se a notícia "Os 10 países que mais censuram" (*Committee to Protect Journalists*, 2019).

O argumento principal é o de que não seriam admitidos crimes políticos em um Estado Democrático de Direito, eis que o conceito de democracia seria incompatível com o de um Direito Penal político ou com a existência de presos políticos. Também existe a argumentação no sentido de que crimes políticos não poderiam ser colocados no âmbito do Código Penal, além de uma fundamentação pelas consequências, visto que o Código Penal traria um tratamento mais benéfico para os crimes políticos, impossibilitando, por exemplo, a reincidência em tal hipótese (artigo 64, inciso II)⁷.

Contudo, não obstante a autoridade de seus defensores, ver-se-á que tais argumentos partem de premissas equivocadas e, de modo geral, desconsideram toda a evolução e as espécies de crimes políticos no decorrer da História, basicamente cravando no delito político o seu pior rótulo, isto é, a lesa-majestade.

Em primeiro lugar, urge afastar a ideia de um Direito Penal político, eis que a previsão de crimes políticos não politiza o Direito. Se a característica dos crimes tipificados contaminasse o Direito Penal, ter-se-ia a hipótese teratológica, quase cômica, de um Direito Penal homicida ou corrupto, diante da tipificação dos crimes contra a vida e de corrupção. Um Direito Penal *político*, no mau sentido da palavra, significaria o exercício do poder punitivo orientado pelo intuito de perseguição a adversários políticos ou críticos do governo constituído. A previsão de crimes políticos, de acordo com os princípios penais, não traz qualquer óbice ao Estado Democrático de Direito.

De outro lado, não parece correto dizer que não poderia haver crimes políticos no Código Penal. Veja-se, por exemplo, o comentário de Cezar Roberto Bittencourt (2023, p. 304) sobre os delitos introduzidos pela Lei nº 14.197/2021, aduzindo que seria uma “heresia” colocar os crimes políticos no âmbito do Código Penal:

O objetivo fundamental desta lei nova foi exatamente estabelecer uma *ruptura definitiva* com o vetusto diploma legal revogado (Lei 7.170/83), especialmente visando afastar a natureza de *crimes políticos*, como era naquela lei, cuja demonstração mais eloquente dessa pretensão do legislador foi a ousadia de incluí-los no Código Penal que, por tradição histórica, nunca tratou de *crimes políticos*, não seria agora que o legislador cometeria uma heresia dessa natureza. Aliás, o próprio legislador, que sabe disse, se os considerasse como *crimes políticos*, não os teria incluído no Código Penal.

Curiosa a escolha do termo “heresia”, que remete à infração cometida contra a fé ou contra um dogma da Igreja. Curiosa, porque o insigne penalista não trouxe nenhum argumento no sentido da impossibilidade de previsão do crime político no Código Penal, apenas referindo a “tradição histórica”. Mas qual tradição histórica seria exatamente essa? A tradição histórica apenas e tão somente do atual Código Penal? Porque, como lembra Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (1993, p. 96-97), o primeiro Código Penal Republicano, de 1890, previa os crimes políticos, dividindo-os em crimes contra a existência política da República e crimes contra a segurança interna da República, sucedendo, assim, os delitos políticos do Código Criminal do Império, de 1830 (crimes contra a existência política do Império, contra a independência, integridade e dignidade da Nação, contra a Constituição do Império e forma de seu governo, contra o Chefe do Governo, contra o livre exercício dos poderes políticos, contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos

⁷ “Art. 64. Para efeito de reincidência: [...] II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

dos cidadãos, e contra a segurança interna do Império). É verdade, entretanto, que o atual Código, até então, não previu expressamente os crimes políticos, mas parece um tanto quanto forçado falar em “tradição histórica” de um Código só, mesmo que longo como o atual.

Por outro lado, ainda que realmente houvesse a dita tradição, qual seria a razão de excluir tais infrações do Código? Deveria haver algum motivo racional e lógico para tanto, não se podendo recorrer apenas a *dogmas* ou *heresias*. Aliás, de certa maneira, o Código Penal já prevê os crimes políticos, limitando-se a dizer que eles não serão considerados para fins de reincidência, como visto acima. Nem se queira dizer que isso significa que o Código não aceita a existência dos crimes políticos, pois tal conclusão indicaria, de igual sorte, que o referido diploma legal também não aceitaria a existência dos crimes militares próprios (os quais são citados ao lado dos políticos, no artigo 64, inciso II, do Código Penal), o que não faria qualquer sentido lógico. Se houvesse a intenção de se coibir a tipificação de tais crimes, o Código teria o feito expressamente, da mesma forma como consta de outros dispositivos, como exemplo, os casos em que o aborto não é punido (artigo 128) ou a específica exclusão dos crimes de difamação ou injúria (artigo 142). O legislador, assim, apenas quis dar um tratamento diferenciado para tais crimes, e as possíveis razões para tanto serão exploradas mais adiante.

Ademais, conforme lição de Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (1993, p. 136):

[...] é hoje opinião assente, pelo menos entre aqueles comprometidos com a feitura de um direito penal democrático, a de que torna-se despicienda a elaboração de lei extravagante para a caracterização dos crimes políticos, bastando apenas inseri-los em título próprio do Código Penal comum, a exemplo do que sucede na maioria das legislações europeias – e essa é uma observação cuja ênfase nunca é excessiva.

De resto, invocando o raciocínio feito já no último tópico, o crime político deve ser objeto da dogmática penal, até com o objetivo de restringi-lo para fins exclusivos de defesa da democracia, sem que se dê margem para tipificações excessivas ou arbitrárias. Nesse sentido, é até recomendável a sua inclusão no Código Penal, até para que se afaste qualquer possibilidade de legislação de exceção característica de *lesa-majestade*, a fim de não se aplicar os princípios e preceitos da Parte Geral do Código Penal.

Desse modo, tem-se como refutado o argumento da impossibilidade de previsão dos crimes políticos no Código Penal.

Veja-se, então, o argumento principal, no sentido de que haveria incompatibilidade do crime político no âmbito de regimes democráticos. Aqui, será destacada a argumentação de Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras, que, nos dizeres de Cezar Roberto Bittencourt (2023, p. 305), possuem um livro que esgota a matéria com brilhantismo.

Curiosamente, no início de sua argumentação, Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras (2021, p. 40), citando um artigo de Gustavo Pamplona, aduzem que a Lei nº 14.197/2021 fez aquilo que Carlos Canedo há tempos defendia: normas protetoras do Estado contra delitos cometidos de forma pacífica e não violenta foram finalmente abolidas. Assim, houve uma citação indireta da obra de Canedo, com o intuito de aparentemente reforçar o ponto de que os crimes da Lei

nº 14.197/2021 não seriam políticos. Na verdade, Gustavo Pamplona (2009, p. 23), em seu artigo em que defende que não pode haver crime político em uma democracia, cita um trecho da obra de Canedo, no qual ele sustenta justamente o fato de que manifestações pacíficas e não violentas não deveriam ser punidas. Mas, em seguida à citação, Gustavo Pamplona menciona que, embora parta das conclusões de Canedo, ele, ao final, proporá uma acepção de crime político em sentido contrário⁸.

Cumpre, então, ampliar um pouco a citação de Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (1993, p. 69-70), a fim de se compreender exatamente a sua posição:

Aconselha-se, outrossim, evitar-se, nas tratativas de crimes políticos, penalidades abusivas. A democracia importa na dessacralização do Estado, que não pode ser objeto de idolatria, como preconizam os regimes totalitários. Postulando racionalidade e proporcionalidade na aplicação da pena, o princípio da humanidade, ligado à política criminal, acompanha o processo histórico de constituição do Estado liberal, constituindo-se em garantia fundamental do condenado. Está ele hoje presente no nosso texto constitucional, que proíbe a imposição das penas de morte e de prisão perpétua. [...] A nossa conclusão é a de que somente dentro desses marcos é que soa admissível tratar os crimes políticos, isto é, dentro de um Direito Penal do fato, no qual são evitados tipos penais abertos e determinados, onde a problemática do bem jurídico – interpretada de acordo com os valores democraticamente contidos na Constituição – adquire *status* privilegiado como princípio garantidor e limitador da atuação estatal. Isso significa também que a lesão ou perigo concreto devem estar relacionados a um bem jurídico concreto e não a um “dever de fidelidade ao Estado”, sem se perder de vista a necessidade de moderação da reação punitiva, em consonância com a culpabilidade demonstrada pelo agente. Essas considerações nos encorajam a postular a abolição de normas penais protetoras do Estado contra delitos cometidos de forma pacífica e não violenta, pois não cabe ao Estado democrático reprimir condutas que se manifestam dentro de cânones constitucionais previamente consignados. Isso nos leva à conclusão, nada original – já se disse que Estados autoritários não possuem inimigos ilegítimos –, de que somente um Estado democrático possui autoridade para reprimir, desde que observadas as limitações expostas, a criminalidade política, *quando manifestada através de violência*.

Observando-se a citação em um contexto mais amplo do que o que foi utilizado por Pamplona⁹, verifica-se que Canedo não está a dizer não ser possível a punição de crimes políticos em uma democracia. Com base nos princípios por ele citados, de humanidade, culpabilidade e outros, a sua conclusão é no sentido de que, somente em uma efetiva democracia, existe a possibilidade de punição legítima dos crimes políticos, desde que praticados por meio de violência, ou seja, sem fundamentação em supostos deveres de idolatria ou fidelidade ao Estado, em que meras críticas ou manifestações pacíficas de oposição política são penalmente reprimidas. Aliás, somente nesse sentido é que se pode dizer que a Lei nº 14.197/2021 foi ao encontro do que Canedo defendeu em sua obra, mais

⁸ “De fato, a presente proposta parte das conclusões de Canêdo. Todavia, como se verá ao final, em sentido contrário apresenta uma nova proposta de releitura do conceito de crime político previsto na Constituição.” (PAMPLONA, 2009, p. 23)

⁹ No seu artigo, Pamplona (2009, p. 23) citou apenas a primeira oração do último parágrafo, iniciando por “Essas considerações” até “consignados”.

especificamente com a inserção do artigo 359-T do Código Penal¹⁰, que justamente veda a repressão de manifestações políticas pacíficas.

Mas, a par de não poder ser usada a obra de Canedo como argumento de autoridade, urge, então, enfrentar o raciocínio de que a existência de crimes políticos não seria compatível com o Estado Democrático de Direito.

Cite-se este relevante trecho da obra de Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras (2021, p. 41-42), também aproveitando parte da argumentação de Gustavo Pamplona (2009, p. 24):

Todavia, há ainda a possibilidade de se considerar *político* o *crime* – é dizer, um fato típico e ilícito – cometido em nosso país, ainda que o alvo da conduta seja o próprio Estado Democrático de Direito? Um *crime* assim merece ser tratado com benignidade, de modo a impedir, por exemplo, a extraterritorialidade da lei penal brasileira, os efeitos da reincidência (art. 64, II, CP) ou que o condenado seja obrigado a trabalhar durante o cumprimento da pena (art. 200, Lei 7.210/1984)? A resposta somente pode ser negativa. Gustavo Pamplona apresenta interessante raciocínio, com o qual concordamos parcialmente. A começar, traz a óbvia (mas que necessita ser reafirmada) constatação de que a Constituição Federal postula que o Estado brasileiro constitui-se “de Direito”, o que significa, no mínimo, que a Carta da República tem por princípio a “conformidade ao Direito”; e, noutro extremo, o delito é uma conduta ilícita por definição. Então, pergunta: como pode a Constituição, que é “de Direito”, ter um dispositivo de proteção ao agente “contrário ao Direito”? Como pode o Estado de Direito considerar legítimo – porque legal não o é por definição – um ato contra a ordem jurídica (de Direito)? E conclui: “De Direito” e “crime” são conceitos antagônicos e não podem ser harmonizados no mesmo texto e contexto constitucional sob pena de conclusões autocontraditórias. Considerando que o sistema constitucional não pode ter incoerências, a única via é concluir que a interpretação majoritária é que possui equívoco interno e não se harmoniza com a Constituição. [...] Com isso, concluímos que, num regime democrático, é dizer, num Estado Democrático de Direito, o ataque a este deve constituir crime comum, apesar da motivação política, sem sombra alguma de dignidade, merecendo, ao contrário, o opróbio.

Os equívocos em que, com a devida vênia, incidem os preclaros doutrinadores remontam aos sofismas da falsa causa e da falsa identidade. Em primeiro lugar, acerca da defesa do princípio da não contradição por Pamplona (2009, p. 24), o que o leva a afirmar que o crime político previsto no artigo 5º, inciso LII, da Constituição não seria efetivamente um delito¹¹, cabe lembrar que a negativa da extradição, a princípio, está fundamentada não só em razão de uma suposta licitude da conduta, mas também em razão da relatividade do aspecto antijurídico da conduta, vale dizer, às vezes crimes podem ser cometidos, porém com intenções políticas justas, a exemplo do ato de matar um ditador¹². De outro lado,

¹⁰ “Artigo 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais.”

¹¹ Observe-se que esse é o ponto de discordância com Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras (2021, p. 43), para quem a “categoria do crime político pode e deve sobreviver onde campeia a tirania, mas não no solo democrático, onde não há espaço para o conceito”.

¹² Nesse diapasão, recorde-se da obra de Edward Sexby (1985), *Matar não é crime*, em que, sob a forma de um pretenso tratado político, o autor defende o assassinato de um tirano. Mais adiante, serão analisadas as possíveis consequências da violência associada a crimes políticos.

ainda que se considere que tenha havido um crime grave, seria o caso de se questionar se o extraditando terá realmente direito a um julgamento justo em seu país¹³. Nisso, diga-se de passagem, não existe nenhuma contradição, porque o que os autores chamam de “tratamento benigno” nada mais é do que mais uma garantia prevista pela nossa Constituição, em matéria penal.

Aliás, exatamente por isso, é mais do que temerária a escolha de palavras de Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras, no sentido de que o ataque ao Estado Democrático de Direito não mereceria dignidade, e sim o opróbio. Temerária, porque, em verdade, as garantias constitucionais e legais não são para os fatos criminosos, mas sim, por óbvio, para as pessoas que cometem esses crimes. E, por pior que seja o delito, o seu agente deve desfrutar de todas as garantias constitucionais e legais, merecendo, inclusive, o seu respeito à dignidade como pessoa humana. Embora, certamente, não tenha sido a intenção dos autores, a referência ao opróbio, ou seja, à desonra ou à infâmia, pode resvalar nos acusados por crimes políticos, gerando, assim, um odioso *direito penal do inimigo*, com o risco de perigosa relativização de princípios e garantias processuais penais.

Dessa forma, o respeito a um devido processo legal (que pode ser uma das razões para a vedação da extradição por crimes políticos) não pode ser considerado um “tratamento benigno” ou uma contradição com o Estado Democrático de Direito.

Porém, deve ser destacado que Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras invocam um precedente judicial do Supremo Tribunal Federal, que supostamente confirmaria a sua tese no sentido de que os crimes políticos não seriam possíveis na vigência de um Estado Democrático de Direito. O precedente em questão é a Extradição nº 1.085, julgada em 16 de dezembro de 2009, sob a relatoria do Ministro Cezar Peluso, referente ao italiano Cesare Battisti. É especialmente citado o voto do Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual “Havendo democracia, não há espaço, em princípio, nem justificativa, à primeira vista, para atribuir a um delito a característica e os efeitos de um crime político” (*apud* CUNHA; SILVARES, 2021, p. 46).

O raciocínio indutivo pela análise de um julgado é até admitido em Direito, contudo, deve ser submetido a algumas cautelas, a fim de se verificar se o caso concreto representa toda a jurisprudência do tribunal, ou, pelo menos, apresenta um ponto de ruptura, ou se foi apenas uma decisão tomada com base nas especificidades do caso concreto.

Aqui, mais uma vez com a devida vênia, acredita-se na última hipótese. Em primeiro lugar, chama-se a atenção para um trecho da ementa transcrita pelos ilustres autores:

Não configura crime político, para fim de obstar o acolhimento de pedido de extradição, *homicídio* praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional do Estado Democrático de

¹³ Celso D. de Albuquerque Melo (2000, p. 955-956) elenca os possíveis fundamentos da não extradição do criminoso político: “A não extradição do criminoso político tem o seu fundamento em diversas razões: a) o aspecto anti-social deste crime é relativo, o que se acentua no DI, que admite a validade dos mais diferentes regimes políticos (ex: um governo ‘capitalista’ pode não considerar criminoso o homem que tenta derrubar um governo ‘comunista’ e vice-versa); b) o criminoso político não teria no seu Estado nacional um julgamento imparcial; c) tem sido apresentado como argumento decisivo em favor deste princípio a não intervenção nos assuntos de um Estado estrangeiro”.

Direito, *sem nenhum propósito político imediato* ou conotação de reação legítima a regime opressivo (CUNHA; SILVARES, 2021, p. 45, destaques nossos).

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal, na sua jurisprudência tradicional sobre crimes políticos, tem adotado critério que envolve o *bem jurídico tutelado*, assim como a *motivação política*. Isso é o que se chama de teoria mista de identificação dos crimes políticos. De acordo com René Garraud (2003, p. 109), haveria duas teorias principais sobre a criminalidade política: uma subjetiva e outra objetiva. Enquanto a primeira leva em conta o elemento subjetivo, mais exatamente, a finalidade política do delito, a segunda dependeria da natureza do ato. Posteriormente, adveio a teoria mista. Jiménez de Asúa (1951, p. 174) aduziu que a sua origem remontava a uma exposição de Cesare Lombroso e Rodolfo Laschi, no Congresso de Antropologia Criminal, realizado em Roma, em 1885. Explicou o notável penalista espanhol que, na teoria mista, para se caracterizar o delito político, deveria haver a conjugação do bem jurídico protegido e do móvel político do agente¹⁴.

Pois bem, no caso em apreço, principalmente analisando-se a ementa (no trecho supradestacado), conclui-se que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração a situação democrática do Estado, mais para fins de exame do caso concreto, eis que, pelo que consta, Battisti foi condenado, na Itália, pelo assassinato de pessoas comuns, que não ocupavam nenhum cargo político¹⁵ (ou seja, haveria ausência do bem jurídico), com o que se decidiu pela não caracterização de crime político, havendo inexistência de impedimento para a extradição.

De todo modo, para se confirmar a hipótese acima aventada, pesquisou-se a doutrina recente de Direito Constitucional escrita pelo Ministro Gilmar Mendes (2022, p. 1158), em especial, a sua definição sobre crime político. Assim, tratando da competência do Supremo Tribunal Federal, no artigo 102, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, Gilmar Mendes invoca o precedente do Recurso Criminal nº 1.468, do qual consta o seguinte:

[...] “MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. Só há crime político quando presentes os pressupostos do art. 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a

¹⁴ Nessa senda, a doutrina de Alexandre Wunderlich (2020, p. 185): “Em sentido amplo e conforme as teorias doutrinárias, o crime político pode abranger não somente as condutas doutrinárias do especial móvel que anima o agente, como também aquelas que atingem a estrutura política do Estado nos planos da segurança interna e externa.”

¹⁵ Consta que, dentre as vítimas, havia policiais e até um joalheiro. Vide a notícia “Battisti confessa participação em 4 homicídios na Itália”, de autoria de Ricardo Galhardo (2019). Também reforça a hipótese de que o caso concreto foi tido por comum o próprio Informativo nº 568 da Suprema Corte: “[...] O relator atestou a não ocorrência da causa impeditiva prevista no inciso VII do art. 77 da Lei nº 6.815/80, objeto da garantia consagrada no inciso LII do art. 5º da CF [...]. Reafirmando a competência da Corte para aquilatar, com exclusividade, o caráter das infrações que informam o pedido extraditacional, julgou comuns os crimes cometidos pelo extraditando, sobretudo quando confrontados com o princípio da preponderância (Lei nº 6.815/90, art. 77, §1º). Frisou, no ponto, consubstanciarem homicídios dolosos, perpetrados com premeditação, os quais não guardariam relação com fins altruístas que caracterizariam movimentos políticos voltados à implantação de nova ordem econômica e social, mas revelariam, pelo contrário, puro intuito de vingança pessoal” (Ext 1.085, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-11-09, Plenário, Informativo nº 568)”. Cf. MORAES, (2021, p. 320).

soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta seja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política. Precedentes” (RC-segundo 1.468/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 16-8-2000; cf. também HC 78.855/RJ, DJ de 26-5-2000, e HC 74.782/RJ, DJ de 27-6-1997, ambos relatados pelo Ministro Ilmar Galvão; HC 73.451/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, de 6-7-1997).

Vale observar na pesquisa à recente edição da obra de Direito Constitucional de Gilmar Mendes, posterior, inclusive, à edição da Lei nº 14.197/2021, que, ao comentar o dispositivo sobre o recurso ordinário em caso de crime político, ele não invoca o julgamento da Extradicação nº 1.085/2009, para dizer que não existe possibilidade de tal delito no momento atual de nosso país (sendo que Rogério Sanches e Ricardo Silveiras limitam-se a mencionar que os artigos 109, inciso IV, e 102, inciso II, alínea “b”, da Constituição seriam apenas dispositivos datados, previstos pela proximidade com o período da ditadura, mas sem quase nenhuma aplicabilidade no momento atual do regime democrático brasileiro).

Acerca da possível aplicação, Rogério Sanches Cunha (2022, p. 1232) vê apenas duas possibilidades:

Basicamente podemos antever duas situações: a) a aplicação extraterritorial da lei brasileira num caso em que o imputado (brasileiro, por exemplo) tenha cometido no estrangeiro, em contexto de resistência a um regime ditatorial, algum fato que seja crime também em nosso país, vindo para o território brasileiro depois disso e tendo negada a extradição. Processado no Brasil, o delito pode ser considerado político e, conseqüentemente, a competência deve ser da Justiça Federal, com possibilidade de recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal; b) crimes cometidos no Brasil, como resistência a uma tentativa de extinção do Estado Democrático de Direito, que também podem ser considerados políticos e receber o tratamento dispensado a estes, caso não sejam objeto de anistia.

Com o devido respeito, a primeira hipótese ventilada é incorreta. Isso porque Rogério Sanches trata de crime político cometido no estrangeiro, o que, em tese, só poderia ser punido no Brasil mediante aplicação extraterritorial da lei penal brasileira. Ora, uma das condições obrigatórias da extraterritorialidade (artigo 7º, § 2º, alínea “c”, do Código Penal) é a de que o crime praticado no estrangeiro esteja incluído entre aqueles para os quais a lei brasileira autoriza a extradição. Não é o caso do crime político, cuja extradição é vedada pela Constituição, conforme o artigo 5º, inciso LII.

Já a segunda hipótese é deveras curiosa. Eventualmente, pode abarcar uma série de crimes, aos quais o próprio autor parecia negar o caráter político. Afinal, o que seria uma resistência à tentativa de extinção do Estado Democrático de Direito? Tentativa de extinção por parte de quem? Do próprio governo legitimamente constituído? Ainda que o exemplo careça de maior detalhamento, veja-se que o autor acaba por admitir, ainda que inconscientemente, a ocorrência de crime político durante o regime democrático (já que, conforme a hipótese, existe apenas a tentativa de extingui-lo).

Na realidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até recentemente aplicava o conceito de crime político para caracterizar a sua competência em termos de recurso ordinário, conforme se verá em seguida, com o que fica totalmente refutado o argumento de Rogério Sanches Cunha e Ricardo Silveiras,

na parte específica de invocação do julgamento da Extradicação nº 1.085 como suposta confirmação de que não seriam admitidos crimes políticos na vigência do Estado Democrático de Direito.

3.1 A possibilidade da existência de crime político na vigência de um Estado Democrático de Direito, conforme previsão da Constituição Federal

Embora tenha sido vista até como “heresia”, a ideia do crime político na vigência de um regime democrático, em vez de repugnar a consciência, deveria, pelo contrário, tranquilizá-la, sobretudo em tempos de polarização e extremismos políticos os mais diversos. Com efeito, assim expôs o eminente penalista Heleno Claudio Fragoso (1981, p. 36-37):

Não se pode tratar do crime político sem referência à questão fundamental que Florian apresentava. A teoria do crime político tem de ser construída sob o pressuposto do Estado democrático: “un concetto razionale del delitto politico è solo possibile la dove il regime politico riposi sopra il consenso dela maggioranza, abbia, cioè, per base i sacri principi dela libertà”. Como já escrevemos em outro trabalho, as tiranias não têm inimigos ilegítimos. Só os regimes democráticos têm verdadeiramente autoridade para reprimir seus inimigos. Como diz Levy-Bruhl, “on comprend que le problème des délits politiques ne se pose en réalité que dans les États dits démocratiques”. O problema está em saber o que é regime democrático, palavra extremamente valorizada, com que todos se pretendem denominar, mesmo os que sacrificam a democracia (muitas vezes a pretexto de salvá-la) e os que a qualificam para adulterá-la e destruí-la¹⁶.

Também se volta aqui à concepção de Boaventura de Sousa Santos (1971, p. 51), no sentido da necessidade de construção dogmática do crime político, mesmo em regimes democráticos, a fim de prevenir eventuais abusos de poder e garantir a imparcialidade do Estado-Juiz.

Em verdade, a posição anterior acerca da impossibilidade de crime político em uma democracia parece tomar como premissa a existência de um único tipo de criminalidade política, isto é, aquela de lesa-majestade, em que são tolhidas as liberdades individuais, especialmente as liberdades de pensamento e de expressão, quando criminalizada a oposição pacífica ou crítica contra o governo. Houvesse apenas essa espécie, não haveria que se falar em delitos políticos em um Estado Democrático de Direito.

Contudo, a advertência de Heleno Cláudio Fragoso sobre o real significado de uma democracia permanece válida. A democracia não é simplesmente uma questão de autoafirmação. Haverá os que se dizem democráticos, mas visam a eliminar toda e qualquer oposição política; haverá os que pretendem, com atos criminosos, derrubar um governo legitimamente constituído, embora com falhas, para instalar um suposto regime verdadeiramente democrático. Enfim, riscos de

¹⁶ Embora Fragoso tenha utilizado o termo “inimigos”, certamente o fez para designar os criminosos políticos que se opõem a uma democracia. Em outras palavras, o texto deve ser entendido no momento em que foi escrito, no qual não havia entre nós, ainda, a doutrina do direito penal do inimigo.

deturpação do conteúdo da democracia existem mesmo durante a vigência de um Estado Democrático de Direito.

Em regra, os crimes políticos hodiernos almejam a eliminação do governo constituído ou até mesmo da oposição política. Também haverá aqueles que abertamente desejam abolir a democracia. Não importa, porém, qual seja a infração: deve-se sempre ter em mente que somente um verdadeiro Estado Democrático tem a legitimidade para a punição dos crimes políticos. E o primeiro passo para tanto reside justamente em não lhes negar essa natureza.

Tenha-se em mente a seguinte definição de Luís Roberto Barroso (2022, p. 505), também Ministro do Supremo Tribunal Federal:

[...] o *Estado democrático de direito* é um regime político fundado na soberania popular, com eleições livres e governo da maioria, bem como em poder limitado, Estado de direito e respeito aos direitos fundamentais de todos, aí incluído o mínimo existencial. Sem terem as suas necessidades vitais satisfeitas, as pessoas não têm condições de serem verdadeiramente livres e iguais. Há também um elemento emocional, humanístico, na democracia, que é o sentimento de pertencimento, de participação efetiva em um projeto coletivo de autogoverno, em que todos e cada um merecem consideração e respeito. Quem se sente excluído não tem razão para apoiá-la e é presa fácil de tentações populistas e autoritárias¹⁷.

Chama-se a atenção para o que Barroso nomeia como elemento emocional ou humanístico da democracia, consistente no sentimento de pertencimento e na participação efetiva. Tal fator deve ser lembrado e não pode ser esquecido principalmente na matéria de crimes políticos, eis que o Direito Penal é excludente por natureza. O exagero nas penas de criminosos políticos, ou seja, a ausência de moderação, pode levar ao sentimento de exclusão não só dos condenados, mas também de seus partidários, o que pode ser extremamente perigoso em longo prazo, contribuindo para a erosão do regime democrático.

Sempre há que se ter, portanto, extrema cautela com o Direito Penal como “remédio” para a salvação da democracia, buscando-se evitar que surjam ressentimentos que possam induzir futuras ameaças e crises para a democracia. Fica, aqui, desde já, colocada a ideia de se pensar em uma justiça restaurativa para os crimes contra o Estado Democrático de Direito, buscando o diálogo, a compreensão das necessidades de todos os envolvidos e a reparação dos danos. Em longo prazo, se bem conduzido o processo restaurativo, haverá mais diálogos e menos ressentimentos. Mas é claro que esse tema merece um estudo e trabalho

¹⁷ Acerca do governo da maioria, cumpre também recordar a oportuna lição de José Afonso da Silva (2020, p. 132): “A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o interesse histórico. É certo, também, que, na democracia representativa, se utiliza também a técnica da maioria para a designação dos agentes governamentais. Mas, precisamente, porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por outra mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder. Mesmo assim o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos. Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante”.

à parte, para outra ocasião. Por enquanto, fica a conclusão de que os crimes políticos podem e devem ser enfrentados pelo Direito Penal em uma democracia.

Nessa ordem de ideias, André Estefam (2022, p. 1007) considera que os crimes contra o Estado Democrático de Direito são políticos, recordando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação à revogada Lei nº 7.170/1983, com o que seriam de competência da Justiça Federal:

A Lei 14.197/2021, ao revogar a Lei de Segurança Nacional e transpor para o Código Penal os crimes contra o Estado Democrático de Direito, buscou, além de corrigir diversas falhas detectadas na legislação pretérita, conformar a disciplina legal da matéria à Constituição Federal. Os novos tipos penais, portanto, são verdadeiros sucessores – aperfeiçoados e em sintonia com o Texto Maior – daqueles anteriormente descritos na Lei de 1983. Como tal, é natural que sigam o mesmo critério definidor de competência antes observado, afinal *ubi eadem ratio, ibi idem jus*¹⁸.

No mesmo sentido, Inezil Penna Marinho Jr. (2023, p. 375) reconhece inexistir razão para que os atuais crimes contra o Estado Democrático de Direito não sejam considerados políticos. Em sua obra, ele cita diversos precedentes jurisprudenciais relevantes e recentes acerca do reconhecimento, como crimes políticos, pelo Supremo Tribunal Federal, de tipos penais da revogada Lei de Segurança Nacional. Destaque-se o julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.519, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, contra ato de juiz federal em caso envolvendo crime político. Conforme comentário de Inezil Penna Marinho Jr. (2023, p. 380):

A combinação dos dispositivos constitucionais atraía a competência do STF, também, para o *julgamento de habeas corpus* em que a autoridade coatora fosse juiz federal, nas ações penais envolvendo crime político. Veja-se que o art. 102, I, i, da Constituição Federal, estabelece competir ao STF o julgamento de *habeas corpus*, quando o coator for autoridade cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF. E o art. 102, inciso II, b, como visto, estabelece a competência da mesma Corte para julgamento, em recurso ordinário, do “crime político”, de modo que os atos do juiz federal coator estão sujeitos diretamente ao STF. Nas palavras do Ministro Barroso, “o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz Federal praticado nos autos de ação penal em que se apura crime político”. Com a revogação da Lei nº 7.170/1983, o STF ainda não se manifestou sobre a aplicabilidade do art. 102, II, b, da Constituição Federal, aos crimes previstos pela Lei nº 14.197/2021.

Constata-se, portanto, que, na vigência de nosso atual regime democrático, o Supremo Tribunal Federal vinha aplicando o conceito de crime político, nos casos de ações penais envolvendo os tipos da Lei nº 7.170/1983. Considerando que a Lei nº 14.197/2021 revogou o diploma legal anterior, introduzindo os crimes contra o Estado Democrático de Direito, muitos deles representando uma

¹⁸ No mesmo sentido, a posição de Eugênio Pacelli (2022, p. 232): “Parece-nos, então, que o constituinte ao mencionar os crimes políticos como da competência da Justiça Federal, levou em consideração precisamente os pouquíssimos delitos então previstos na Lei nº 7.170/83 – que atualmente se situam no Código Penal por força da Lei nº 14.197/2021 –, de que são exemplos aqueles previstos nos arts. 359-K, 359-L e 359-M.”

continuação normativo-típica de delitos revogados da Lei de Segurança Nacional, é natural que a Suprema Corte continue aplicando a mesma jurisprudência.

Isso, aliás, é até necessário. Conforme se disse anteriormente, a Constituição houve de dar um tratamento específico para os crimes políticos, justamente por conta do seu eventual potencial de desestabilização política. Daí porque, quanto antes a decisão de nossa Corte Constitucional, melhor, motivo pelo qual a Carta Magna estabeleceu o recurso direto para o Supremo Tribunal Federal. Além disso, pela forma de eleição dos seus membros, exigindo-se o notável saber jurídico, e pela posição de última instância do Poder Judiciário, ao qual todos devem obedecer, depreende-se que são os magistrados menos sujeitos a pressões políticas de qualquer espécie e que, por isso, são capazes de assegurar o julgamento mais imparcial possível para os criminosos políticos adversários do governo legitimamente constituído.

Restariam, então, os argumentos sobre a impossibilidade de benefícios para os autores de crimes políticos, como, por exemplo, a não aplicabilidade do instituto da reincidência (artigo 64, inciso II, do Código Penal).

Aqui, cabe tecer um comentário de caráter histórico, recordando-se a lição de Boaventura de Sousa Santos (1971, p. 58), dos motivos pelos quais, em muitos países, Portugal dentre eles, foi abolida a pena de morte, inicialmente, para os crimes políticos. Depois de lembrar que os crimes políticos considerados de alta traição eram equiparados ao pior crime contra a pessoa, ensejando a pena de morte, Boaventura de Sousa Santos considera acertada a posição portuguesa de eliminar, primeiro, a pena de morte para os crimes políticos. Também os riscos de imparcialidade quando se julga um potencial “inimigo” ou adversário do governo constituído podem justificar a maior restrição das leis acerca da reincidência nos crimes políticos.

De qualquer modo, existe entendimento restritivo acerca da inaplicabilidade da reincidência para crimes políticos. Nesse sentido, o comentário de Christiano Falk Fragoso (2022, p. 231-233), aduzindo que “somente a sentença condenatória anterior por crime puramente político deixa de ser considerada para fins de reincidência”¹⁹. Há, no entanto, posição contrária: “Como a lei não faz restrição quanto a eles, estão incluídos tanto os delitos políticos *próprios* (que somente lesam ou põem em risco a organização política) como ainda os crimes políticos *impróprios* (que também ofendem outros interesses, além da organização política)” (DELMANTO, 2022, p. 331).

Nesse aspecto, todavia, a despeito da falta de expressa previsão no artigo 64, inciso II, do Código Penal, é possível realizar uma interpretação sistemática, considerando o ordenamento jurídico como um todo, a fim de entender como aplicáveis os artigos 82, §§ 1º e 4º, da Lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração)²⁰.

Note-se que não há que se falar em analogia *in malam partem*. No caso específico, trata-se apenas de determinações sobre a figura do *crime político*, que,

¹⁹ O autor entende como crime puramente político “aquele que atenta exclusivamente contra interesses políticos da nação”. (FRAGOSO, 2022, p. 232).

²⁰ “Art. 82. [...] § 1º. A previsão constante do inciso VII do *caput* não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal. [...] § 4º. O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político o atentado contra chefe de Estado ou quaisquer autoridades, bem como crime contra a humanidade, crime de guerra, crime de genocídio e terrorismo.”

por seu caráter orientador quanto à aplicação da norma e à conceituação de tal delito, também podem ser utilizadas sempre que estiver em jogo a criminalidade política. Além disso, tais dispositivos estão de acordo com a dogmática penal.

O artigo 82, § 1º, da Lei nº 13.445/2017 estabelece o critério da preponderância. Pela falta de uma definição específica, amiúde, os crimes políticos podem se misturar a outros, pela complexidade ou conexão. Imagine-se uma tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito (artigo 359-L do Código Penal), mediante emprego de violência e morte de pessoas. O próprio dispositivo estabelece pena de quatro a oito anos, *além da pena correspondente à violência*. A lesão contra a vida de pessoas invariavelmente manchará o caráter político do crime. Assim, ainda que efetivamente seja considerado crime político (pelo risco de lesão à ordem democrática e finalidade política), é certo que também haverá o acréscimo da pena correspondente à violência, o que inviabilizará a aplicação do artigo 64, inciso II, do Código Penal, eis que os fatos não mais se amoldam puramente ao conceito de crime político. Concorde-se, aqui, pois, com a posição de Christiano Falk Fragoso.

De outro lado, quanto ao artigo 82, § 4º, da Lei nº 13.445/2017, o dispositivo pode ser dividido em duas etapas. Na primeira, os atentados ao Presidente e outras autoridades, em princípio, também ensejariam a pena autônoma por violência. Quanto à segunda parte, em rigor, crimes contra a humanidade, de guerra, genocídio e terrorismo não podem ser considerados delitos políticos. Matar indiscriminadamente as pessoas, exterminá-las, ou mesmo outros crimes monstruosos, como estupros de mulheres em guerras, não podem ser considerados como condutas decorrentes de fins políticos.

Cumpra, mais uma vez, citar as sábias palavras de Boaventura de Sousa Santos (1971, p. 52-53):

O crime político é caracterizado pela relatividade, transitoriedade e historicidade da ideologia, enquanto o genocídio tem um caráter absoluto, universal, comprometendo a humanidade inteira, característica que não perde pelo fato de ser teorizado por certo regime político. O crime político tem algo de positivo, pois visa à implantação de uma ordem jurídica considerada mais justa. Assenta assim numa ideia de oposição e contraste entre posições políticas que são mais ou menos idôneas para reger a comunidade e não põem em causa a existência física ou moral desta. Ao contrário, o crime contra a humanidade é totalmente negativo. A solução final não é uma política, é uma hecatombe que, mais que o sistema de governação, ataca a própria comunidade nos seus fundamentos existenciais.

Mesmo em uma era de relativismo cultural como a nossa, há certos valores que não podem ser fragilizados. O genocídio, o terror, o extermínio em massa, os mais variados crimes de guerra não podem ser considerados uma forma válida de exercício da arte política. Pelo contrário, devem ser universalmente rejeitados. E, nesses termos, impede-se a suposta sensação de injustiça para “benesses” em relação a crimes políticos. Apenas como constatação final, tais benefícios estão previstos na lei infraconstitucional, podendo ser modificados ou revogados pelo legislador, caso se entenda pela sua injustiça. Mas, fora das ressalvas acima descritas, devem continuar sendo aplicados.

4 Conclusões

Diante de todo o exposto, podem assim ser sintetizadas as conclusões do presente trabalho:

4.1 A Constituição Federal utiliza a expressão crime político em três dispositivos distintos: artigo 5º, inciso LII, artigo 102, inciso II, alínea "b", e artigo 109, inciso IV;

4.2 Pela análise da evolução histórica e dos diferentes conceitos de crimes políticos, pode-se afirmar que a Carta Magna utilizou dois significados diferentes de crimes políticos;

4.2.1 No artigo 5º, inciso LII, a Constituição tratou o crime político como o antigo delito de lesa-majestade, sendo que ninguém poderá ser extraditado por crime que diga respeito à mera infidelidade ou críticas ao Estado;

4.2.2 Nos artigos 102, inciso II, alínea "b", e 109, inciso IV, a Lei Maior privilegiou a última etapa de conceituação dos crimes políticos, considerados aqueles que lesionam ou põem em risco a soberania externa ou a soberania (ordem política) interna do país;

4.3 Os argumentos contrários à concepção dos crimes contra o Estado Democrático de Direito como delitos políticos assentam-se em uma suposta incompatibilidade desses tipos penais com a ordem democrática, ou seja, parecem baseados em um conceito unívoco de crime político como lesa-majestade;

4.4 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha corretamente aplicando um conceito misto de crime político (conforme a lesão e as finalidades políticas) em relação aos tipos penais previstos na revogada Lei nº 7.170/1983;

4.5 Os crimes contra o Estado Democrático de Direito são os que sucedem, alguns com mais, outros com menos diferenças, os tipos penais previstos na antiga Lei de Segurança Nacional, razão pela qual se entende que devam ter o mesmo tratamento pela nossa Corte Constitucional, sendo considerados políticos, observadas as possíveis ressalvas do artigo 82, §§ 1º e 4º, da Lei nº 13.445/2017;

4.6 Diante das peculiaridades dos crimes políticos, é curial que se continue aplicando os artigos 102, inciso II, alínea "b", e 109, inciso IV, até para fins de se garantir uma decisão mais célere do Supremo Tribunal Federal, que, pela Constituição, também reúne os predicados para um julgamento mais imparcial dos criminosos políticos.

Referências

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951. tomo III.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: SaraivaJur, 2023. v. 6.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de derecho criminal: parte especial*. Tradução sob a direção de Sebastian Soler, com a colaboração de Ernesto R. Gavier e Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. v. VII.

COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS. *Os 10 países que mais censuram*. Nova Iorque, 2019. Disponível em: <https://cpj.org/pt/2015/04/os-10-paises-que-mais-censuram>. Acesso em: 8 jun. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)*. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal comentado*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte especial*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 3.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: EDUSP, 2021.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

FRAGOSO, Christiano Falk. Comentário ao art. 64 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 231-233.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FUNES, Mariano Ruiz. *Evolución del delito político*. México, D.F.: Editorial Hermes, 1945.

GALHARDO, Ricardo. Battisti confessa participação em 4 homicídios na Itália. *O Estado de São Paulo*, n. 45.815, 26 mar. 2019, p. A12. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/562654/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2023.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN, 2003. v. I.

MARINHO JR., Inezil Penna. *Processo penal nos crimes federais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

MELO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. II.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MOMMSEN, Theodor. *Derecho penal romano*. Tradução de Pedro Dorado Montero. Santiago: Olejnik, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 26. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PAMPLONA, Gustavo. Crime político no Estado Democrático de Direito: o *nocrim* a partir de Hannah Arendt. *MPMG Jurídico*: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 18, v. 4, 2009.

ROSS, Jeffrey Ian. *An introduction to political crime*. Portland: The Policy Press, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os crimes políticos e a pena de morte. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 45-66, jan./mar. 1971.

SEXBY, Edward. *Matar não é crime*. Tradução de Manuel João Gomes. Lisboa: Antígona, 1985.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

A Constituição como limitadora dos poderes públicos

The Constitution as a constraint on public powers

Renato Lopes Becho

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990). Mestre em Direito pela PUC/SP (1997). Doutor em Direito pela PUC/SP (2000). Livre-docente em Direito pela USP (2008). Professor da PUC/SP. Estágio pós-doutoral no *King's College* de Londres. Desembargador Federal na 3ª Região.

RESUMO:

O presente artigo realiza um esboço histórico sobre a construção do conceito de Constituição, inclusive diferenciando Estados de Direito e Estados de Polícia. Em seguida, apresenta uma visão mais atual sobre a Filosofia do Direito, notadamente expondo ideias neoconstitucionalistas ou, como prefere denominar, pós-positivistas, especialmente relacionadas aos direitos humanos. Ao final, propõe uma reflexão sobre a profunda transformação jurídica representada pelo reequilíbrio entre as fontes do Direito, com o aumento da relevância da jurisprudência, até mesmo frente à redução da atuação do legislador nas alterações das normas jurídicas, num fenômeno que exige do intérprete e do aplicador do Direito redobrada atenção, a fim de que eventual afastamento da segurança jurídica em prol de um sistema mais flexível não gere efeitos opostos ao desejado por seus atores.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalismo. Pós-positivismo. Poderes públicos. Limitação. Segurança jurídica. Direitos humanos.

ABSTRACT:

This article provides a historical overview of the construction of the concept of Constitution, including differentiating States of Law and Police States. It then presents a more current view of the Philosophy of Law, notably exposing neoconstitutionalist or, as it prefers to call it, post-positivist ideas, especially related to human rights. At the end, it proposes a reflection on the profound legal transformation represented by the rebalancing between the sources of law, with the increased relevance of jurisprudence, even in the face of the reduction of the legislator's performance in the alteration of legal norms, in a phenomenon that requires the interpreter and the applicator of the Law to pay extra attention, so that any departure from legal certainty in favor of a more flexible system does not generate effects opposite to those desired by its actors.

KEYWORDS:

Constitutionalism. Post-positivism. Public powers. Limitation. Legal certainty. Human rights.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 A fase pré-constitucional. 3 Breve história do constitucionalismo. 3.1 O modelo inglês de Constituição. 3.2 O modelo francês: desconstrução e reconstrução. 3.3 O modelo norte-americano de decisões populares. 3.4 O histórico constitucional brasileiro. 4 A Constituição para o Direito positivo. 5 Estados de Direito e Estados de Polícia. 6 Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e direitos humanos. 6.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos. 6.2 Processos de concretização do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos. 6.3 Onde estão os valores dos direitos humanos? 6.4 Neoconstitucionalismo e Direito tributário. 7 À guisa de conclusão. Referências.

1 Introdução

Em comemoração aos 35 da Constituição Federal de 1988, a prestigiosa *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por seu Diretor, o e. Desembargador Federal Dr. Souza Ribeiro, nos convida a atualizarmos nossa visão sobre a *Carta da República*, em um momento de significativa atenção. O chamado oportuniza a releitura de textos publicados décadas atrás, ajustados por intensa atividade judiciária e acadêmica, frutificada com mais experiência.

Assim, voltamos nossa atenção para, muito brevemente, realizarmos escorço histórico sobre a construção do conceito de Constituição. Em seguida, apresentaremos nossa visão mais atual sobre a Filosofia do Direito, notadamente expondo ideias neoconstitucionalistas ou, como preferimos, pós-positivistas. Ao final, apresentaremos nossas conclusões, que não serão um *resumo* do quanto exposto, senão, efetivamente, *fechamento* do nosso pensamento atual.

2 A fase pré-constitucional

Sem pretendermos fazer um trabalho de *Antropologia Jurídica*, julgamos oportuno resgatar alguns conceitos sobre o Direito antes do surgimento da noção de Constituição.

O chamado *Direito Natural* é o ponto de partida. Nele, as normas eram extraídas de acordo com o que já acompanhava o homem, como ínsito à sua própria natureza. O Estado de Direito (conceito do século XVIII) estava ligado a essa fase, antecedendo o surgimento das Constituições. Significa (o Estado de Direito) a organização estatal submetida ao Direito, que limita, institui e organiza o poder, resguardando a liberdade e os direitos do homem (FERREIRA FILHO, 1999, p. 5).

O Estado de Direito reconhece a limitação do poder “por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar”. O Direito Natural (“inerente à natureza do homem”) é a fronteira de atuação legítima do Estado, constituindo-se em um elenco de liberdades preexistente à sua própria “declaração solene”.

É claro que, com o surgimento das Constituições, o Direito Natural foi por elas incorporado. Sob esse prisma, e fundando-se em Montesquieu, temos que o “Poder Legislativo” (usando a denominação clássica, como título, e não no sentido de Renato Alessi¹) declara, e não cria a lei:

A fórmula de Montesquieu, na verdade, aguça e intensifica o controle pelo Direito. Não só procura fazer com que a definição da lei seja o testemunho do justo tal qual a comunidade o entende – e nisto o legislador, como representante, é uma testemunha qualificada da ideia de direito –, como também maximiza esse controle, concentrando-se sobre o Poder que, por exercer a polícia (no sentido geral e no específico), mais precisa ser limitado para não oprimir a liberdade individual. Sem dúvida, a submissão do Executivo à lei, que ele não faz nem declara, é peça fundamental nesse esquema. Este se quebraria caso o Executivo assumisse papel determinante na definição da lei. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 4 e ss.)

¹ Renato Alessi (1971, p. 3) sugere que o poder estatal corresponda a funções: legislativa, jurisdicional e administrativa. Com isso, independentemente do órgão, o exercício típico ou atípico da função está sujeito ao regime jurídico próprio dessa, e não daquele.

Já na Antiguidade, extraem-se os traços que corroboram a afirmação de que as leis são apenas “declaradas” pelo legislador (do contrário – se o legislador edita uma lei contrária ao Direito Natural –, ele teria agido com arbítrio), como em *Antígona*, de Sófocles. Nessa tragédia, “a heroína invoca um Direito feito pelos deuses, não escrito, inabalável, composto de ‘leis que não são de hoje nem de ontem, mas que sempre existiram e sempre existirão’” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 6).

Além dessa passagem, bastante ilustrativa e poética, legisladores conhecidos pela história da Antiguidade, como Hammurabi, Sólon e Licurgo apresentaram-se “como restauradores, ou declaradores, de um Direito que sempre havia existido” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 6).

Em Atenas, conta-nos o constitucionalista, distinguia-se o Direito (considerado como a lei), que seria imutável e eterno, da norma (estabelecida pela Assembleia dos cidadãos), que não prevaleceria contra aquele, existindo até uma ação específica (“*graphé paranomôn*”) para anular a norma que violasse o direito e punir o proponente da norma e o presidente da Assembleia.

Isto demonstra, de maneira insofismável, que o legislador apenas “declarava” o Direito para os atenienses.

Durante o Império Romano, a noção se repete. Para Cícero, lei é “a regra que distingue entre o certo e o errado de acordo com a natureza”. A norma injusta “não deveria ser chamada lei”. Categórico, afirmava:

Se a vontade dos povos, os decretos dos chefes, as sentenças dos juízes fizessem o direito, para criar o direito ao banditismo, ao adultério, à falsificação dos testamentos, seria suficiente que esses modos de agir contassem com o sufrágio e a aprovação da multidão (FERREIRA FILHO, 1999, p. 7).

É certo, também, que o Direito Romano era mais o parecer dos juristas do que produção legislativa. Os cursos de Direito Romano explicam o “*ius respondendi*” como o privilégio conferido por Augusto a eminentes juristas, cujas respostas equiparavam-se às leis (MOREIRA ALVES, 1978; CRETELLA JR., 1970; CORREIA & SCIASCIA, 1957; FERREIRA FILHO, 1999, p. 7).

Na Idade Média, o Direito era a *Lex Naturalis*, mandada pelos deuses, sendo anterior ao Estado ou a qualquer de suas instituições. Tomás de Aquino, por exemplo, entendia que a razão humana descobria as normas de Direito Natural (*Summa Theologica*, c. II, I, 91).

As leis positivas, editadas pelo poder do monarca, do papa ou do povo, valiam até os limites aceitos pelo Direito Natural. Vejamos a síntese de Gierke, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 9):

A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato do Soberano que rompia os limites postos pelo Direito Natural era formalmente nulo e írrito. Como nulo e írrito, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tivesse de aplicar a lei, deveria afastar não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei “ilegal”, mesmo se promulgada pelo Papa ou pelo Imperador. Além disto, a ordem ilegal, ou o ato ilegal, era nulo e írrito para os súditos do Estado.

Havia, então, o reconhecimento de um “dever condicional” de se cumprir as leis positivas que fossem de acordo com as leis da natureza e “o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas” que era concedido a todos os súditos do Estado.

A Inglaterra mantém muitas dessas raízes medievais, através da *commow law*, com fundamentos imemoriais ou naturais. O *rule of law*, antecedente do Estado de Direito, teve como fontes a Antiguidade e o cristianismo medieval. A *Magna Carta* (de 1215), restabelecendo a *law of the land*, ou seja, o Direito Costumeiro, é ainda referência constante dos juristas atuais (FIGUEIREDO, 1996, p. 94), reforçando as ideias aqui marcadas.

A Corte de Apelação inglesa, criada antes da *Magna Carta*, no século XII, gradualmente unificou os costumes em escala nacional, utilizando como critério a razoabilidade, fruto do labor de especialistas (*experts*) (FERREIRA FILHO, 1999, p. 10). No século XVII, a *commow law* definiu o princípio da invalidade dos atos, mesmo os aprovados pelo Parlamento, que fossem contrários àquela antiga *law of the land*. As leis formais, então, criadoras de direitos e obrigações, estavam sujeitas à interpretação razoável (*reasonableness*), além do princípio da igualdade perante a lei e do incipiente princípio da garantia da independência judicial. No *Bonham's case*, o juiz Coke firma a revisão judicial (*judicial review*) de atos do Monarca e do Parlamento com base em uma lei fundamental (*commow law and reason*), significando que mesmo a supremacia do Parlamento está limitada por uma lei ("sob a Lei").

O *rule of law*, após a revolução de Cromwell, estava definido em três princípios: "ausência de poder arbitrário por parte do Governo", "igualdade perante a lei" e o de que "as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais". Para Dicey, a Constituição inglesa "é o resultado da lei comum da terra" ('ordinary law of land') (FERREIRA FILHO, 1999, p. 11).

Para John Locke (1999, p. 132-133), sobre a onipotência do Parlamento inglês após as revoluções do século XVII, há a superioridade do Direito, preexistente e limitador do Estado.

Montesquieu reconhecia a lei positiva não como "mero fruto da '*volonté momentanée et capricieuse*' dos homens. Há de ser uma particularização do justo, estabelecida em função das condições próprias a cada estado, condições estas que formam no seu conjunto o próprio 'espírito das leis'". Sendo que "O legislador, assim, não faz a lei: escolhe, entre as 'relações de justiça possíveis', a que melhor se coaduna com as condições referidas" (*apud* FERREIRA FILHO, 1999, p. 12)². Também em Rousseau encontramos explicações semelhantes³.

Na fase moderna, o Direito Natural cede espaço para o Direito Positivo. Entretanto, este ainda deixa a desejar ao espírito de muitos juristas, talvez pelo fato de o legislador cometer tantas arbitrariedades, fazendo leis que ferem o senso comum do homem normal. Acreditamos, até, que o reconhecimento de princípios jurídicos, notadamente os implícitos, é prova cabal de que o Direito Positivo não atende plenamente aos conceitos de justiça.

Todas essas referências ao Direito Costumeiro inglês servem de ponte para o sistema de Direito Positivo, que tem na Constituição uma pilastra imprescindível.

² Em outra tradução, extraímos diretamente, que para Montesquieu (1945, p. 22): "Os seres distintos inteligentes podem ter leis que fizeram; mas têm outras também que não fizeram [...]. Antes de haver leis feitas, havia relações de justiça possíveis".

³ Quem defende essa visão é Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 13). De fato, lê-se em Rousseau (1999, p. 41): "Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares; mas tirai dessas mesmas vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem, e resta como soma das diferenças a vontade geral".

3 Breve história do constitucionalismo

Para firmarmos com maior precisão a força normativa das Constituições, e para satisfazer nosso espírito, abordemos um pouco o histórico do constitucionalismo, não para encontrar argumentos interpretativos, mas apenas para ambientar nossos próximos passos.

Acompanhando a linha de pensamento exposta por Canotilho (1997), entendemos prudente realizar um breve retorno, mesmo que a toque de caixa, aos “ciclos longos” e aos “momentos fractais” que compuseram a ideia de Constituição que temos na atualidade. Isso nos ajudará a entender o significado da Constituição para uma organização social politicamente soberana, bem como será imprescindível para entendermos seu efeito sobre os detentores das funções públicas.

Conceituando constitucionalismo como sendo “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, Canotilho (1997, p. 45) diz tratar-se, no fundo, de uma “teoria normativa da política”. A Constituição é colocada, por isso, como técnica jurídica e política de “*limitação do poder com fins garantísticos*”.

Por conta desse aspecto político, não temos um constitucionalismo, mas vários. Em termos históricos, temos três modelos: o inglês, o norte-americano e o francês. Essa constatação reforça a nossa tendência para investigar a teoria da Constituição brasileira, mais especificamente suas normas tributárias (e, em consequência, sua influência sobre o sistema tributário positivo).

O constitucionalismo *moderno* (a partir da metade do século XVIII) foi antecedido por uma fase que remonta aos fins da Idade Média. Essa era baseada na “existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder” (CANOTILHO, 1997, p. 46).

Do constitucionalismo moderno (visão da Ciência do Direito) surge a *Constituição moderna* (direito positivo), onde Canotilho (1997, p. 46) identifica três dimensões fundamentais:

- (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.

O conceito, explica o autor, é *ideal*, não correspondendo a nenhum modelo histórico de constitucionalismo.

Esses dados são imprescindíveis para entender o constitucionalismo moderno, demonstrando o traço comum de que as Constituições são limitações de poder, o que leva à conclusão de que limitam, por conseguinte, inclusive, o poder tributário infraconstitucional.

As três dimensões fundamentais do constitucionalismo moderno reduzem-se a duas ideias básicas (unindo, segundo pensamos, os números 1 e 3), fazendo com que as Constituições ordenem, fundem e limitem o poder público, bem como reconheçam e garantam os direitos e liberdades do indivíduo (CANOTILHO, 1997, p. 48-49).

Aprofundando na história, o que é imprescindível para entender o que seja a Constituição, o autor português apresenta três modelos: o historicista (inglês), o individualista (francês) e o estadualista (norte-americano).

3.1 O modelo inglês de Constituição

O marco do constitucionalismo está na Inglaterra e, seguramente, traz a marca indelével da limitação do poder. Não é à toa que os ingleses não possuem uma “Constituição escrita”, ou pelo menos um documento unitário chamado de Constituição, como os outros países. Quando esta nação estava *limitando* o poder do monarca em 1215 (*Magna Carta*), bem como quatrocentos anos depois por meio da *Petition of Rights* (1628)⁴, nem se imaginava que esses movimentos eram precursores de leis simples e poderosas. Vários pensadores procuraram transferir as conquistas consolidadas pelos ingleses para o mundo ocidental. Todas essas leis foram editadas durante a fase do Direito Natural, como vimos.

O grupo de leis em que se sedimenta o constitucionalismo das Ilhas Britânicas trouxe, em primeiro lugar, a “*liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário*” (CANOTILHO, 1997, p. 49-50). Em segundo, a regulação legislativa dos processos (*due process of law*). Em terceiro, a forma de interpretação e revelação *judicial* (e não legislativa) das leis (quem faz as leis não as interpreta). Por último, a moderação do governo, por meio da divisão do poder entre o rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*).

Lembra Canotilho (1997, p. 52), como que escrevendo por encomenda para este trabalho, que o modelo inglês criou um tirano: o Parlamento. A *Glorious Revolution* transformou o legislador num “onipotente”, “o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*)”.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 9), como visto, não vê que o Parlamento pudesse transformar-se em um tirano, já que sobre ele existem as leis naturais que o limitam. Além disso, o referido constitucionalista advoga a tese de que as leis positivas só são válidas na medida em que *declaram* aquela lei natural.

Por oportuno, lembre-se de que as bases do princípio da legalidade na tributação antecedem todas essas épocas. Como anota Misabel Derzi (2007), já se identificaram nos séculos XI e XII vestígios de que os contribuintes deveriam anuir na taxação tributária (BALEEIRO, 1997, p. 50).

3.2 O modelo francês: desconstrução e reconstrução

A sobrevivência do sistema monárquico britânico demonstra que suas leis constitucionais não procuraram “destruir” o regime existente, mas apenas “ajustá-lo” às novas realidades de limitação e divisão do poder.

Já com os franceses, a estruturação constitucional veio em forma diversa, através da radical ruptura com o *ancien régime* e criação de um novo, segundo

⁴ Seguem-lhes o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689.

uma nova ordem social. Se a ordem jurídica estamental foi derrubada, organiza-se a nova, baseada na liberdade e igualdade.

O *ancien régime* possuía uma “ordem natural”: os direitos decorriam do nascimento e eram distribuídos em estamentos. A nova ordem passa a ser “artificial” (Direito Positivo), constituída, inventada ou reinventada por “acordo” entre os membros da sociedade. Esse “acordo” é o “contrato social”. É a Constituição.

“A arquitetura política precisava de um ‘plano escrito’, de uma constituição que, simultaneamente, *garantissem direitos e conformasse o poder político*”, criada por um fato novo: o surgimento do poder constituinte (CANOTILHO, 1997, p. 52).

Garantia de direitos e conformação do poder político nos remetem à *limitação do poder*. No caso francês, não há a limitação do poder anterior. Esse não foi limitado, foi destruído. É a limitação do poder que veio substituí-lo.

3.3 O modelo norte-americano de decisões populares

Na evolução do constitucionalismo e em nossa busca pela identificação dos “limites” do poder, o modelo norte-americano é de imprescindível valor.

O povo norte-americano, povo aqui na acepção de grupo de pessoas físicas determináveis em certo território e época⁵, toma decisões (“momentos constitucionais” ou poder constituinte), mesmo que raras, limitando as frequentes decisões de governo.

Há uma aproximação e um afastamento do modelo americano em relação aos ideais da Revolução Francesa, explicados por Canotilho (1997, p. 53-54):

Não se pretendia tanto reinventar um soberano onipotente (a *Nação*), mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da constituição, concebida como lei superior. [...] Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. [...] A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer “lei” de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.

Esse modelo eleva o poder judicial a “verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades” (CANOTILHO, 1997, P. 54), fiscalizando a constitucionalidade das leis, *medindo* a adequação destas àquela.

⁵ Povo é conceito plurívoco, como afirma e demonstra F. Müller (1998) e Fábio Konder Comparato (1998, p. 15). Esse autor afirma que *povo* no sentido de titular da soberania democrática moderna surgiu antes da independência dos EUA, através de Thomas Jefferson e seu projeto de Constituição para a Virgínia, quando um povo estava rompendo seus laços políticos com outro – no caso com a Realeza da Inglaterra.

3.4 O histórico constitucional brasileiro

Nossa história constitucional diverge, em parte, dos modelos referidos. A primeira Carta Política brasileira foi outorgada pelo Imperador, que fecha a Assembleia Constituinte e baixa a Constituição que queria⁶.

Esse ímpeto ditatorial vai refletir-se muitas vezes ao longo de nossa história e ao longo de nossas novas Constituições. Mas não só. Veja-se em Pontes de Miranda (1973, p. 8-9) a colocação da nossa história constitucional dentro dos padrões que vimos em Canotilho:

Posto que todas as épocas do constitucionalismo brasileiro se prendam à feição *sistemática*, e não à feição *costumeira*, variável, segundo a tradição inglesa, é digno de menção que sempre as leis ordinárias ou as tendências da jurisprudência colaboraram na *expansão* dos princípios constitucionais, por vezes com certa riqueza de floração⁷.

Pensadores do Império ajudaram a firmar na nova nação os valores do constitucionalismo.

4 A Constituição para o Direito Positivo

Esse histórico constitucional tem pouco valor no positivismo jurídico⁸. No presente trabalho, o enfoque do Direito Positivo será preponderante. Para ele, a Constituição vale como lei maior, limite e referência para os legisladores⁹.

Com isso, queremos destacar a supremacia da Constituição dentro do ordenamento jurídico positivo, que é referência permanente a toda a produção legislativa, de quaisquer corpos legislativos que se encontram a ela submetidos. Assim também, queremos firmar a importante premissa de que a constituição limita a competência dos legisladores infraconstitucionais. Por referência constitucional temos toda a sistemática principiológica ínsita aos textos constitucionais que, mesmo não estipulando preceitos ou determinações específicas sobre dado assunto, oferece o *Norte*, o *rumo* para situar o legislador dentro do arcabouço básico querido pelo constituinte (não enquanto pessoa, mas enquanto instituição).

Além disso, naqueles temas em que o constituinte traçou disposições expressas, ele limitou o trabalho do legislador infraconstitucional. Ou seja, o constituinte fixou, previamente, o conteúdo daquilo que tocou.

⁶ Veja-se, num brevíssimo panorama, o histórico de nossa experiência constitucional, na pena de Pontes de Miranda (1973, p. 9): "Pode-se dizer que a Constituição – a primeira – nos foi dada ao nascermos. Procuramo-la e demoramos em achá-la. Outorgaram-no-la. A segunda que tivemos, fizemo-la, mas fizemo-la porque a Monarquia caíra sem levar consigo os monarquistas. Mais uma vez o constitucionalismo brasileiro se ligou a fato que o acarreta. Não foi diferente o que ocorreu em 1934. Porque 1930 não foi nem partiu da vontade de uma Constituição: 1930 produziu 1932, que a apressou, e 1934, que a realizou. 1937 foi *crítica*, a súbitas, a 1934, mais crítica em parte, e continuação em muitas regras jurídicas, principalmente às Emendas. 1946 propôs-se a raspar o 1937, que se tornou, até então, a regressão maior da nossa história".

⁷ Ajustamos ao léxico. Destaques do original. A citação extrai-se de contexto pouco semelhante, quando Pontes de Miranda retrata nossas idas e vindas ditatoriais.

⁸ A história jurídica é o ramo que cuida do resgate dos fatos relevantes do passado para o Direito.

⁹ O positivismo jurídico sofre a crítica pelo exagerado normativismo, podendo reduzir o Direito – segundo José Afonso da Silva (1999, p. 31) – a uma mera lógica jurídica.

Destaque-se, por oportuno, a vinculação ao conteúdo das disposições constitucionais, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1999, p. 18-19):

Ademais, como o direito é uma ordem, está excluída da escolha qualquer norma que instaure uma desordem, gerando incerteza e insegurança. Isto porque, instaurada a primeira norma, *o primeiro legislador fica preso à sua palavra* e às decorrências que ela provoca. Ele não é mais dono do sistema e qualquer modificação subjetiva ou será ilegítima ou significará uma nova norma primeira.

O contexto de onde extraímos a citação ajuda a demonstrar a riqueza e importância dessas considerações. Ferraz Júnior (1999) está explicando Kelsen e os limites impostos ao legislador, pela norma primeira. Para o pensador austríaco, segundo Ferraz Júnior, o cidadão não está sujeito a “um arbítrio incontrolável” do legislador. O texto citado é a segunda demonstração de limites para o feitor das normas. Antes há a identificação da norma primeira, sendo que esta precisa ser posta por um poder eficaz e possuir efetividade política e social.

Esses requisitos, para nós, estão presentes em nossa Constituição Federal, nas limitações que as palavras ali postas infligem ao legislador.

Existem elementos no próprio sistema do Direito Positivo que demonstram a supremacia da Constituição. Prova insofismável temos na declaração de inconstitucionalidade de uma lei (CARRAZZA, 1981, p. 60).

Marshall (*apud* CARRAZA, 1981, p. 61), ao firmar a supremacia constitucional na sociedade norte-americana, deixou para a posteridade de modo irretocável as bases de suas conclusões lógicas:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitado. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e, consequentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo à Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.

Também Agustin Gordillo (1977, p. 65) realça a supremacia da Constituição:

Deste modo, o que se entendeu ser a máxima aspiração do passado, a submissão dos particulares à lei, ainda que de modo algum se deva nem se possa abandonar, fica de todos os modos relegado como uma etapa a mais na evolução. Já não basta que a Administração esteja submetida à lei, mas é também necessário que a lei esteja submetida à Constituição, que haja uma ordem jurídica superior ao próprio legislador, superando assim o dogma da soberania popular, representada no Parlamento e passando à representação da soberania do povo na Constituição.

Gordillo (1977) foi muito feliz ao apontar que a constitucionalização do direito é um avanço em relação à legalidade. Mesmo dando loas a essa conquista (a da fixação do Direito Positivo na lei), ela não é mais suficiente. A Administração, na evolução, está subordinada à Carta Magna, assim como o próprio legislador. Podemos dizer, nessa linha de interpretação de suas palavras, que tudo o que o Parlamento (britânico, notadamente) representou no passado, o Texto Constitucional representa hoje.

Todas essas conclusões já tinham despertado Seabra Fagundes (1957, p. 15), que afirmou:

O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda os seus fins.

A Constituição moderna é vista como grande repositório de *direitos subjetivos públicos* dos habitantes de uma determinada nação¹⁰. É muito interessante essa colocação de *direito subjetivo público*. Temos, então, que a Constituição contrapõe a todo o poder (e que não é pequeno, destaque-se) do Estado uma série de proteções aos habitantes, verdadeiros limites desse poder.

Temos para Gordillo (1977), então, a Constituição como *limite aos poderes públicos*, sem discrepância dos autores antes referidos.

Essas afirmações de que a Constituição limita os poderes públicos e concede direitos subjetivos públicos aos cidadãos, lembra Gordillo (1977), não podem ser feitas como se fossem princípios gerais. Para serem válidas, é preciso demonstrar sua validade diante de um direito positivado em um determinado país. Acrescentamos, de nossa parte, que, além de ser um país determinado, faz-se necessário um momento histórico (um lapso temporal, um período) determinado. Isso porque o Direito Público não é estático. Ao contrário, é dinâmico e se moderniza, avança. Às vezes retrocede, mas raramente estagna.

5 Estados de Direito e Estados de Polícia¹¹

Atualmente, os Estados de Direito caracterizam-se pelo cumprimento da Constituição pelo próprio Estado¹². Vale dizer: as demais pessoas (naturais e

¹⁰ "Como contrapeso a esta faculdade de mandar, a este 'poder público' do Estado na sua personalidade jurídica, é concedida aos habitantes uma série de proteções, consideradas como *limites à atividade do Estado*. Esses limites denominam-se *direitos subjetivos públicos*. O poder público estatal acha-se, em consequência, equilibrado pelos direitos subjetivos públicos dos habitantes. Tanto o poder público estatal, como os direitos subjetivos públicos dos habitantes encontram sua origem e sua força jurídica na Constituição, que é o instrumento mediante o qual o povo soberano se dá suas regras fundamentais de organização; por isso tanto um como o outro são faculdades que se desenvolvem dentro do ordenamento jurídico". (GORDILLO, 1977, p. 90)

¹¹ Não iremos, nesse tópico, abordar todas as formas políticas de organização estatal. Bastar-nos-á a distinção entre Estados de Direito e Estados de Polícia, pois buscamos averiguar apenas um ponto específico: o respeito à Constituição.

¹² Roque Antonio Carrazza já havia destacado essa particularidade em 1976, em sua Dissertação de Mestrado "O sujeito ativo da obrigação tributária", defendida na PUC/SP. Hoje, consulte-se sua obra (CARRAZZA, 1999, especialmente p. 270 e ss).

jurídicas, incluindo as pessoas estatais)¹³ podem exigir que todas as pessoas públicas, que o próprio Estado, não apenas cumpram a Constituição e as leis gerais, mas as respeitem em suas limitações. Acaso o Estado não cumpra a Constituição, não estaremos diante de um Estado de Direito, mas sim de um Estado de Polícia.

Por isso, é preciso provar que se esteja vivendo num Estado de Direito. Essa prova se extrai do cotejo entre o próprio texto constitucional, a legislação infraconstitucional e a aplicação das leis. Não basta, para termos um Estado de Direito, que o próprio Estado se sujeite aos princípios jurídicos fundamentais e que respeite os direitos individuais, em especial a liberdade. É preciso provar que o Estado se submete às normas jurídicas imperantes, estando a resposta, em parte, em sua Constituição. Dizemos *em parte* porque estamos atentos ao fenômeno da *Constituição simbólica*, em que os preceitos constitucionais não são, de fato, aplicados, nos termos como exposto por Marcelo Neves (2007, p. 83 e ss).

Para o moderno cientista do Direito, não se deve, para obter essas respostas, saber se um determinado governo ("gestão governamental") (GORDILLO, 1977, p. 91) se submete ou não a esse Estado de Direito. A análise se restringe ao Direito Positivo. Essa visão, registramos, é típica do positivismo jurídico. Não é como pensamos atualmente (BECHO, 2021, p. 79-81).

Gordillo (1977, p. 93) exemplifica o estabelecimento de um Estado de Direito no mandado de segurança, no controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e no controle de legalidade dos atos administrativos mesmo na ausência de lei a respeito. E diz mais. Para se ter um Estado de Direito, a Constituição tem que ser uma ordem jurídica. E para isso acontecer, tem-se que demonstrar

[...] que está composta por normas jurídicas (portanto, imperativas), que as mesmas tenham uma característica comum (a supremacia) que, permitindo diferenciá-las das demais normas jurídicas (legislativas, administrativas etc.), as particulariza num grupo especial carente de lacunas e "pleno"; um ordenamento jurídico que não se integra com o resto das normas de Direito, mas que as domina e regula, mantendo uma diferenciação que permite reconhecê-lo como tal, e invocá-lo a qualquer momento sem importar com o disposto nas outras normas de Direito.

Essa citação cai como uma luva para a nossa ideia de não se sair da Constituição senão quando estritamente necessário (BECHO, 2000, p. 40-41).

Quanto à supremacia *normativa* da Constituição, afirmava Pinto Ferreira (1971, p. 17):

O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político. De fato, as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

¹³ Numa federação, é bastante comum os diversos entes públicos terem demandas entre si. Dessa forma, Estados-membros são opoentes em processos judiciais, ou entre União e determinado Município etc.

Como apontou David Hume (2004, p. 65-66), tanto com base na *razão* (a imensa fragilidade humana e a corrupção inerente à sua própria natureza), quanto na *experiência* e na história, devemos limitar e restringir o governo, por meio da *vigência legal de uma Constituição*.

Juntando-se ao coro de filósofos e juristas de mais alta estirpe, Geraldo Ataliba e Aires Barreto (1989, p. 74) também pugnaram pela supremacia constitucional, notadamente sobre o legislador ordinário¹⁴. A supremacia constitucional não deve, entretanto, ser vista como um mero conceito formal. Ao contrário, a Constituição é veículo de valores e diretrizes, bem como de conteúdos materiais.

Entendemos que é um imperativo lógico a supremacia constitucional. Se a Constituição é a fonte, não pode emanar produto diferente dela mesma. De uma mina de água não pode sair petróleo, de uma macieira não brotam pêssegos¹⁵. No Direito, o decreto se restringe à lei; a lei se restringe à Constituição. A Constituição *aceita* que o legislador *colha* as leis que ela *jorra*, implicitamente.

6 Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e direitos humanos

Os avanços experimentados pelo direito constitucional e pela filosofia do direito fizeram-se notar na formulação de uma nova fase jurídica, que pode ser rotulada de *neoconstitucionalismo*, de *pós-positivismo* ou, em termos genéricos, de *direitos humanos*. Mauro Barberis (2005, p. 27) expõe o *neoconstitucionalismo*, apontado como a quarta corrente filosófica, ao lado do jusnaturalismo, do juspositivismo e do realismo jurídico. Segundo ele, para a nova linha filosófica do direito “[...] não há ainda contornos nítidos e nem mesmo um nome consolidado” (tradução livre).

Segundo Barberis (2005, p. 27), o Estado constitucional do século XX, com o qual a filosofia neoconstitucionalista se relaciona, é marcado por dois aspectos: primeiro, pela rigidez da Constituição, que não pode mais ser alterada pela legislação ordinária (só por uma lei constitucional, de maioria reforçada); segundo, pelo controle de legitimidade das leis, que autoriza os tribunais a anularem as leis ordinárias que violam a Constituição. Em outras palavras, a Constituição deixa de ser uma carta meramente política e programática para compor integralmente o sistema jurídico, com a força e os efeitos que lhe são próprios. É esse o sentido da nova concepção do constitucionalismo para o Direito, não apenas a existência de um documento magno (eis aí a justificativa para o nome *neoconstitucionalismo*), mas um texto jurídico superior, capaz de impor conteúdos normativos a todo o conjunto de documentos legais hierarquicamente inferiores.

De acordo com alguns dos autores consultados, os direitos humanos e o neoconstitucionalismo estão em fase de elaboração, portanto não se tem certeza

¹⁴ “Assim dispondo, a Constituição tira toda liberdade do legislador. [...] Ou o intérprete entende assim o preceito constitucional, ou estará implicitamente admitindo que a Constituição é vazia, insignificante: que não é norma superior – que se impõe ao próprio legislador – mas simples recomendação”. Referências dos autores para comprovar a supremacia constitucional: processo especial de reforma constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, controle judicial difuso, suspensão pelo Senado de lei declarada inconstitucional. (ATALIBA; BARRETO, 1989, p. 74)

¹⁵ Pontes de Miranda (1979, p. 4) usou esse artifício comparativo de linguagem, ao cuidar de Democracia.

da terminologia nem da nomenclatura que vão ser consolidadas. Poderemos ter direitos humanos, pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, como sinônimos ou como institutos jurídicos ou linhas filosóficas distintas. Afinal, estamos vivendo uma época de transição – e, de certa forma, de indefinição – social¹⁶.

Nessa fase de construção de uma nova dimensão jurídica, ressaltam em importância os mecanismos que serão utilizados pelo novo paradigma constitucional. Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 22), são os seguintes:

[...] atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Para a formação da nova hermenêutica constitucional, consideramos necessário expor alguns dados. O neoconstitucionalismo tem como traço marcante um novo paradigma jurídico. O término da Segunda Guerra marcou o fim da Europa como principal centro econômico e político mundial, surgindo os Estados Unidos como o novo centro do mundo. O grande vencedor da guerra colocou-se no epicentro mundial, tanto militar como política e economicamente. Alterou também a maior referência jurídica. Se antes vivíamos o modelo da supremacia legislativa, resultado de fatos históricos principalmente na Inglaterra, na França e na Alemanha, desde a Idade Média, após 1945, o modelo americano passou a ser destacado. No Direito praticado nos Estados Unidos identificamos a supremacia da Constituição como documento jurídico, de conteúdo notavelmente principiológico (tanto que a Carta Constitucional americana não é nada extensa) e, principalmente, destacamos o papel do Poder Judiciário, realçado pela Suprema Corte dos EUA, que gerou os efeitos do neoconstitucionalismo, apontados na citação de Barroso. Podemos dizer que foi o Direito Constitucional norte-americano que influenciou o constitucionalismo europeu moderno, a partir da Constituição Italiana do pós-guerra e da instalação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Como a doutrina aponta, foi lenta a construção do constitucionalismo norte-americano, que tem como pilares a supremacia da Constituição e o controle judicial dos atos legislativos. Sampaio Dória (1986, p. 26) aponta a década de 1930 como o período em que houve a consolidação dessa sistemática, data que aproxima o denominado neoconstitucionalismo dos fatos que geraram a Segunda Guerra Mundial. Mas a estrutura constitucional norte-americana já havia sido lançada muito antes. Nos artigos federalistas, encontramos uma passagem muito significativa, conforme Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 483):

¹⁶ "Ao longo desta discussão, procurou-se trazer para a proposta da reflexão jusfilosófica contemporânea, dos tempos que se atravessam (e pelos quais somos atravessados), o tema da pós-modernidade. A expressão, assumidamente polêmica, designa um tempo que vive dos escombros da modernidade, e cuja definição ainda não se afigura como certa. Por isso, é possível constatar-la, até discuti-la, mas não propriamente descrevê-la. O estado de coisas indica que algo está em curso, sob os nossos olhos, e, em meio às brumas, se pode entrever um conjunto de mutações que vêm sendo provocadas em diversas dimensões, projetando-se em abalos marcantes sobre os conceitos modernos, sob o manto dos quais se conduzia a vida, se organizavam as instituições, se agia socialmente, se estruturavam os relacionamentos humanos, se concebiam as regras morais e jurídicas etc". (BITTAR;ALMEIDA, 2007, p. 589)

É fácil ver, no entanto, que os juízes precisariam ter uma parcela incomum de força para cumprir seu dever de fiéis guardiães da Constituição quando violações dela pelo legislativo fossem instigadas pela voz da maioria da comunidade.

A partir da nova concepção constitucional, a metodologia de solução dos conflitos entre as leis, como o critério temporal (lei nova revoga lei anterior) e da especialidade (lei geral não revoga lei especial), conforme está no artigo 2º de nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)¹⁷, não mais será a única utilizada nos tribunais constitucionais. Pelos pressupostos do neoconstitucionalismo, a nova hermenêutica constitucional acrescentará inéditos princípios instrumentais de interpretação, vistos como “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos”, ressaltando-se “a supremacia da Constituição”, a “presunção de constitucionalidade” das leis e atos dos Poderes Públicos, “a interpretação conforme a Constituição” e os princípios da unidade, da razoabilidade e da efetividade das disposições constitucionais (BARROSO, 2007, p. 25).

Para esses últimos princípios, não bastarão os instrumentos de subsunção anteriores ao neoconstitucionalismo, o que aumenta a participação dos juízes no procedimento de criação da norma jurídica, que passam a atuar ou a poder atuar de maneira similar aos seus pares norte-americanos. Afinal, os valores jurídicos dos vitoriosos na Segunda Guerra Mundial não são mensurados com os mesmos instrumentais que as leis, principalmente após o declínio da hegemonia da teoria filosófica do conhecimento aplicada cegamente ao Direito, ou seja, após o declínio do positivismo jurídico como adotado no século XIX e na primeira metade do século XX.

Há uma grande similitude do neoconstitucionalismo como a doutrina que surgiu após 1945. Como os direitos humanos estão fundados em conceitos abstratos, como os da *dignidade da pessoa humana*, *solidariedade* e *razoabilidade*, não é mais possível centrar as discussões jurídicas apenas nas leis. Os tribunais constitucionais – e os magistrados como componentes de um verdadeiro Poder – trabalharão sobre textos de “menor densidade jurídica”, que exigem metodologia própria, distinta das técnicas juspositivistas tradicionais. Os direitos humanos e o neoconstitucionalismo nos levam, por isso, ao retorno à dialética e à análise tópica, instrumentos próprios para a verificação de “bens jurídicos que se contrapõem” (BARROSO, 2007, p. 26). Em outras palavras, a *subsunção* será sobreposta, no paradigma constitucional atual – com referência aos direitos humanos protegidos pelos princípios constitucionais –, pela *argumentação*. A argumentação, e não a subsunção, é a principal técnica jurídica no presente estágio da ciência jurídica.

Para o neoconstitucionalismo, pois, a Constituição não é superior às leis infraconstitucionais *apenas* porque provinda de uma fonte hierarquicamente superior. A Constituição, para o neoconstitucionalismo e para os direitos humanos, é também materialmente superior às demais leis, por veicular comandos de conteúdo mais abstrato, que exigem técnicas específicas de interpretação. Quem nivela a Constituição com as demais leis, não concordará com o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo se aproxima do positivismo jurídico pelo reconhecimento da profunda positivação de direitos nos textos constitucionais.

¹⁷ A vetusta Lei de Introdução ao Código Civil, veiculada pelo indicado Decreto-Lei nº 4.657/1942, teve sua nomenclatura alterada pela Lei nº 12.376/2010 para *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

Entretanto, o neoconstitucionalismo não se confunde com o juspositivismo por uma série de distinções entre a positivação constitucional e a positivação legal. Naquela, o neoconstitucionalismo aponta a textura aberta das normas constitucionais, o fato de serem permeadas por valores, bem como pelo caráter criativo e necessariamente presente das interpretações de aludidos textos constitucionais.

Da mesma maneira, o neoconstitucionalismo se aproxima e se afasta do jusnaturalismo. A aproximação ocorre no reconhecimento de que há valores superiores ao ordenamento legal, por exemplo, na aceitação da busca por justiça como um valor jurídico, no reconhecimento de princípios não necessariamente escritos, como da segurança jurídica e certeza do direito. Todavia, no neoconstitucionalismo, é reconhecido e indiscutível o grau de positivação dos valores que, ao contrário do que ocorria no jusnaturalismo, não são buscados em locais metajurídicos (na razão ou em textos religiosos). Um dos traços do neoconstitucionalismo é que os valores jurídicos são aqueles localizados na Constituição, explícita ou pelo menos implicitamente.

Luís Roberto Barroso (2007, p. 22) destaca – como marco filosófico – a confluência do jusnaturalismo com o positivismo jurídico no neoconstitucionalismo, identificando-os como “opostos, mas, por vezes, singularmente complementares” e averba: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”.

Por indicação no texto de Barroso, alcançamos o interessante estudo de Albert Calsamiglia (1998, p. 209), que afirma:

Em certo sentido, a teoria jurídica atual se pode denominar pós-positivista precisamente porque muitos dos ensinamentos do positivismo foram aceitos e hoje todos, em certo sentido, somos positivistas. [...] Denominarei pós-positivista às teorias contemporâneas que põem o acento nos problemas da indeterminação do direito e nas relações entre o direito, a moral e a política. (tradução livre)¹⁸

Tanto com o neoconstitucionalismo quanto com os direitos humanos, retornamos às ligações tão antigas entre o Direito e a moral, o que está permitindo a utilização de autores verdadeiramente clássicos, como Hegel (2003, p. 5)¹⁹.

A releitura dos clássicos permitiu a *virada kantiana*, da qual participa a colheita dos reais ensinamentos também de Hegel e de outros autores antigos. Muitos autores clássicos, como Kant e Hegel, foram utilizados pelo juspositivismo apenas naquelas passagens que parecia útil a esse movimento (o positivismo). Hoje se vê que leituras mais atentas apontam nos grandes filósofos posturas muito menos formais e radicais do que se supunha.

Voltamos a tratar – dentro do Direito – de um senso de justiça, de uma ética que está acima dos governantes. Esses são temas tanto de filosofia do direito quando alteram o Direito enquanto ordenação. Ou seja, o pós-positivismo, aqui

¹⁸ No original consta: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporâneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209)

¹⁹ “Grave erro seria extrair, da afirmada diferença entre o direito natural ou filosófico e o direito positivo, a conclusão de que se opõem ou contradizem. Antes estão um para o outro como as Instituições para as Pandectas”. (HEGEL, 2003, p. 5)

tratado como neoconstitucionalismo, é tema jurídico e filosófico. Os efeitos da atual forma de leitura do dado jurídico, em certos casos, estarão postos, porém, de forma tênue (conforme pensamos), e devem ser preenchidos com o pensamento evolutivo de nossa época.

A morada do neoconstitucionalismo está nas Constituições, disso já sabemos. Algumas de suas características são a imutabilidade de parte do Texto Constitucional, *quorum* especial para a alteração do restante da Constituição e, principalmente, a existência de conceitos indeterminados e talvez até indetermináveis em sua plenitude. Quanto aos conceitos indetermináveis, o que estamos querendo dizer é que o conteúdo de vários conceitos postos no Texto Maior não é verificável pelos critérios do positivismo, nem pela mera leitura ou pela aplicação das técnicas de linguagem. Além disso, o conteúdo desses conceitos pode sofrer mutação ao longo do tempo. A proteção de um *mínimo vital econômico* ao indivíduo e à família pode sofrer variação no tempo. Hoje o lazer compõe essa referência, quando talvez há cem anos não ocorresse. Nos próximos quinze anos talvez o que seja o *mínimo vital econômico* possa, também, sofrer alteração de conteúdo material. Este é um dos traços principais do neoconstitucionalismo.

Conforme Albert Calsamiglia (1998, p. 211), o pós-positivismo muda a agenda – em evidente crítica ao positivismo – porque presta especial atenção aos conceitos indeterminados. Segundo esse autor, o pós-positivismo despreza do centro das atenções os “casos claros ou fáceis”, preferindo os difíceis.

6.1 Neoconstitucionalismo e direitos humanos

Em que pesem as similitudes e aproximações entre o neoconstitucionalismo e os direitos humanos, acreditamos que seja possível formularmos distinções entre ambos.

Vemos os direitos humanos como filosofia, como uma relação entre o direito e a moral firmada no pressuposto da alteridade do homem como objeto de proteção jurídica acima de quaisquer outros, seja o Estado, seja até mesmo a segurança jurídica vista em moldes tradicionais. Em outras palavras, acima do direito e do estado está o homem. Todos os pretensos direitos ou interesses que conflitam com essa máxima, com essa superioridade intrínseca, deixam de ter validade.

É plenamente possível uma objeção à formulação feita: inexistindo o Estado, talvez pereça o homem. É possível, na forma como conhecemos essas definições tradicionalmente. O que estamos pugnando deve ser inferido de outra forma. É dizer: os interesses do Estado não podem ser suficientes para sacrificarem os homens, exceto se for, verdadeiramente, para salvar o próprio Estado. Isso não seria possível, por exemplo, no *III Reich*. Os perseguidos e assassinados pelo Direito nazista não colocavam em risco o próprio Estado alemão. Como a história comprova, foi o Estado nazista que colocou em risco o Estado alemão.

Propusemo-nos, contudo, a sustentar as diferenças entre o neoconstitucionalismo e os direitos humanos. O que vemos, nessa seara, é o neoconstitucionalismo como uma técnica jurídica de garantia e de realização dos direitos humanos. O neoconstitucionalismo coloca a Constituição em superioridade às demais leis, protege-a das alterações comuns havidas na legislação, preenche

o diploma constitucional com textos indeterminados e que visam a um objetivo maior: a posição sobranceira dos direitos humanos.

Os direitos humanos não são as técnicas. Eles são os conteúdos e os fins do Direito (a proteção do homem). E tais conteúdos significam a afirmação da axiologia no Direito, a determinação de valores protetivos dos homens no ordenamento jurídico. O Direito não pode ser visto, nesse contexto, como mera técnica de organização social ou de subjugação, por ato de força, da sociedade pelo detentor do poder. O poder e o Direito passam a ser, repetimos, os instrumentos de salvaguarda dos homens. E o neoconstitucionalismo é o meio para se atingir esses objetivos. Os direitos humanos defendem a moral que deve ser seguida, essa justiça que ainda se persegue, essa ética minimamente posta no ordenamento jurídico.

Lembramos que, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados e as convenções internacionais sobre os direitos humanos, aprovados segundo os trâmites e quóruns das emendas constitucionais, serão equivalentes à Constituição originária, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 5º de nosso Texto Fundamental, acrescido pela Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

6.2 Processos de concretização do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos

A reação aos atentados aos direitos humanos havidos no século passado não ficou restrita aos quadrantes filosóficos. A reação penetrou profundamente no universo do Direito. E não apenas como discurso. A dogmática dos direitos humanos se fez acompanhar por ações concretas de proteção do homem frente ao Estado e ao abuso de autoridade. Para a proteção dos direitos humanos no plano concreto, foram criadas ações judiciais, mecanismos processuais e procedimentais que concretizaram os avanços humanistas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 – engajada na proteção dos direitos humanos como reação ao Regime Militar instaurado com o golpe militar de 1964, e afinada com os pactos mundiais e os textos constitucionais do pós-guerra (pós-1945) – estabeleceu uma série de procedimentos, de ações constitucionais para defesa dos direitos dos cidadãos (direitos humanos). Tais ações podem ser separadas em dois grupos: os procedimentos objetivos e os procedimentos subjetivos. Ambos resultam em processos jurisdicionais concretos, efetivos, com inegáveis efeitos jurídicos e que são capazes de alterar o mundo dos fatos, demonstrando que não se restringem a efeitos retóricos.

Os procedimentos objetivos são aqueles em que a proteção do homem se faz independentemente da identificação de um autor específico ou, melhor dizendo, apontando quem e em qual lesão ele estará sujeito. A dogmática constitucional afirma que os procedimentos ou processos objetivos – ou abstratos – protegem a própria Constituição, enquanto os subjetivos – ou concretos – protegem o direito ou o interesse legítimo de uma pessoa (CLÈVE, 1995, p. 62).

Os procedimentos objetivos são os seguintes: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Os procedimentos subjetivos são aqueles em que é necessário apontar a pessoa que sofre a lesão. Dentro desse grupo, destacamos alguns que

podem ser manejados com propriedade na proteção dos direitos humanos (em sentido lato) ou dos valores agasalhados em nosso ordenamento jurídico: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e ação de improbidade administrativa.

Os procedimentos objetivos conferem notável efetividade para o neoconstitucionalismo e para os direitos humanos.

6.3 Onde estão os valores dos direitos humanos?

Os termos “virtude”, “vício”, “dever”, “correto”, “bem”, “mal” compõem o quadro tradicional dos valores éticos. Em termos jurídicos, apontamos que os valores, atualmente, voltam a ser reconhecidos e consagrados. Onde estão, portanto, os valores no ordenamento jurídico, e os valores que compõem os direitos humanos em especial? A dogmática é firme em reconhecê-los nos princípios.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 76-77) ensina como os princípios são os *elementos constitutivos* que conferem a unidade interna da ordem jurídica. Tal unidade refere-se à “recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos”, o que impede a visão do Direito como algo caótico, com valores *singulares* chocando-se em permanente conflito²⁰. Canaris afirma que os princípios gerais libertam os valores singulares de “seu isolamento aparente”, reconduzindo-os à conexão “orgânica” que permite a unidade da ordem jurídica. Nós, na verdade, fomos além de Canaris, ao filiar-mo-nos à dogmática kantiana de localizar um único princípio fundamental: a liberdade. Conjugando as lições acima com as apreendidas em Kant, temos que o primeiro princípio jurídico é a liberdade. Em seguida, temos os princípios gerais do Direito. Todos eles veiculam os valores supremos da ordem jurídica.

J. J. Gomes Canotilho (1997, p. 1036) leciona na linha que estamos explorando. Afirma o constitucionalista português que um sistema jurídico composto somente por regras seria de “[...] limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida”, enquanto se baseado exclusivamente em princípios também seria inaceitável, pois:

A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Eis o porquê de o sistema jurídico necessitar tanto das regras quanto dos princípios, ambos “ativamente operantes” por força “de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática”. Canotilho (1997, p. 1037) considera a Constituição como um *sistema aberto de regras e princípios*, que *respira*

[...] através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* (liberdade, democracia, dignidade)

²⁰ “[...] na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas ‘decisões de conflitos’ e dos valores *singulares*, antes se devendo avançar até aos valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos *princípios gerais* duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante”. (CANARIS2002, p. 76-77)

fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação.

Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 191) desenvolvem as dimensões constitutiva e declarativa dos princípios constitucionais fundamentais, ensinando:

A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem *força normativo-constitucional*, dada a superação definitiva da idéia de Constituição como simples “complexo de diretivas políticas” e uma vez rejeitada a idéia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Conseqüentemente, *toda a Constituição é direito*, toda ela é “lei positiva” e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental.

Estes princípios possuem, em geral, duas dimensões:

- *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua fundamentalidade, exprimem, indiciam e denotam uma compreensão global da ordem constitucional;
- *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, noutros casos, o caráter de “vocábulos designantes” de “fórmulas sintéticas” utilizadas para designar a “soma” de outros princípios e concretizações normativas constitucionalmente plasmados.

O reconhecimento dos princípios jurídicos altera a forma como o Direito é considerado, como leciona Paulo Bonavides (1994, p. 232):

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.

Os princípios do Direito, como vimos anteriormente, estão fortemente arraigados no universo jurídico. Eles ganham mais importância nos direitos humanos diante de seu inegável conteúdo normativo. Se a dogmática juspositivista tratava dos princípios não no sentido normativo, mas como indicações, programas, objetivos a serem alcançados, a depender da vontade (positivação) do legislador, a doutrina dos direitos humanos coloca-os em posição de destaque, no altiplano dos textos normativos, explícita ou implicitamente.

Conforme marca Barberis (2005, p. 28), o controle de legitimidade constitucional inspirou uma legislação mais permeada por princípios constitucionais, alterando também os procedimentos de interpretação jurídica, notadamente os realizados por Cortes Constitucionais e pelos membros do Poder Judiciário. A interpretação constitucional adquire novas formas. Não bastam mais aquelas clássicas regras de interpretação previstas em nossa Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo. O neoconstitucionalismo busca verificar a consonância da legislação com os princípios contidos no Texto Fundamental, mantendo a validade apenas daquelas leis que não conflitam com estes: os princípios.

Barberis (2005, p. 28) destaca que os princípios constitucionais “[...] se exprimem normalmente em termos de valores morais generalíssimos, como

liberdade, igualdade, solidariedade social” (tradução livre)²¹, tornando a tese da separabilidade entre o Direito e a moral – fundamental para o Direito Positivo –, inapropriada nos Estados Constitucionais. Nestes, voltamos a verificar a tese jusnaturalista da conexão necessária entre Direito e moral, com a nova roupagem que é a marca dos direitos humanos: o retorno às discussões morais no âmbito do Direito positivado.

Nesse diapasão, é importante destacar para o profundo matiz principiológico da Constituição Federal de 1988, que exemplificamos com seus primeiros artigos²². Esse rol de princípios humanistas é o vetor para todos os demais dispositivos do Texto Constitucional. Eles servem de alavanca para desenvolver o atual estágio do Direito: ser um instrumento de proteção dos homens, em escala global.

Os dispositivos que seguem aos artigos 1º a 4º são, por sua vez, preenchidos por princípios jurídicos da mais elevada ordem, como todos os descritos no longo rol daqueles que compõem o artigo 5º da Constituição: princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio do devido processo legal e tantos outros, cuja relação, nesse momento, se faz despicienda.

Também os artigos 6º, 7º e 8º do Texto Constitucional são preenchidos com ampla gama de normas-princípios, para usarmos a expressão consagrada de Canotilho e Vital Moreira (2007) acima citada. Podemos afiançar que todos os primeiros artigos de nossa Constituição Federal veiculam significativo rol principiológico, que será reproduzido e reforçado por diversos outros no restante da Carta. Todos eles, a nosso ver, almejam alcançar o objetivo maior de todo sistema jurídico: a liberdade, nos termos da máxima kantiana.

6.4 Neoconstitucionalismo e Direito tributário

Conforme vimos, o neoconstitucionalismo é marcado pela rigidez da Constituição, que não pode mais ser alterada pela legislação ordinária (só por uma lei constitucional, de maioria reforçada), e pelo controle de legitimidade das leis, que autoriza os tribunais a anularem as leis ordinárias que violam a Constituição. Para atingir esse mister, o Poder Judiciário será chamado mais a escolher a melhor interpretação para o sistema jurídico do que simplesmente realizar a subsunção do fato à norma.

²¹ No original consta: “[...] si esprimono normalmente in termini di valori morali generalissimi, come libertà, eguaglianza, solidarietà sociale”. (BARBERIS, 2005, p. 28)

²² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Para nós, o neoconstitucionalismo é um importante instrumento para a realização dos direitos humanos, nos termos como foi explicado *supra*. Dada a sua importância, o neoconstitucionalismo está presente no Direito Tributário brasileiro, como expõe nossa doutrina tradicional. Para comprovar a assertiva, citamos Antônio Roberto Sampaio Dória (1986, p. 24), em seu clássico livro intitulado *Direito constitucional tributário e "due process of law"*, quando afirma a hegemonia da Constituição e do Poder Judiciário como a *pedra de toque da teoria* do Direito norte-americano:

Juridicamente consagrada a supremacia da Constituição (art. VI, sec. 2) sobre a legislação ordinária, surge de imediato o delicado problema de a quem atribuir competência para decretar a eventual incompatibilidade do exercício do poder legislativo com o texto fundamental, eixo em torno do qual gravita todo o equilíbrio do sistema.

A estrutura orgânica do regime deixa transparecer, nitidamente, a competência, para tanto, do Poder Judiciário, deferindo-lhe a Constituição (art. III, sec. 2, §1) capacidade para decidir quaisquer casos "*arising under this Constitution*".

Como vimos, os fundamentos jurídicos do sistema norte-americano só passaram a ser predominantes no mundo ocidental após os julgamentos de Nuremberg.

Voltando à realidade brasileira atual, a jurisprudência demonstra que nosso Supremo Tribunal Federal também está aplicando o neoconstitucionalismo entre nós, no campo tributário. E ainda terá muito o que decidir, utilizando como parâmetros de decisão instrumentos que não são apresentados pelo movimento juspositivista.

Vejamos, a título de exemplo, a problemática surgida com a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito de crédito no Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, referente aos insumos sujeitos à alíquota zero. Os parâmetros jurisprudenciais são recursos extraordinários 350.446-PR e 370.682-SC. O caso concreto não será por nós enfrentado. Interessam-nos os efeitos da mudança de entendimento da mais alta corte do país, em processo cujo mérito é relativo ao Direito Tributário, bem exposto por Misabel Derzi (2007, p. 301):

[...] em nome da segurança jurídica, ou da proteção da confiança (?), será possível à Corte, em tese, graduar os efeitos de suas decisões (obedecidos determinados requisitos, faltantes no caso em julgamento), quer no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, quer no controle difuso dos casos concretos, suscitado pelos recursos extraordinários. O julgamento, portanto, abriu caminhos, até então inusitados no campo do Direito Tributário.

Tais caminhos inusitados estão contidos no neoconstitucionalismo, como as dúvidas levantadas pela mesma docente indicam, pois restará saber, por exemplo, segundo Derzi (2007, p. 300):

[...] se a segurança jurídica envolveria o princípio da irretroatividade das decisões judiciais de forma objetiva, como continuidade da norma judicial que regia os fatos no tempo em que ocorreram, sendo nesse caso essencial o trânsito em julgado? Haveria diferenciação no tratamento da questão pelo

Tribunal, se o princípio invocado fosse restrito à proteção da confiança (que tem nuance subjetiva, embora objetivada), ou à boa-fé, na hipótese concreta daqueles contribuintes que tiveram, em seus processos, decisões monocráticas de ministros da Corte, confirmatórias da definitividade do entendimento que os beneficiava? Enfim, o Supremo Tribunal Federal não parece ter estabelecido nenhuma discriminação entre tais princípios (segurança, irretroatividade, proteção da confiança e da boa-fé). A rigor, concedeu tratamento idêntico a todos, ainda que as situações fáticas de uns fossem radicalmente diferentes daquelas de outros.

Conforme vimos, o neoconstitucionalismo foi identificado principalmente a partir da atuação do Tribunal Constitucional Alemão, que exerceu papel essencial na reorganização do Direito tedesco após 1945. Esse tribunal continua produzindo referências, que alcançam o direito tributário brasileiro. Comprova a assertiva um texto de Humberto Ávila (2007, p. 177), que, para explicar seus pontos de vista a respeito da Emenda Constitucional n. 42/2003, que introduziu o parágrafo 12 ao artigo 195 de nossa Constituição Federal, traça as linhas do “postulado do legislador coerente”, assentando o referido autor que: “O Tribunal Constitucional Alemão tem cada vez mais utilizado o dever de coerência legislativa decorrente do princípio da igualdade”.

7 À guisa de conclusão

Conforme dito, o honroso convite para escrever para a *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, em exemplar dedicado a homenagear os 35 anos da Constituição Federal de 1988, foi uma rara oportunidade para retornarmos ao tema do Estado de Direito brasileiro.

Estamos passando por uma fase de profunda transformação jurídica, notadamente pelo reequilíbrio entre as fontes do Direito, com o aumento da relevância da jurisprudência, até mesmo – o que se diz com pesar – frente à redução da atuação do legislador nas alterações das normas jurídicas. Essa sensação exige do intérprete e do aplicador do Direito redobrada atenção, posto que eventual afastamento da segurança jurídica em prol de um sistema mais flexível não será desacompanhado de frustrações e injustiças, que podem, ao final, gerar os efeitos opostos ao desejado por seus atores.

Somos de opinião que o Congresso Nacional precisa retomar seu papel de maior formulador do Direito, particularmente nas regras tributárias, para benefício de toda a sociedade brasileira.

Referências

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 2. ed. Milão: Giufrè, 1971.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. Substituição e responsabilidade tributária. *Revista de Direito Tributário*, n. 49, p. 73-96, jul./set. 1989.
- ÁVILA, Humberto. O “postulado do legislador coerente” e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11. v. São Paulo: Dialética, 2007, p. 175-183.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto: un'introduzione teorica*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Boletim de direito administrativo*, ano XXIII, n. 1, 2007.
- BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário: crise, teoria dos precedentes e efeitos do afastamento da estrita legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Friedrich Müller: o autor e sua obra. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. v. I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DERZI, Misabel. A irretroatividade do direito, a proteção da confiança, a boa-fé e o RE nº 370.682-SC. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 11. v. São Paulo: Dialética, 2007, p. 299-325.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*. 2 ed. São Paulo: Forense, 1986.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. Prólogo. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FERREIRA, Pinto. Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Público*, v. 4, n. 17, p. 17-32, jul./set. 1971.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo e outros escritos*. 2. ed. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. t. I. 2. ed. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade – os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Helena Barbosa. São Paulo: Cultura, 1945.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

Regras de transição para aposentadoria - EC nº 103/2019

Transition rules for retirement - EC no. 103/2019

Sérgio Nascimento

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo tecer breves considerações sobre as regras de transição para a aposentadoria, decorrentes da reforma previdenciária procedida pela Emenda Constitucional nº 103/2019. Inicialmente, é apresentado um rápido retrospecto histórico sobre os direitos sociais. Na sequência, são abordadas, separadamente, cada uma das regras de transição previstas nos artigos 15, 16, 17, 18 e 20 da mencionada Emenda Constitucional. Por fim, discorre-se acerca do valor da renda mensal inicial dos benefícios concedidos com respaldo nas supra-aludidas regras de transição.

PALAVRAS-CHAVE:

Aposentadoria. Emenda Constitucional nº 103/2019. Regras de transição. Renda mensal inicial.

ABSTRACT:

This article aims to make brief considerations about the transition rules for retirement, resulting from the social security reform made by Constitutional Amendment No. 103/2019. Initially, a brief historical review of social rights is presented. Next, each of the transition rules provided for in articles 15, 16, 17, 18 and 20 of the aforementioned Constitutional Amendment are addressed separately. Finally, we discuss the value of the initial monthly income of the benefits granted based on the aforementioned rules of transition.

KEYWORDS:

Retirement. Constitutional Amendment 103/2019. Transition rules. Initial monthly income.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Regra de transição do art. 15 da EC nº 103/2019 (pontos). 3 Regra de transição do art. 16 da EC nº 103/2019 (idade e tempo de contribuição). 4 Regra de transição do art. 17 da EC nº 103/2019 (tempo adicional de 50% sem idade mínima). 5 Regra do art. 18 da EC nº 103/2019 (aposentadoria por idade). 6 A regra de transição do art. 20 da EC nº 103/2019 (tempo adicional de 100% com exigência de idade mínima). 7 Valor da renda mensal inicial dos benefícios concedidos com respaldo nas supra aludidas regras de transição.

1 Introdução

Em atenção ao honroso convite formulado pelo Exmo. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, digníssimo Diretor da Revista do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para elaboração de artigo doutrinário, destinado à publicação na edição especial da aludida revista, em celebração aos 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, me proponho a tecer algumas breves considerações sobre as regras de transição para a aposentadoria, decorrentes da reforma previdenciária procedida pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019; iniciando o artigo com um rápido retrospecto histórico sobre os direitos sociais.

A Constituição do México, promulgada em 05.02.1917, foi a primeira a incluir os direitos sociais no âmbito constitucional, estabelecendo em seu art. 123 a limitação da jornada diária de trabalho; jornada reduzida para os menores de 16 anos; repouso semanal do trabalhador; proteção à maternidade; salário mínimo; vedação de discriminação salarial, etc.

Todavia, uma estrutura mais elaborada do denominado Estado da Democracia Social surgiu na Alemanha com a promulgação da Constituição de Weimar, em 11.08.1919, na qual os direitos trabalhistas e previdenciários, foram elevados à esfera constitucional como direitos fundamentais (art. 157 e seguintes).

No Brasil, a Constituição Federal de 1934, embora não tenha utilizado a expressão “previdência social”, foi a primeira a prever, em seu art. 121, § 1º, alínea “h”, proteção aos eventos idade, invalidez, maternidade, acidente do trabalho e morte, tendo a Constituição Federal de 1946, em seu art. 157, conferido uma sistematização constitucional à matéria previdenciária.

A Constituição Federal de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº 1/69, em seus artigos 158 e 165, respectivamente, não trouxeram inovações em relação a Carta de 1946.

A grande inovação veio com a atual Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, com a qual a previdência social, a assistência social, e a saúde passaram a ser espécies do gênero seguridade social, nos termos dos art. 194 e 196 a 204 da referida carta, além do que, no atual ordenamento constitucional, o capítulo referente aos direitos sociais, previstos no art. 6º, encontra-se no Título II da CF/88, relativo aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, o direito à previdência social foi elevado a direito fundamental.

Antes da previsão constitucional do direito à previdência social, tal direito social era disciplinado apenas pela legislação ordinária, sendo considerada a primeira normatização sobre a matéria o Decreto nº 4.682, de 24.01.1923 – conhecido como Lei Eloy Chaves –, que permitiu a criação de uma caixa de aposentadorias e pensões para os empregados de cada empresa ferroviária, estendida tal permissão, em 1926, às empresas portuárias e de navegação.

A inviabilidade da existência de uma caixa de aposentadorias e pensões para cada empresa levou à edição do Decreto nº 20.465/1931, que agrupou tais caixas em institutos de aposentadorias e pensões por categorias profissionais (marítimos, industriários, bancários, comerciários, empregados em transportes e cargas, ferroviários e empregados em serviços públicos).

A uniformização dos princípios gerais aplicáveis a esses institutos somente ocorreu com o Decreto nº 35.448/1954 – Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadorias e Pensões –, mas a efetiva padronização do sistema previdenciário somente veio a se verificar com a edição da Lei nº 3.807/1960 – Lei Orgânica da Previdência Social –, que ampliou os benefícios então existentes, além de incluir autônomos e empregadores na qualidade de segurados obrigatórios.

Os Institutos de Aposentadorias e Pensões foram extintos pelo Decreto-Lei nº 72/1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, que já na vigência da atual Constituição Federal foi transformado no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pela Lei nº 8.029/1990.

A Lei nº 8.212/1991 versou sobre o custeio da previdência social, sendo que os benefícios previdenciários foram disciplinados pela Lei nº 8.213/1991, que incluiu os trabalhadores rurais em geral como segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Já foram editadas diversas emendas constitucionais que alteraram as regras previdenciárias destinadas aos servidores públicos e destinadas aos segurados do RGPS:

- EC nº 3/1993 – destinou-se aos servidores públicos;
- EC nº 20/1998 – abrangeu o sistema previdenciário público e privado, entre outras medidas, alterou a aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria por tempo de contribuição e extinguiu a aposentadoria proporcional;
- EC nº 41/2003 – abrangeu principalmente os servidores públicos;
- EC nº 47/2005 – estabeleceu previsão de cobertura previdenciária para pessoas de baixa renda;
- EC nº 70/2012 – destinada aos servidores públicos;
- EC nº 72/2013 – não alterou regras da previdência social, mas assegurou aos trabalhadores domésticos os mesmos direitos sociais conferidos aos demais segurados empregados;
- EC nº 88/2015 – elevou a idade para a aposentadoria compulsória para 75 anos;

Por derradeiro, a EC nº 103/2019, pela qual foi efetuada a denominada Reforma da Previdência, que, entre as principais mudanças, estabeleceu novas regras para aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, que a seguir serão examinadas.

O art. 1º da EC nº 103/2019, publicada em 13.11.2019, entre outras alterações em diversos dispositivos constitucionais, deu nova redação ao inciso I do art. 201 da CF/88, passando, assim, a exigir para a obtenção de aposentadoria urbana, a idade mínima de 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição (o § 1º do referido art. 201 estabelece a previsão de critérios diferenciados de idade e tempo de contribuição para os portadores de deficiência e para os que exercem atividades tidas por especiais, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação).

Aos segurados filiados ao RGPS até a publicação da EC nº 103 (13.11.2019), foram estabelecidas algumas regras de transição pelos arts. 15, 16, 17, 18 e 20 da referida EC nº 103/2019, que devem ser avaliadas caso a caso, uma vez que é a situação específica de cada segurado o fator determinante para escolha da regra de transição mais favorável, sendo que, ao segurado que tinha mais tempo de contribuição até a data da publicação da EC nº 103/2019, normalmente é mais vantajosa a regra do cumprimento do tempo de contribuição adicional (pedágio), na forma estabelecida pelo art. 17 e pelo art. 20 da referida Emenda.

2 Regra de transição do art. 15 da EC nº 103/2019 (pontos)

O art. 15 da EC nº 103/2019 estabelece um sistema de pontuação que soma o tempo de contribuição (mínimo de 35 anos para homem e 30 anos para mulher) com a idade do segurado. Foi fixado esse somatório no ano de 2019 em 96 pontos, se homem, e 86, se mulher, incluídas as frações, que é aumentado a cada ano em 1 ponto até o limite de 105 pontos para homem e 100 pontos para mulher:

- 2019 – homem 96 pontos (mulher 86 pontos)
- 2020 – homem 97 pontos (mulher 87 pontos)
- 2021 – homem 98 pontos (mulher 88 pontos)
- 2022 – homem 99 pontos (mulher 89 pontos)
- 2023 – homem 100 pontos (mulher 90 pontos)
- 2024 – homem 101 pontos (mulher 91 pontos)
- 2025 – homem 102 pontos (mulher 92 pontos)
- 2026 – homem 103 pontos (mulher 93 pontos)
- 2027 – homem 104 pontos (mulher 94 pontos)
- 2028 – homem 105 pontos (mulher 95 pontos)
- 2029 –..... (mulher 96 pontos)
- 2030 –..... (mulher 97 pontos)
- 2031 –..... (mulher 98 pontos)
- 2032 –..... (mulher 99 pontos)
- 2033 –..... (mulher 100 pontos)

Por exemplo, um segurado que tinha 32 anos de contribuição em 13.11.2019 e completou 60 anos idade nesta mesma data, somou 92 pontos em 13.11.2019, mas teria que ter atingido 96 pontos para fazer jus à aposentadoria por tempo de contribuição pela regra de transição em epígrafe, se continuar trabalhando teremos o seguinte cenário pela regra do art. 15, com o aumento de dois pontos a cada ano, um ponto em razão do tempo de contribuição e outro ponto em razão da idade:

- 13.11.2019 – 92 pontos – mínimo necessário 96
- 13.11.2020 – 94 pontos – mínimo necessário 97
- 13.11.2021 – 96 pontos – mínimo necessário 98
- 13.11.2022 – 98 pontos – mínimo necessário 99
- 13.11.2023 – 100 pontos – mínimo necessário 100

Nesse exemplo o segurado em 13.11.2023 terá completado 36 anos serviço e completará 65 anos de idade em 13.11.2024, mas fará jus à aposentadoria em 13.11.2023 pela regra de transição em epígrafe, por ter atingido o mínimo de 100 pontos em tal data.

Para facilitar o entendimento, no exemplo acima, foram dadas datas que levam a números inteiros de idade e tempo de contribuição, mas como dificilmente isso ocorre na prática o cálculo tanto da idade como do tempo de contribuição deve ser apurado em dias para a somatória dos pontos, nos termos do § 2º do art. 15 da EC nº 103/2019.

Cabe, ainda, destacar que para o professor que comprovar exclusivamente 25 anos de contribuição, se mulher, e 30 se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 pontos, se mulher, e 91 pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 01.01.2020, de um ponto até atingir 92 pontos, se mulher, e 100 pontos, se homem.

3 Regra de transição do art. 16 da EC nº 103/2019 (idade e tempo de contribuição)

O art. 16 da EC nº 103/2019 estabelece um sistema que mescla o tempo de contribuição, mínimo de 35 anos para homem e 30 anos para mulher, com a idade do segurado, fixando a idade mínima, em 2019, em 61 anos, se homem, e 56, se mulher, aumentando a cada ano seis meses essas idades mínimas, até o limite de 62 anos de idade, se mulher, e 65 anos de idade, se homem:

- 2019 – 61 anos de idade homem (mulher 56 anos)
- 2020 – 61 anos e 6 meses de idade homem (mulher 56 anos e 6 meses)
- 2021 – 62 anos de idade homem (mulher 57 anos)
- 2022 – 62 anos e 6 meses de idade homem (mulher 57 anos e 6 meses)
- 2023 – 63 anos de idade homem (mulher 58 anos)
- 2024 – 63 anos e 6 meses de idade homem (mulher 58 anos e 6 meses)
- 2025 – 64 anos de idade homem (mulher 59 anos)
- 2026 – 64 anos e 6 meses de idade homem (mulher 59 anos e 6 meses)
- 2027 – 65 anos de idade homem (mulher 60 anos)
- 2028 – 65 anos limite máximo homem (mulher 60 anos e 6 meses)
- 2029 – 65 anos limite máximo homem (mulher 61 anos)
- 2030 – 65 anos limite máximo homem (mulher 61 anos e 6 meses)
- 2031 – 65 anos limite máximo homem (mulher 62 anos)

No exemplo anterior (32 anos de contribuição em 13.11.2019 e 60 anos idade nesta mesma data), aplicando-se a regra do art. 16 não haverá soma da idade com o tempo de contribuição, mas sim um cálculo que combina idade e tempo de serviço, não se considerando dessa forma as frações.

Assim, em 13.11.2022, o segurado completou 35 anos de contribuição e 63 anos de idade; como a idade mínima, pela regra do art. 16, em 2022, é 62 anos e seis meses, em 13.11.2022 o segurado cumpriu os requisitos do art. 16 da EC nº 103/19 (35 anos de contribuição e mais de 62 anos e seis meses de idade no ano de 2022), sendo, portanto, tal opção para ele mais vantajosa que a anterior, com a antecipação de um ano em relação a regra do art. 15 (13.11.2023).

Cabe destacar que, para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e a idade serão reduzidos em cinco anos, sendo, a partir de 01.01.2020, acrescidos de 6 meses, a cada ano, às idades previstas no inciso II, do art. 16, até atingirem 57 anos, se mulher e 60 anos, se homem.

4 Regra de transição do art. 17 da EC nº 103/2019 (tempo adicional de 50% sem idade mínima)

O art. 17 da EC nº 103/2019 é destinado ao segurado que, em 13.11.2019, estava a dois anos ou menos para se aposentar, ou seja, contava com 33 anos de contribuição, ou mais, se homem, ou 28 anos, ou mais, se mulher.

Nessas situações, restou estabelecido no referido art. 17 que o segurado, ao atingir 35 anos de contribuição, se homem, e 30 se mulher, deverá cumprir um período adicional correspondente a 50% do tempo que, na data de entrada em vigor da EC nº 103/2019, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição.

Por exemplo, o segurado que tinha 33 anos e seis meses de contribuição, em 13.11.2019, completou 35 anos de contribuição em 13.05.2021, mas terá que cumprir um pedágio de nove meses, 50% do tempo faltante na data da publicação da EC nº 103/2019 (no caso em tela faltavam dezoito meses), podendo, assim, se aposentar a partir de 13.02.2022, independentemente de sua idade.

5 Regra do art. 18 da EC nº 103/2019 (aposentadoria por idade)

Na aposentadoria por idade, houve alteração apenas em relação à mulher que, a partir de 01.01.2020, terá a idade mínima de 60 anos acrescida em seis meses a cada ano, até atingir 62 anos de idade.

- 2019 – 60 anos de idade
- 2020 – 60 anos e 6 meses de idade
- 2021 – 61 anos de idade
- 2022 – 61 anos e 6 meses de idade
- 2023 – 62 anos de idade

Por exemplo, uma segurada, nascida em 23.07.1960, completou 60 anos de idade em 23.07.2020, mas como no ano de 2020 a idade mínima é de 60 anos e seis meses, somente obteve o direito à aposentadoria por idade em 23.07.2021, quando completou 61 anos de idade, já que é essa a idade mínima em 2021.

Observe-se que, se a segurada completa a idade no primeiro semestre, o resultado lhe é mais favorável. No exemplo anterior, se a segurada tivesse completado 60 anos em 30.06.2020, teria 60 anos e seis meses ainda no ano de 2020 e poderia se aposentar em 30.12.2020.

6 A regra de transição do art. 20 da EC nº 103/2019 (tempo adicional de 100% com exigência de idade mínima)

Destina-se ao segurado do RGPS e também ao servidor público federal em cargo efetivo, que já estejam nessa condição de segurado ou servidor na data da entrada em vigor da EC nº 103/2019, e que preencham cumulativamente os seguintes requisitos:

- idade de 57 anos, se mulher, e 60 anos, se homem;
- contar com 30 anos de contribuição, se mulher, ou 35 anos de contribuição, se homem.

Sendo que, para os servidores públicos, exige-se também um terceiro requisito: 20 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

Nesta regra de transição, restou estabelecido, no referido art. 20, que o segurado que cumprir cumulativamente esses dois requisitos (idade e tempo de contribuição), deverá cumprir um período adicional correspondente a 100% do tempo que, na data de entrada em vigor da EC nº 103/2019, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição.

Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em cinco anos.

Por exemplo, o segurado que tinha 32 anos de contribuição, em 13.11.2019, completou 35 anos de contribuição, em 13.11.2022, mas terá que cumprir um pedágio três anos (100% do tempo faltante na data da publicação da EC nº 103/2019), podendo, assim, se aposentar em 13.11.2025, caso nessa data já conte com 60 anos de idade, não tendo ainda atingido essa idade, terá que aguardar até a data em que completar os 60 anos, sem necessidade de continuar a contribuir após 13.11.2022 (no caso de mulher a idade é 57 anos e o tempo de contribuição 30 anos)

7 Valor da renda mensal inicial dos benefícios concedidos com respaldo nas supra-aludidas regras de transição

- a)** Conforme previsto no art. 26, § 2º, inciso I, e § 5º, da EC nº 103/2019, os benefícios concedidos de acordo com as regras de transição previstas nos artigos 15, 16 e 18 da aludida EC, são calculados com base na média aritmética simples dos salários de contribuição desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, cujo valor deve corresponder a 60% (sessenta por cento) da referida média aritmética, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, se homem, e 15 (quinze) anos de contribuição no caso das mulheres.
- b)** Os benefícios concedidos com base na regra prevista no art. 17 da EC nº 103/2019, conforme previsto no parágrafo único do aludido artigo, *terá seu valor apurado de acordo com a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações calculada na forma da lei, multiplicada pelo fator previdenciário, calculado na forma do disposto nos §§ 7º a 9º do art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.*
- c)** Já os benefícios concedidos com base na regra prevista no art. 20 da Emenda Constitucional nº 103/2019, conforme previsto no § 3º, inciso I, do art. 26 da aludida EC, devem ter seu valor correspondente a 100% (cem por cento) da média aritmética simples dos salários de contribuição desde a competência julho de 1994, ou desde o início da contribuição.

Referências

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Sérgio. *Interpretação do direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Reavaliação do Estado brasileiro e de seu princípio federativo

Reassessment of the Brazilian State and its federative principle

Valdeci dos Santos

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Escritor de Letras Jurídicas (Teoria Geral do Processo).

RESUMO:

O artigo pondera sobre o federalismo no contexto do Estado brasileiro. Para tanto, apresenta um breve histórico do tema nas diversas Constituições que se sucederam. Nessa análise, verifica que o germe da centralização de poderes surge já na Primeira República e, ainda hoje, configura um quadro que a Constituição de 1988 procura reordenar. Na sequência, aborda os pressupostos do federalismo, concluindo que a crise econômica e social enfrentada no momento presente decorre da crise política e institucional. Por fim, demonstra que o encaminhamento dessas questões perpassa pela revisão dos sistemas de representação política e de repartição de competência.

PALAVRAS-CHAVE:

Federalismo. Constituições. Centralização de poder. Representação política. Repartição de competência.

ABSTRACT:

The article ponders on federalism in the context of the Brazilian State. To this end, it presents a brief history of the theme in the various subsequent Constitutions. In this analysis, it verifies that the germ of the centralization of powers appears already in the First Republic and, still, configures a framework that the 1988 Constitution seeks to reorder. Next, he approaches the assumptions of federalism, concluding that the economic and social crisis currently being faced stems from the political and institutional crisis. Finally, it demonstrates that addressing these issues involves reviewing the systems of political representation and the distribution of powers.

KEYWORDS:

Federalism. Constitutions. Centralization of power. Political representation. Distribution of competence.

Retorno ao tema do federalismo para resgatar algumas ideias, em face de estudos recentes, e para tentar melhor entender o seu contexto.

O federalismo foi instituído no Brasil juntamente com a República, por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, institucionalizada pela Constituição de 1891, que restou estruturado com a transformação das antigas províncias do Império em Estados Federados ou Estados-membros da Federação. Ocorre, contudo, que os Estados-membros receberam outorga o bastante para a estrutura de natureza política mas o mesmo não ocorreu no plano da gestão administrativa.

As consequências da falta de condições políticas, administrativas e financeiras dos Estados-membros para assumirem as suas responsabilidades decorrentes da autonomia foi o distanciamento que se verificou entre os Estados-membros melhor aparelhados – os do Sul e do Sudeste – e os demais – principalmente do Norte e Nordeste – mais pobres e incapazes de enfrentar as responsabilidades oriundas da nova situação política.

O distanciamento referido foi principalmente econômico e social, tendo os Estados das regiões mais ricas constatado que reuniam condições para a construção de infraestrutura satisfatória, e os mais pobres – inexistentes os recursos necessários – passaram longas décadas na penúria, até que o Governo da União voltou os olhos para a necessidade de superação das condições sociais e gritantes diferenças entre os Estados ricos e os Estados pobres da Federação.

O resultado desse descompasso foi a intensa pressão exercida pelos Estados-membros para que a União assumisse encargos típicos do federalismo.

Eis o quadro que marcou o germe da centralização de poderes desde os albores da Primeira República Brasileira.

A Constituição de 1934, de conteúdo social inovador quanto à economia, ao trabalho, foi nitidamente nacionalista e estatizante, reforçando o centralismo na União. Ademais, o poder político acabou centralizado na pessoa do Presidente da República. No período de 1937 a 1945, durante o qual vigorou o Estado Novo, a democracia pereceu e com ela a nossa experiência federalista.

A Constituição de 1946, inspirada nas Cartas de 1891 e 1934, instaurou no país o regime democrático e retomou o federalismo, porém não logrou evitar a centralização de poderes na União.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 foram instrumentais do regime autoritário implantado no país em 1964, que centralizou todos os poderes. Nas palavras do jurista Afonso Arinos de Melo Franco (1987, p. 134), “referida legislação somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato”.

Em suma, em que pese o fato de todas as Constituições Republicanas haver inscrito o federalismo como princípio de organização do Estado, a verdade é que a prática federalista no Brasil sempre foi muito parcial, sendo raras aquelas que aprofundaram a experiência, cabendo registrar que o chamado federalismo cooperativo, talvez seja o experimento mais bem sucedido. Na verdade, o chamado federalismo cooperativo sempre justificou a centralização de poderes na União.

Este o quadro que a Constituição Federal de 1988 tem buscado reordenar.

Todavia, quais as diferenças que a Carta ora vigente apresenta em face das demais com relação ao federalismo?

Certamente, a Carta Republicana de 1988 resgata o princípio federalista ao prestigiar os chamados pressupostos de sua existência, quer dizer, fatos antecedentes à realização de outros.

O primeiro desses pressupostos é o da repartição constitucional de competência entre a União e os demais entes federados (Estados e Distrito Federal). A antiga tendência centralizadora do federalismo cooperativo foi substituída pela busca do reequilíbrio entre os mencionados entes. No caso brasileiro, há de se anotar que os Municípios são titulares de competências privativas e exclusivas e figuram no artigo 1º da Constituição Federal como entidade política integrante da Federação.

Segundo pressuposto é o da representação dos Estados perante o Poder Legislativo. O Senado Federal representa os Estados e o Distrito Federal (art. 46) que nele figuram igualmente, com três Senadores com mandato de oito anos.

O terceiro pressuposto é o da existência de um tribunal federal que resolva os conflitos de competência de sua esfera de atuação e seja intérprete fiel e guardião legítimo da Constituição. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerce essas funções e tem características de Corte Constitucional. Por sua vez, O Superior Tribunal de Justiça zela pela inteireza do Direito federal e de sua efetiva aplicação e consolidação de sua jurisprudência.

O quarto pressuposto é o da existência de um mecanismo capaz de assegurar a unidade nacional e a integridade territorial da Federação contra dissensões. Esse mecanismo é o da intervenção federal, previsto no artigo 34, que, em verdade, consagra o princípio da não-intervenção, ocorrendo a intervenção apenas nas hipóteses previstas na referida norma constitucional.

O quinto pressuposto é o da capacidade de autogoverno dos Estados, por meio dos Poderes e órgãos instituídos no âmbito da Constituição Estadual, no exercício do chamado poder constituinte decorrente.

O sexto pressuposto é o da divisão de rendas que, na expressão de Charles Durand (*apud* FERREIRA, 2008, p. 62), "é a pedra de toque da federação". No sistema brasileiro, a divisão de rendas compreende a repartição de rendas e a repartição de receitas tributárias.

Nesse norte, o que se me afigura como ponto de identidade é que a Constituição Federal de 1988 trata do tema de forma a permitir convicção bastante segura, não afastando espaço passível de alguma reavaliação. Assim sendo, penso que a crise econômica e social enfrentada no momento presente decorre da crise política e institucional.

Assim sendo, questões relativas à reforma do Estado e ao seu tamanho, à ausência de tradição democrática e o próprio questionamento das instituições sobrepujam a crise econômica e anulam a viabilidade dos planos econômicas, quer ortodoxos ou heterodoxos, pela simples razão de que as variações que atuam sobre elas daquelas questões pendentes somadas à política e atreladas à exasperante crise social.

Penso que o encaminhamento dessas questões passa pela revisão dos sistemas de representação política e de repartição de competência.

Quanto à representação política, já anotamos que o Senado da República representa os Estados-membros e, nesse ponto, está conforme o pressuposto essencial do federalismo, que dispõe sobre a representação dos Estados junto ao Poder Legislativo da União, de índole majoritária.

Todavia, quando voltamos a atenção para a Câmara Federal, impossível não enxergar as distorções decorrentes do sistema proporcional.

Urge corrigir o sistema de representação para adequá-lo à realidade dos números atuais na forma da Constituição.

Ademais, quando se fala em repensar o próprio tamanho do Estado Brasileiro eis aí um ponto relevante de reflexão.

Aliás, extensível às demais esferas de governo e sem prejuízo do princípio da democracia representativa.

Com relação à repartição de competências, melhor aprofundar o processo de descentralização esboçado em alguns pontos da Carta de 1988, pois os Estados-membros demandam mais autonomia para contrabalançar o poder e a soberania da União. Evidente que devem se desincumbir a contento de suas atribuições.

Quanto à repartição da competência tributária, a verdade é que a Carta de 1988 reverteu antiga tendência centralizadora na União. Dados de 1985 noticiavam que, da receita tributária gerada no país, a União apropriava algo em torno de 80%, os Estados ficavam com 16% e os Municípios com 4%.

Com certeza esse quadro melhorou sensivelmente, porém, o que a sociedade postula é por reforma capaz de viabilizar a adoção de um conjunto de medidas capaz de sustentar um plano de governo que aponte para norte do desenvolvimento.

Anote-se, ademais, que o Estado Brasileiro é de estrutura tríplice, compreende União, Estados-membros e Distrito Federal e, Municípios e, reconheça-se, são estruturas de índoles constitucionais, tradicionais e históricas e que demonstram exaurimento em pontos essenciais delas com o objetivo de torná-las modernas e funcionais.

Quanto ao tamanho de cada uma das respectivas estruturas de poder, convém que se submetam a um rigoroso processo de enxugamento, evitando-se as práticas comuns de superposição de recursos e de execução de tarefas, restando mais econômica a prestação do serviço público.

Convém anotar, por outro lado, ser medida essencial de implementação de política pública a clara definição dos instrumentos pertinentes para a consecução deles nos mais diversos setores do Estado e da Administração.

Assim, o peso da carga tributária depende do tamanho do Estado a financiar, ou seja, qual a quantidade de recursos financeiros necessários ao financiamento da atividade estatal.

A sociedade deseja a simplificação dos mecanismos de tributação visando à sua maior eficiência.

Em suma, reavaliar o Estado Brasileiro, segundo as linhas acima esboçadas, significa revisar ao menos as estruturas essenciais de cada uma das esferas do Poder Político da Nação, interpretando, assim, as aspirações mais lúdicas da sociedade brasileira, mormente o seu sentimento de Justiça social! Como deveres indeclináveis do Estado e direitos inalienáveis da Cidadania.

Referências

DURAND, Charles. Confédération d'États et État Fédéral. *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição, as Constituições do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 134.

JURISPRUDÊNCIA



ÓRGÃO ESPECIAL

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL 0000663-18.2005.4.03.6122

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (LEI Nº 4.870/65). LEI Nº 12.865/2013. DIREITO ADQUIRIDO. VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. IGUALDADE. OFENSA REFLEXA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Ação civil pública tendo como objeto a condenação da União a promover a efetiva fiscalização da aplicação dos recursos do Plano de Assistência Social (PAS) e o reconhecimento da obrigação de fazer no sentido de elaborar e executar o PAS em benefício dos trabalhadores rurais e urbanos da agroindústria canavieira, na forma estabelecida pela Lei nº 4.870/65.

2. Arguição de inconstitucionalidade quanto à incidência dos arts. 38 e 42 da Lei 12.865/2013, que teriam violado os princípios constitucionais da segurança jurídica (direito adquirido), da vedação ao retrocesso em matéria de direitos sociais e da igualdade.

3. O exame se a Lei nº 12.865/2013 violou a Constituição Federal passa, obrigatoriamente, pela análise das disposições da Lei nº 4.870/65, que se caracteriza como norma legal interposta. Eventual ofensa reflexa ou indireta ao texto constitucional.

4. Arguição de inconstitucionalidade não conhecida.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, ArgIncCiv [0000663-18.2005.4.03.6122](#), Desembargador Federal Nino Toldo, j. 11/10/2021, e-DJF3 18/10/2021)

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL 0017774-71.2011.4.03.6100

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 15 E 17 DO ART. 74 da LEI 9.430/1996. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA MATÉRIA. PREJUDICADO O INCIDENTE.

- Pertinência do incidente de arguição de inconstitucionalidade, em função das abalizadas razões expressas no pronunciamento judicial da C. 3ª Turma deste Regional e do assunto ter sido levado ao conhecimento do E. Supremo Tribunal Federal.

- Com respeito ao caso concreto, a “quaestio iuris” veiculada no “mandamus” que deu origem ao vertente incidente encontrava-se sob apreciação do C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 796939/RS, de relatoria do i. Min. Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida.

- Em 20/03/2023, o Pleno do Pretório Excelso julgou o mérito do Recurso Extraordinário em epígrafe, tendo decidido (Tema 736): “O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 736 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, na medida em que inconstitucionais, tanto o já revogado § 15, quanto o atual § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996, mantida, assim, a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*. Foi fixada a seguinte tese: ‘É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária’.”

- Solucionada a controvérsia, relativamente à inconstitucionalidade dos dispositivos legais em testilha, ocorrente a perda superveniente do objeto deste incidente. Precedente deste E. Órgão Especial.

- Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade conhecido e, no mérito, julgado prejudicado. Tornem os autos à 3ª Turma deste Tribunal, para prosseguimento do julgamento da remessa oficial e do recurso voluntário.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, ArgIncCiv [0017774-71.2011.4.03.6100](#), Desembargador Federal David Dantas, j. 29/06/2023, intimação via sistema 30/06/2023)

PRIMEIRA SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA **0015822-97.2006.4.03.0000**

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI. ARTIGOS 67 E 100 DA LEI Nº 8.112/90. DIREITO AO ANUÊNIO E LICENÇA-PRÊMIO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I E III DO ARTIGO 7º DA LEI Nº 8.162/91.

I. A presente ação rescisória foi ajuizada com fundamento no artigo 485, inciso V, do CPC/1973, segundo o qual a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violar literal disposição de lei”.

II. Segundo dispõe o artigo 100, da Lei nº 8.112/90, os servidores federais regidos pelo antigo sistema celetista têm assegurado o direito da contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, quando da conversão ao regime estatutário, inclusive para fins de anuênio e licença-prêmio por assiduidade.

III. Por sua vez, os incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8.162/91, que excepcionavam o cômputo do tempo de serviço prestado sob o regime anterior à conversão, foram declarados inconstitucionais pela Suprema Corte, porque ofensivos à garantia constitucional do direito adquirido, consoante a Súmula nº 678 do STF.

IV. Sendo assim, a parte autora faz jus ao pleito veiculado no feito.

V. Ação rescisória julgada procedente.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, AR [0015822-97.2006.4.03.0000](#), Desembargador Federal Valdeci Dos Santos, j. 05/09/2019, e-DJF3 16/09/2019)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL
5004857-47.2021.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - OPÇÃO PELA PROPOSITURA NO FORO DE DOMICÍLIO DA PARTE IMPETRANTE - VIABILIDADE.

1- Em julgamento realizado sob o regime de repercussão geral (Tema nº. 374), o Supremo Tribunal Federal assentou a “incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais” (Pleno, RE 627709, j. 20/08/2014, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

2- A partir da orientação da Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça modificou entendimento anterior, passando a admitir que também em sede de mandado de segurança é cabível a opção pela distribuição no foro do domicílio do impetrante. Precedentes.

3- Por fim, a matéria foi objeto de debate no C. Órgão Especial desta E. Corte Regional, sedimentando-se a orientação no sentido da viabilidade de opção pela impetração no foro de domicílio.

4- Conflito de competência procedente.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, CCCiv [5004857-47.2021.4.03.0000](#), Desembargadora Federal Giselle França, j. 05/05/2023, Intimação via sistema 11/05/2023)

PRIMEIRA TURMA

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO **0027226-52.2004.4.03.6100**

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO HOMOAFETIVA. APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 217, I, ALÍNEA "C" DA LEI 8.112/90 POR ANALOGIA À UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES STF. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Nos termos da legislação de regência (art. 217, inciso III da Lei nº 8.112/90), a pensão de servidor público é devida ao companheiro que comprove a existência de união estável, sendo presumida a sua dependência econômica.

2. A Constituição Federal em vigor reconhece "a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar", qual prescreve o § 3º do art. 226 e, ainda, nos termos da lei, assegura a percepção de pensão à companheira, conforme dispõe o art. 201, inc. V, com a redação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998.

3. Com o advento da Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º, a união estável, restou expressamente definida enquanto entidade familiar, como a "convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de uma família" e arrola entre os direitos dos conviventes em entidade familiar a recíproca assistência moral e material (art. 2º, II), inclusive após a dissolução da união entre os amásios (art.7º).

4. O art. 1.723 do Código Civil exige para fins de restar configurada a união estável que a convivência entre o casal reúna, concomitantemente, os seguintes elementos: publicidade, continuidade, durabilidade e finalidade de constituir família.

5. O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homo afetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários RE 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. Declarou o STF que é inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. A conclusão da Suprema Corte foi no sentido de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, cabível a extensão dos efeitos independentemente de orientação sexual. Precedentes.

6. Trata-se de posicionamento pacificado do STF, de que devem ser consideradas todas as formas de entidades familiares constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental.

7. A união estável entre o homem e a mulher, configurada na “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Sendo assim, a família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade - CF, art. 226, *caput*. (cf. ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ)

8. Na hipótese, há que se verificar se restaram comprovados os requisitos caracterizadores da união estável devendo ser analisado *in concreto* o preenchimento dos requisitos de convivência duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir entidade familiar.

9. Narra a parte autora que mantém união estável com a Sra. Maria das Graças Bessera da Penha desde 1984 e requereu a inclusão de sua companheira como dependente/beneficiária no âmbito administrativo, sendo negado o pedido ao argumento de que o serviço público federal não reconhece como pensionista, companheiros e companheiras do mesmo sexo.

10. Restou comprovada a existência de união homoafetiva através dos documentos acostados aos autos, onde constam os nomes da autora e sua companheira, tais como, declaração de convivência homoafetiva para fins sucessórios, previdenciários e sociais (85690900 - Pág. 33), testamento (85690900 - Pág. 36/37), contrato de abertura de conta corrente e de poupança conjunta (85690900 - Pág. 38), título de capitalização nominativo (85690900 - Pág. 45), fotos pessoais que retratam a vida doméstica e situações familiares de convivência (85690900 - Pág. 86/89 e 85690901 - Pág. 1/4) e outros, em que se observa que ambas mantêm mesma residência, situação que evidencia vida em comum.

11. O conjunto probatório corrobora as alegações da autora e comprovam a qualidade de companheira da Sra. Maria das Graças Bessera da Penha, e, portanto, a qualidade de dependente e beneficiária para fins de concessão de benefício previdenciário, de modo que não merece reparos a sentença ora combatida.

12. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApReeNec [0027226-52.2004.4.03.6100](#), Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 06/01/2020, e-DJF3 14/01/2020)

APELAÇÃO CÍVEL
5000078-27.2017.4.03.6002

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DA FUNAI POR ATOS ILÍCITOS PERPETRADOS POR INDÍGENAS. NÃO RECEPÇÃO DO REGIME TUTELAR PREVISTO PELO ESTATUTO DO ÍNDIO PELA CF/88. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CITRA PETITA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À COMUNIDADE INDÍGENA CORRÉ NO PROCESSO. SENTENÇA ANULADA SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA A DEVIDA APRECIACÃO DO TEMA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O Código Civil estabelece, em seu art. 4º, parágrafo único, que “a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial”. Por sua vez, a Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) institui, em seu Capítulo II (artigos 7º a 11), um regime especial tutelar civil individual e coletivo aos indígenas. Tais normas dispõem que os índios “não integrados à comunhão nacional” não se encontram investidos na plenitude da capacidade civil, razão pela qual se submetem ao regime tutelar estabelecido pelo referido diploma normativo, ficando condicionada a emancipação do índio à satisfação de requisitos legalmente estabelecidos.

2. Ocorre que tal conjunto normativo mostra-se incompatível com a Constituição da República de 1988, bem como com a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (internalizada pelo Decreto nº 5.051/2004). Nesse sentido, observa-se que a atual disciplina acerca da capacidade civil dos índios, estabelecida pelo vigente regime constitucional, mostra-se incompatível com a limitação instituída pelo Estatuto do Índio. A Constituição da República, em seu art. 232, dispõe que os índios são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, devendo o Ministério Público intervir como fiscal da ordem jurídica, em consonância com o disposto no art. 129, V, da Constituição, e no art. 178, do Código de Processo Civil.

3. Consoante dispõe o Código de Processo Civil, somente possui capacidade para estar em juízo aquele se encontre no exercício de seus direitos (art. 70). Depreende-se, portanto, que a vedação ao pleno exercício dos direitos civis pelos indígenas, estabelecida pela Lei 6.001/73, não deve subsistir, posto que não recepcionada pela ordem constitucional de 1988, tendo em vista a igualdade de direitos prevista pelo *caput* do art. 5º da Constituição da República, bem como pelo fato de que o texto constitucional, ao conferir capacidade processual e postulatória aos indígenas, reconheceu, por conseguinte, sua capacidade jurídica plena.

4. Por outro lado, a Convenção 169, da OIT, estabelece, em art. 8.3, ser vedado qualquer impedimento ao exercício, pelos indígenas, dos direitos reconhecidos para todos os demais cidadãos. Mostra-se inconveniente, portanto, a limitação estabelecida pela Lei 6.001/73 à capacidade civil do índio, com base no superado conceito de “não integração” do indígena à sociedade envolvente. Tal convenção - conforme entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do RE 349.703/RS -, enquanto tratado internacional de direitos humanos, incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma jurídica supralegal e, portanto, encontra-se hierarquicamente acima de qualquer lei ordinária ou

complementar, estando submetida apenas à conformação com as normas constitucionais.

5. Ante o exposto, constata-se que o regime especial tutelar civil previsto pelo Estatuto do Índio é incompatível com a ordem jurídica vigente, de modo que a capacidade do índio para exercer direitos e contrair obrigações não se encontra vinculada à tutela do Estado e, portanto, independe da intervenção da Administração Pública.

6. À FUNAI incumbe estabelecer diretrizes ao cumprimento da política indigenista, zelando pela preservação das instituições e comunidades tradicionais e pelo respeito à diversidade cultural, devendo a intervenção da Autarquia orientar-se por tais princípios. Tal intervenção não se confunde com o superado regime especial tutelar civil individual e coletivo conferido aos índios pela Lei 6.001/73, os quais, consoante exposto, devem ser tratados como indivíduos com plena capacidade civil.

7. Ante o exposto, no caso em análise, devem ser afastados quaisquer fundamentos que busquem atribuir responsabilização integral à FUNAI, por atos ilícitos praticados por índios, com supedâneo em um regime especial de tutela.

8. No caso concreto, em que pese a ausência de responsabilidade da FUNAI por eventuais atos ilícitos praticados pelos indígenas, nos termos acima expostos, impende registrar que a ação indenizatória foi ajuizada contra a FUNAI e também contra a COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ, que foi citada e está devidamente representada nos autos pela Procuradoria Federal.

9. Nessa senda, observo, da leitura atenta da sentença, que a questão da ausência dos pressupostos ensejadores da responsabilidade civil foi analisada apenas em relação à corrê FUNAI, deixando o magistrado sentenciante de examinar a presença ou não de tais requisitos no que concerne à corrê COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ.

10. Desse modo, assiste razão aos apelantes ao pugnarem pelo reconhecimento de sentença citra petita no caso, pelo viés subjetivo do instituto.

11. Por conseguinte, constatada a falta de análise acerca dos pressupostos da responsabilidade civil em relação à corrê COMUNIDADE ITAGUÁ, impõe-se a anulação da sentença e o retorno dos autos à Vara de origem, para o pertinente exame da questão, sob pena de indevida supressão de instância.

12. Apelação parcialmente provida. Sentença anulada.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv [5000078-27.2017.4.03.6002](#), Desembargador Federal Hélio Nogueira, j. 20/08/2021, Intimação via sistema 24/08/2021)

SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL **0029565-57.1999.4.03.6100**

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA – APELAÇÃO CIVIL ENTIDADE FILANTRÓPICA - IMUNIDADE - TEMA 32 - REPERCUSSÃO GERAL ART. 55 DA LEI 8.212/91 - ADIN nº 2.028-5 - LIMITAÇÃO MATERIAL PARA AUFERIR IMUNIDADE FISCAL - LEI COMPLEMENTAR – NECESSIDADE.

1. Ao julgar a Adin nº 2.028-5 e o RE nº 566.622/RS, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser constitucional os requisitos formais do art. 55, II da Lei 8.212/91 exigidos para obter a imunidade prevista no art. 195, § 7º da CF/88, mas entendeu também que a imunidade prevista em dado preceito constitucional deve ser materialmente regulada por lei complementar.

2. À época da impetração, a entidade impetrante tinha direito à imunidade do art. 195, § 7º da CF/88, já que com a retirada da eficácia da Lei 9.732/98 a mesma preenchia os requisitos formais e materiais para tanto previstos no art. 55, I a V da Lei 8. 212/91 em combinação com o art. 14, I a II do Código Tributário Nacional.

3. Apelo não provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv [0029565-57.1999.4.03.6100](#), Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 20/04/2023, Intimação via sistema 24/04/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
0000873-61.2012.4.03.6110

APELAÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REFORMA AGRÁRIA. PROJETO DE ASSENTAMENTO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. MERA DETENÇÃO.

- O INCRA tem legitimidade para ajuizar ação de reintegração de posse de imóvel rural no qual fez assentamento em razão de reforma agrária. Não procede a alegação do apelante, no sentido de que o provimento jurisdicional, tal como requerido, seria inútil, na medida em que não é apto a regularizar a situação do lote por haver deixado de fora a pessoa assentada que estaria cultivando apenas parte da propriedade, uma vez que metade do lote está sendo ocupada ilegalmente pelo réu e sua família.

- O possível descumprimento das regras da ocupação do imóvel pela pessoa assentada não justifica seja o apelante mantido na posse da metade do lote por ele indevidamente ocupada. Da mesma maneira, as alegações de violação da impessoalidade e da eficiência por parte do INCRA também não socorrem o apelante, na medida em que não tornam regular a ocupação do lote destinado à reforma agrária. Ademais, a circunstância de a ação não ter sido proposta também contra a pessoa assentada não conduz à inépcia da inicial, haja vista que não configurada nenhuma das hipóteses do art. 295, parágrafo único, do CPC/1973.

- O imóvel rural não cumpre a sua função social quando não atende aos requisitos elencados no art. 186, I a IV, da Carta Magna: (a) aproveitamento racional e adequado; (b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e (d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. O procedimento da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é regido pela Lei Complementar nº 76/1993 e pela Lei nº 8.629/1993.

- Segundo o disposto no art. 16 da Lei nº 8.629/93, o INCRA possui o prazo de 3 anos, contados da data do registro do título translativo do domínio, para distribuir as terras aos beneficiários do programa, sendo que a distribuição dos imóveis rurais obtidos através da reforma agrária poderá ocorrer por meio de títulos de domínio, de concessão de uso ou de concessão de direito real de uso, ficando os beneficiários obrigados a cultivar o imóvel direta e pessoalmente e não poderão ceder o seu uso a terceiro ou negociá-lo a qualquer título, pelo prazo de 10 anos (art. 21 da Lei nº 8.629/1993). Caso o beneficiário não cumpra com as suas obrigações, ocorrerá a rescisão do contrato e consequentemente o retorno do imóvel para o domínio do órgão alienante ou concedente.

- É considerado possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC), na medida em que a tutela possessória pressupõe uma situação anterior de poder fático sobre o bem, decorrente de um ato, direito ou obrigação.

- De acordo com o art. 927 do CPC/1973, nas ações possessórias é necessário que a parte autora comprove, cumulativamente, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu, a data do fato ilícito, e a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção e, por sua vez, a perda da posse, na ação de reintegração" (STJ,

AgInt no AREsp 605.410/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 03/08/2018).

- A documentação juntada aos autos revela que o lote objeto da lide vem sendo ocupado de forma irregular desde meados da década de 1990. Evidenciada a irregularidade da ocupação de imóvel de propriedade da União Federal, encontra incidência no caso sob exame o disposto no art. 71 do Decreto-Lei nº 9.760/1946.

- Aplica-se ao caso a orientação contida na Súmula nº 619 do C. STJ, segundo a qual "A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias".

- Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv [0000873-61.2012.4.03.6110](#), Desembargador Federal Carlos Francisco, j. 15/06/2023, Intimação via sistema 16/06/2023)

SEGUNDA SEÇÃO

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA 5005182-85.2022.4.03.0000

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. RESOLUÇÃO 327/92 COFECI. OFENSA FRONTAL E DIREITA AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E AO ART. 2º DA LEI Nº 6.530/78. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A sentença proferida no bojo do mandado de segurança nº 5012728-64.2021.4.03.6100 denegou a segurança mantendo a decisão administrativa que sobrestou a inscrição do autor no CRECI, com fundamento na alínea “e” do § 1º do art. 8º da Resolução COFECI 327/92, em razão da condenação criminal em seu nome.

2. O autor apresentou nos autos do mandado de segurança o diploma de “Técnico em Transações Imobiliárias”, sendo que o sobrestamento do processo de inscrição está lastreado *apenas na existência de condenação criminal* e na necessidade de vir aos autos declaração de extinção da punibilidade.

3. A restrição importa em *violação manifesta* ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações que a lei estabelecer*, pois não tem amparo na lei, que exige apenas o título de “Técnico em Transações Imobiliárias” (art. 2º, Lei nº 6.530/78).

4. Esta Corte já decidiu que “O CRECI/SP não pode impor restrição ao livre exercício profissional, direito assegurado pela Constituição Federal, com base em regramento infralegal (Resolução COFECI nº 327/92)” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000842-44.2021.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 10/01/2022, Intimação via sistema 13/01/2022).

5. O art. 20, IX, da Lei nº 6.530/78 não socorre o réu/agravante porque diz respeito à vedação da prática de ato que a lei defina como crime ou contravenção “no exercício da atividade profissional”, o que não é o caso dos autos.

6. As três Turmas que compõem a C. Segunda Seção desta Corte reconhecem a ilegalidade e inconstitucionalidade da restrição imposta única e exclusivamente com fundamento em Resolução do COFECI. Vale registrar, no ponto, que a rescisão com supedâneo no inciso V do art. 966 do CPC prescinde de precedentes vinculantes. Basta que exista a violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica, constatável *primo ictu oculi*, o que se verifica no caso em relação ao art. 2º da Lei nº 6.530/78 e ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

7 Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ag AR [5005182-85.2022.4.03.0000](#), Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, j. 11/04/2023, DJEN 14/04/2023)

**AGRAVO INTERNO NO
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS
5018308-08.2022.4.03.0000**

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AFASTAMENTO DO ARTIGO 62 DA LEI Nº 12.651/2012 (CÓDIGO FLORESTAL). MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL SUBMETIDA À ANÁLISE PELO STF NAS ADIs nºs 4.937, 4.901, 4.902, 4.903 E NA ADC nº 42. CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61-A E 62 DA LEI Nº 12.651/2012. INADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. ART. 976, § 4º, DO CPC. NECESSIDADE DE PROCESSO EM TRAMITAÇÃO (“PROCESSO PILOTO”). AUSÊNCIA DE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA (ART. 976, II, CPC). POSSIBILIDADE DO EXAME MONOCRÁTICO DA ADMISSIBILIDADE.

Possibilidade do exame monocrático da admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, sobretudo quando manifestamente inviável o seu prosseguimento. Ademais disso, tal orientação não gera prejuízo às partes, porquanto está resguardada a possibilidade de interposição do agravo interno ou regimental objetivando o exame da matéria pelo Colegiado competente, motivo pelo qual nenhuma vulneração há ao princípio da colegialidade.

Depreende-se da leitura do artigo 976 do CPC, para admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) exige-se cumulativamente os seguintes pressupostos: múltiplas demandas; controvérsia sobre a mesma questão de direito; risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; inexistência de processo afetado pelas Cortes Superiores para a fixação de tese sobre o tema e pendência de processo a ser solucionado.

No caso concreto, o presente incidente encontra óbice no §4º do artigo 976 do CPC, ante a ausência de indicação de um “processo piloto”. O e. STJ fixou o entendimento de que “[o] cabimento do IRDR, condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada. Nesse sentido, o Enunciado n. 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis” (AREsp 1.470.017/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 15.10.2019). Não tendo o MPF elegido uma causa-piloto, de rigor a inadmissão do IRDR. De fato, se o órgão a quem incumbe julgar o incidente também julga o recurso originário, tem-se, por consequência lógica, que tal recurso deve estar pendente de julgamento (artigo 978, parágrafo único do CPC).

Sob a alegação de divergência na aplicação da Lei que regula a extensão da faixa de APP do reservatório da UHE Ilha Solteira, o MPF pretende, com o presente IRDR, seja afastada a regra do art. 62 do Código Florestal para, em contrapartida, ser aplicada a regra do art. 2º, “b”, da Lei nº 4.771/65, cumulada com a Resolução CONAMA nº 302/2002, vigentes antes da entrada em vigor do Código Florestal, aplicando-se norma mais favorável ao meio ambiente vigente no ápice da intervenção antrópica, sob pena de retrocesso ambiental incompatível com os princípios estabelecidos no artigo 225 da CF. Ocorre que a questão já foi analisada pelo C. Supremo Tribunal Federal, o qual uniformizou

a matéria quando do julgamento das ADIs nºs 4.937, 4.901, 4.902, 4.903 e da ADC nº 42, reconhecendo a constitucionalidade dos artigos 61-A e 62 do Código Florestal, cuja impossibilidade de alcançar fatos pretéritos, resultaria no esvaziamento da eficácia dessa norma, vez que a retroatividade decorre do estabelecido na própria norma declarada constitucional, que assim dispõe: "Para os reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, a faixa da Área de Preservação Permanente será a distância entre o nível máximo operativo normal e a cota *máxima maximorum*".

E, ao contrário do que alega o i. representante do Ministério Público Federal, o Pretório Excelso também discutiu sobre a aplicação desse dispositivo no tempo (ADI nº 4.903/DF). Assim sendo, não pode prevalecer o argumento do MPF de que a declaração de constitucionalidade do art. 62 do Código Florestal poderia ser afastada pelos princípios do *tempus regit actum* e da proibição do retrocesso em matéria ambiental.

De fato, em reiteradas reclamações ajuizadas perante aquela C. Corte, tem-se considerado que a aplicação dos princípios *tempus regit actum* e do não retrocesso ambiental, para fazer incidir a Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal revogado) em detrimento da Lei nº 12.651/2012 (novo Código Florestal), afronta o que restou decidido na ADC 42 e nas ADIs 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, por implicar no esvaziamento do conteúdo normativo de dispositivo legal, repise-se. A propósito: Rcl 52385/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 25/05/2022; Ag.Reg. no RE nº 1.051.404/SP, Rel. Min. LUIS ROBERTO BARROSO, DJe 23/11/2020; ARE nº 1349337/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 13/05/2022; Rcl 52671 MC, Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA, DJe 10/05/2022; Rcl nº 44.645-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26/05/2021; Rcl nº 43.703-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 21/09/2021; e Rcl nº 42.889-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 09/04/2021.

Não se perca de vista que, nos termos do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, "A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

No mais, como bem lembrou a CESP, em sua resposta, relativamente ao julgamento da ADPF 749, pelo qual se declarou a constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 302/2002, não restou examinada a aplicação da referida Resolução aos reservatórios vinculados à produção energética, objeto do art. 62 do Código Florestal e da discussão histórica que conduziu à sua edição, mas centrou-se na APP dos reservatórios artificiais, objeto do art. 4º do Código Florestal. Logo, a declaração de constitucionalidade da Resolução CONAMA nº 302/2002 limitou-se a tratar matéria diferente, que não se confunde com a discussão do art. 62 do Código Florestal e nem lhe afeta, motivo porque não há que se realizar a pretendida compatibilização, como pleiteado pelo MPF.

Portanto, a matéria em testilha não pode ser objeto de julgamento por meio de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ag IRDR [5018308-08.2022.4.03.0000](#), Desembargadora Federal Marli Ferreira, j. 05/05/2023, Intimação via sistema 08/05/2023)

TERCEIRA TURMA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA **0002023-07.2014.4.03.6143**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. QUEIMA CONTROLADA DA PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. LICENÇA AMBIENTAL CONCEDIDA PELO ÓRGÃO ESTADUAL. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de ação civil pública ajuizada com o fito de cancelar as autorizações de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações situadas na área de abrangência da Subseção Judiciária de Limeira, bem como impedir a emissão de novas autorizações sem o atendimento das providências necessárias.

2. Há que se registrar que a presença do Ministério Público Federal, órgão da União, no polo ativo da demanda, é suficiente para fixar a competência da Justiça Federal para processar e julgar a presente ação civil pública ambiental.

3. A competência para o licenciamento de atividades de risco cabe, constitucional e legalmente, ao órgão estadual de proteção ao meio ambiente, de modo que competiria ao IBAMA a concessão das licenças relativas à queima da palha de cana-de-açúcar na região de Limeira/SP, somente se o método causasse impactos ambientais diretos de âmbito regional ou nacional, ou, de forma supletiva, se houvesse omissão na atuação estadual, o que não é o caso.

4. Isso, porque a repartição constitucional e legal de competência existe para, justamente, definir os limites da atuação cooperativa entre órgãos federais, estaduais, distritais e municipais, não sendo permitido ao ente federal, apenas por sua condição central, invadir a competência de outros entes federados sem que se esteja diante das hipóteses específicas de atuação supletiva ou intervenção, devendo o IBAMA, deste modo, ser excluído do polo passivo da lide.

5. A ação civil pública constitui instrumento processual adequado para veicular as pretensões ora deduzidas, pois não se pleiteia nestes autos a declaração de inconstitucionalidade de nenhuma legislação específica; pelo contrário, ela serve como simples fundamentação indispensável à resolução do feito.

6. A Constituição Federal prevê no inciso IV, §1º, do artigo 225 que a exigência de realização de estudo prévio de impacto ambiental estaria condicionada à reserva de lei. Por sua vez, o parágrafo único do artigo 27 da Lei 4.771/1965 (Código Florestal revogado) dispôs que "é proibido o uso de fogo nas florestas e demais formas de vegetação", salvo "se peculiaridades locais ou regionais justificarem o emprego do fogo em práticas agropastoris ou florestais, a permissão será estabelecida em ato do Poder Público, circunscrevendo as áreas e estabelecendo normas de precaução".

7. Assim, a lei federal não previu a necessidade da realização de prévio estudo de impacto ambiental no caso da “queima controlada”, mas apenas de prévia vistoria no caso de solicitação de autorização para o uso do fogo em áreas que contenham restos de exploração florestal, limítrofes às sujeitas a regime especial de proteção, estabelecido em ato do poder público.

8. Verifica-se, pois, que a licença ambiental concedida não respalda o exercício da atividade em termos irrestritos, pois a respectiva execução sujeita-se a situações que não coloquem em risco concreto bens jurídicos tutelados. Pode a licença ser suspensa ou cancelada, nos casos indicados, cabendo o respectivo controle ao órgão ambiental, sem prejuízo do acompanhamento pelo Ministério Público e outros órgãos.

9. Considerada, portanto, a legislação existente, não se tem como inválido, de forma patente e inequívoca, o procedimento de licenciamento ambiental nas condições feitas pelos órgãos estaduais na região de Limeira/SP.

10. Precedentes.

11. Agravo retido e reexame necessário não conhecidos.

12. Apelação do IBAMA provida.

13. Apelações da Fazenda do Estado de São Paulo e da CETESB providas em parte.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec [0002023-07.2014.4.03.6143](#), Desembargador Federal Nelton Dos Santos, j. 13/03/2019, e-DJF3 20/03/2019)

APELAÇÃO CÍVEL
0010085-08.2014.4.03.6120

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO À JUSTIÇA E ASSISTÊNCIA GRATUITA AOS NECESSITADOS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL COMPULSÓRIA. INSTITUIÇÃO DE UNIDADE DA DPU NA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ARARAQUARA/SP. VIOLAÇÃO À GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE DO DEFENSOR E AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ARTIGOS 34 AO 38 e 43, II DA LC 80/94 E ARTIGO 2º DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO CONSTITUCIONAL INTOLERÁVEL. MÉRITO ADMINISTRATIVO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Centra-se a controvérsia em analisar se houve violação a direitos e garantias fundamentais de hipossuficientes, tais como o de acesso à justiça e o da assistência jurídica integral e gratuita, em razão da alegada mora estatal na implantação de uma unidade da Defensoria Pública da União na Subseção Judiciária de Araraquara/SP.

2. Conforme relatado pela União, a DPU elaborou um Plano de Expansão para fins de interiorização e viabilização de acesso à justiça aos mais necessitados, destacando a implantação de uma de suas unidades no Município de Araraquara/SP na 4ª Fase, mediante o cumprimento de alguns critérios para a distribuição dos cargos, previstos na Portaria nº 482, de 09/12/2008 e na Portaria nº 231, de 29 de maio de 2015.

3. Afigura-se descabido ao Judiciário adentrar no mérito administrativo e decidir pelo Executivo em quais regiões deve ser implantada unidade da Defensoria Pública da União, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

4. Tampouco compete o Estado-juiz determinar a remoção de Defensores Públicos, invocando o interesse público como fundamento, o que representa quebra da garantia de inamovibilidade de seus membros, cuja exceção somente se dá a pedido ou compulsoriamente, mediante decisão do Conselho Superior da DPU, nos termos do artigo 34 ao 38 e 43, inciso II da LC nº 80/94, e não à critério do Judiciário.

5. Acrescente-se que o remanejamento orçamentário e a intervenção judicial poderiam afetar outras políticas públicas mantidas pelo Poder Executivo, com maior urgência à população, notadamente, em meio ao cenário atual de grave crise de saúde pública, em razão dos transtornos causados pela pandemia do coronavírus. De fato, as atenções voltam-se, nesse momento, ao enfrentamento desta terrível doença que pode dizimar a população brasileira e mundial em poucos meses.

6. Embora tenha se revelado a necessidade de se garantir o direito constitucional de acesso à justiça e a defesa dos cidadãos hipossuficientes, a determinação forçada de instalação de unidade da Defensoria Pública da União pelo Poder Judiciário se afigura ilegítima e inconstitucional, visto que se caracterizaria em violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no art.

2º da Constituição Federal, e amparada por cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III da CF/88.

7. Destarte, a implantação de políticas públicas pelo Judiciário é medida excepcional, a ser concedida em “situação configuradora de inescusável omissão estatal” para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana, conforme decidiu o Col. STF, no julgamento do AI 598.212 ED/PR.

8. Ainda sob o prisma da ordem constitucional, a regra adotada pelo constituinte originário em seu artigo 2º consiste na tripartição dos poderes, sob o prisma da indelegabilidade de atribuições. Como exceção, lança-se mão do mecanismo de “freios e contrapesos”, no qual se admite o controle judicial dos atos administrativos, em caso de comprovado abuso ou desvio de finalidade por parte do administrador, inócurrenente na espécie.

9. No vertente caso, não se verifica qualquer desvio, ilegalidade ou desproporcionalidade na atuação do Poder Público Federal, tendo em vista que a Lei Complementar nº 80/1994 instituiu a criação de convênios entre a DPU e as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, nos moldes do art. 14, §§ 1º e 2º, restando amparado o acesso à justiça gratuita pelos mais necessitados. Tampouco restou comprovada a alegada omissão por parte da DPU, ante a previsão de implantação de uma unidade da DPU na Subseção Judiciária de Araraquara/SP na 4ª Fase do Plano de Expansão.

10. Ainda, cumpre mencionar que a Lei nº 12.763/ 2012 criou, no quadro da Defensoria Pública da União, 789 (setecentos e oitenta e nove) cargos de Defensor Público Federal, a serem providos de forma gradual e condicionados à expressa autorização da lei orçamentária anual, nos termos do art. 2º da citada lei.

11. Por fim, o aludido pleito recursal configura ingerência indevida do Judiciário na implementação de políticas públicas, porquanto impõe ao Estado o remanejamento de verbas públicas, o que poderá acarretar problemas de alocação de recursos públicos, em meio ao atual cenário de crise sanitária, em que se exige atenção mais acurada com prioridades e proteção aos direitos sociais, notadamente, a saúde pública.

12. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv [0010085-08.2014.4.03.6120](#), Desembargador Federal Nery Júnior, j. 18/03/2022, Intimação via sistema 28/03/2022)

APELAÇÃO CÍVEL
5002551-88.2019.4.03.6107

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO NÃO VERIFICADO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADOS.

1. A questão posta nos autos diz respeito a direito à saúde e responsabilidade civil do Estado.

2. Segundo entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o cumprimento de decisão judicial concessiva de tutela provisória de urgência antecipada não acarreta carência de ação por perda superveniente do objeto, exigindo, pelo contrário, provimento de mérito.

3. Na hipótese, observa-se que o primeiro laudo pericial realizado (ID 255059268) atestou a ruptura dos fios metálicos utilizados para suturar o esterno do paciente, e confirmou a indispensabilidade de novo procedimento cirúrgico para a solução do quadro clínico. Ainda, o laudo pericial complementar (ID 255059479) concluiu que a realização de terceiro procedimento cirúrgico, conforme pleiteado pelo demandante, foi suficiente à resolução do problema.

4. Por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 5001926-08.2020.4.03.0000, foi salientado que a dignidade da pessoa humana, enquanto grande vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, orienta que o conceito de urgência médica não se limita àquilo que impõe verdadeiro risco de morte ao indivíduo, de modo que a dor intensa e a incapacidade para trabalhar são condições suficientes para caracterizar a necessidade de uma intervenção de saúde imediata. Confirmada a antecipação da tutela provisória de urgência, em juízo de cognição exauriente.

5. A responsabilidade civil tem cláusula geral nos art. 186 e 927 do Código Civil, e apresenta, como seus pressupostos, a ação ou omissão do agente, a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

6. A responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva, isto é, fundamenta-se no risco e prescinde da comprovação de culpa do agente, bastando que se demonstre o nexo causal entre a conduta do administrador e o dano. Está consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

7. É certa a aplicação da responsabilidade civil em sua vertente objetiva, tendo em vista que as alegações da parte autora narram a ocorrência de conduta comissiva, consistente na suposta falha ativa no atendimento hospitalar, e não apenas de atraso na efetivação do acesso à saúde.

8. Com bastante clareza, as constatações periciais demonstram a adequação da técnica médica empregada, qual seja, realização de sutura com fios metálicos e posterior ressutura com fios de nylon/seda, afastando-se a caracterização de erro profissional ou imperícia. Ainda, ressaltou-se que, para a intercorrência em questão, foi determinante o fato de o paciente apresentar tosse crônica, causadora de movimentação constante e capaz de impedir a devida consolidação óssea.

9. Inexiste lastro probatório suficiente no sentido da prática de ato ilícito ou de liame causal entre os danos suportados pelo autor e eventual prestação deficiente do serviço de saúde. Isto é, o requerente não se desincumbiu do ônus de comprovar a efetiva ocorrência de erro médico.

10. Apelação parcialmente provida apenas para extinguir o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, inclusive no tocante ao pedido de obrigação de fazer.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv [5002551-88.2019.4.03.6107](#), Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 03/06/2022, DJEN 08/06/2022)

REMESSA NECESSÁRIA 5016647-32.2019.4.03.6100

ENSINO SUPERIOR. IGREJA ADVENTISTA. ATIVIDADES ACADÊMICAS AOS SÁBADOS. LIBERDADE RELIGIOSA. DIREITO DO ALUNO A ALTERNATIVA COMPATÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA.

1. A impetrante é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia e, consoante os princípios e a crença de sua religião, guarda o dia do sábado, assim compreendido entre o pôr do sol da sexta-feira e o pôr do sol do sábado. Por isso não participa de atividades acadêmicas nesse período.

2. A liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos são garantias constitucionais (art. 5º, VI, da CF).

3. A interpretação de normas relativas a direitos e garantias fundamentais deve orientar-se pelo princípio da máxima efetividade, sendo razoável, portanto, o acolhimento da pretensão da impetrante, devendo prevalecer os direitos fundamentais sobre a normatização restritiva eventualmente imposta pela universidade.

4. Precedentes: TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 362742 - 0007194-25.2015.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 15/08/2016; TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 299345 - 0014490-16.2006.4.03.6105, Rel. JUIZ CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO, DJU 18/03/2008, p. 520; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 240650 - 0000026-41.2002.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO RENATO BARTH, DJU 22/02/2006, p. 266.)

5. Além disso, aplica-se ao caso a Lei 13.796/2019, que garante "ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, no exercício da liberdade de consciência e de crença, o direito de, mediante prévio e motivado requerimento, ausentar-se de prova ou de aula marcada para dia em que, segundo os preceitos de sua religião, seja vedado o exercício de tais atividades, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes prestações alternativas, nos termos do inciso VIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal".

6. Remessa necessária não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv [5016647-32.2019.4.03.6100](#), Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 11/11/2021, Intimação via sistema 18/11/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5030398-48.2022.4.03.0000

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TUTELA PROVISÓRIA DA SAÚDE. TRATAMENTO MEDICAMENTOSO. PEDIDO DE FORNECIMENTO. "TRIKAFTA". INCAPACIDADE FINANCEIRA. REGISTRO NA ANVISA. ELEMENTOS DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE E URGÊNCIA NÃO CORROBORADAS POR CRITÉRIOS TÉCNICOS NO CASO CONCRETO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. A legitimidade passiva para ações de prestação de saúde, firmada na jurisprudência a partir do princípio da solidariedade dos entes federados, foi reapreciada no julgamento do Tema 793 (RE 855.178-ED), com tese jurídica assim aprovada: "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro". Adotou-se, portanto, a solidariedade mitigada, em que se preserva, ao máximo, a opção do autor quanto ao ente a ser demandado, sem prejuízo, porém, da correção, pelo Juízo da causa, do polo passivo para integração de quem, nos termos da legislação, seja responsável pela prestação para que responda, diretamente, pela providência judicial demandada. A solidariedade, quanto ao dever geral de prestar assistência na área de saúde em regime único, descentralizado e hierarquizado, não inibe, pois, a integração à lide do ente federado que, especificamente, for responsável pelo objeto da prestação. A Suprema Corte, em reclamações destinadas a garantir a autoridade da decisão proferida no Tema 793 (RE 855.178-ED), assentou que, sem embargo da aplicação da tese da solidariedade, é obrigatória a integração à lide da União quando se identificar que lhe cabe responder, segundo regras de repartição de competência, pela prestação específica. A integração à lide de entes federados pode ocorrer em caráter eventualmente subsidiário da responsabilidade de uns em relação a outros, como ainda por força de prestações específicas que lhes sejam exigíveis, como no caso da logística dos serviços de saúde (atividades de armazenamento, distribuição e acompanhamento na aplicação do medicamento ou tratamento em rede hospitalar). Como ente incumbido da responsabilidade técnica e financeira do Sistema Único de Saúde - SUS, além de figurar como ente subsidiário da responsabilidade atribuída por lei aos Estados e Municípios em caso de descumprimento, a presença da União na formação do polo passivo da relação processual é válida e regular, não se cogitando, pois, de qualquer vício neste tocante.

2. No mérito recursal, referente à tutela provisória requerida, é firme a interpretação constitucional no sentido da prevalência da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, pois o Sistema Único de Saúde - SUS deve prover meios para fornecimento de medicamento e tratamento que sejam necessários, segundo prescrição médica, a pacientes sem condições financeiras de custeio pessoal ou familiar, sem o que se afasta o Estado da concepção de tutela social, reconhecida e declarada pela Constituição de 1988.

3. O risco de eventual adoção de tratamentos experimentais sem comprovada eficácia de medicamentos, com dispêndio de elevados recursos públicos, favorecendo poucos em detrimento de outros tantos, é preocupação que, sem dúvida alguma, deve orientar as Cortes Superiores e, de resto, tem repercutido no estado atual da jurisprudência, de modo a conter exageros e evitar abusos. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.657.156, julgado sob o regime de recursos repetitivos (Tema 106), firmou o entendimento de que constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos, ainda que não integrados em atos normativos do SUS, desde que presentes cumulativamente os seguintes requisitos: "(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento".

4. Tal solução não destoia do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento posterior de 11/03/2020, referente ao Tema 6, em repercussão geral, no RE 566.471, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, versando sobre o "Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo", em que se firmou, por maioria de votos, interpretação de que é possível compelir o Estado a fornecer medicamentos de alto custo não incorporados à lista do SUS, desde que provados os seguintes requisitos: imprescindibilidade no sentido de adequação e necessidade do medicamento, impossibilidade de substituição do fármaco por outro incorporado pelo SUS e incapacidade financeira do enfermo e de familiares. A partir do delineamento do recurso julgado, resta definir a redação da tese aprovada em repercussão geral, conforme constou da última certidão de julgamento lavrada em 28/08/2020. Ainda assim, os requisitos essenciais - sem embargo de detalhamentos que possam ser redigidos no teor da tese aprovada - foram definidos no julgamento do RE 566.471.

5. No caso, a incapacidade financeira do autor para custeio do tratamento é incontroversa, em vista do valor elevado do medicamento.

6. O fármaco pleiteado possui registro na Anvisa, conforme apontado pela petição inicial, o que, em princípio, assegura a eficiência, adequação e segurança do medicamento no tratamento para o qual especificamente produzido e para o qual pode ser prescrito. Todavia, ainda assim, não é isenta de controvérsia e pode ser objeto de análise judicial, mediante de concurso de estudos, pareceres, informações e dados técnicos produzidos ou extraídos de prova documental ou perícia judicial no curso do processo, entre outros elementos de formação da convicção do julgador, sobretudo porque todo e qualquer medicamento apenas pode ser considerado apto, seguro e eficiente diante do exame e acompanhamento da condição pessoal e do histórico do paciente frente à patologia para a qual feita a prescrição no sentido de evitar óbito, garantir cura, reduzir consequência da doença, controlar a evolução e permitir estabilização do quadro clínico, ou simplesmente permitir melhoria em estado geral da condição do paciente.

7. No intermeio, diante da pretensão de tutela de fornecimento gratuito de medicamento de alto custo, existe a questão crucial e prática da capacidade do sistema público de saúde - cujo orçamento não é infinito e, portanto, pode gerar efeito sobre outras demandas de saúde igualmente importantes - de suportar o

financiamento de todo e qualquer medicamento para todo e qualquer paciente em toda e qualquer situação, colocando em contraposição a microvisão da proteção do direito individual com a macrovisão sistêmica da tutela do direito à vida e saúde como garantia social. Não é possível, pois, encontrar solução fácil nem isenta de dúvida ou crítica, sob variados aspectos, não apenas técnicos no âmbito da ciência médica e jurídica, como na perspectiva humanitária, ética e moral, entre outras tantas relevantes, porém do Poder Judiciário é exigido, por mandamento constitucional, apreciar a demanda e solucionar a controvérsia, por maiores e mais insuperáveis que sejam, pessoalmente para o julgador, os dilemas envolvidos e a serem enfrentados, sempre atento ao fato de que, por conceito e natureza, toda a escolha implica a não escolha da outra opção e, portanto por maior que seja a eventual cientificidade médica ou jurídica que ampara a decisão judicial sempre existe o risco de algum dano ou prejuízo individual, coletivo ou social.

8. Para minorar tais riscos, em casos como o presente, a jurisprudência tem acentuado como mecanismo essencial na formulação de juízo decisório a consulta ao assim denominado sistema e-NATJUS, que consiste em cadastro de pareceres, notas e informações técnicas destinado a fornecer maior eficiência na solução de demandas judiciais de assistência à saúde, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, com atuação do Fórum Nacional do Judiciário, que elabora estudos e propõe medidas concretas e normativas com o objetivo de aperfeiçoamento do procedimento, reforço à efetividade de processos judiciais e prevenção de novos conflitos, tratando-se de ferramenta e base de dados cuja criação e manutenção, no âmbito de cada Tribunal, são obrigatórias como apoio técnico de profissionais da saúde incumbidos de elaborar pareceres e estudos sobre a medicina baseada em evidências.

9. A favor da pretensão deduzida para fornecimento do medicamento Trikafta (elexacaftor/ivacaftor/tezacaftor) existe relatório médico, elaborado por profissional, pneumologista pediátrico, segundo dados colhidos em acesso livre a sítios na internet, atestando o diagnóstico da doença e afirmando, em relação ao medicamento pleiteado, que "foi comprovado aumento na porcentagem prevista de volume expiratório forçado em um segundo, conhecido como ppFEV1, que é um marcador estabelecido da progressão da doença pulmonar da fibrose cística. Além disso foi comprovado efeito positivo no aumento de IMC (melhora nutricional), redução do número de exacerbações e consequentemente redução do número de hospitalizações". Aduziu, ainda, que o autor "faz seguimento clínico regularmente, realiza os exames que são solicitados e executa o tratamento diário adequado", mas apresenta diversas complicações". Verifica-se que o menor, com idade atual de nove anos, acostou exame genético de novembro de 2013, com diagnóstico de fibrose cística e exames de função pulmonar, tomografia de tórax, ultrassom de abdômen e exames de suor e pezinho. Para apurar em contraditório judicial a condição do autor e esclarecer pontos essenciais ao deslinde da causa, foi deferida perícia judicial.

10. Todavia, a consulta ao repositório do sistema e-NATJUS revela que não existe consenso técnico suficiente a amparar o fornecimento de medicamento nas circunstâncias do caso concreto, mormente em sede de tutela antecipada com cognição sumária e provisória da lide. Dentre os pareceres do sistema e-NATJUS consta a Nota Técnica 115.369, informando que "Os ensaios clínicos que demonstram benefício do medicamento excluíram pacientes mais graves e com infecções crônicas relacionadas com pior prognóstico, uma vez que isso poderia afetar negativamente os resultados esperados com o medicamento. Infelizmente,

muitos pacientes possuem esses fatores de pior prognóstico” e que “Nenhum medicamento, incluindo o Trikafta, é capaz de promover a cura da doença ou de modificar o seu curso clínico”. Apontou, ainda, não haver urgência no presente caso. No mesmo sentido são as Notas Técnicas 120.670, 118.948, 115.908 e 117.372.

11. Sem adentrar mais detalhadamente no trato do espectro da eficiência terapêutica do medicamento, o que mais importa, em cognição recursal provisória, é avaliar se o tratamento deve ser iniciado imediatamente ou se deve prosseguir com base apenas em tutela provisória de urgência, anteriormente ao julgamento do mérito, fase processual em que outros e todos os elementos de convicção podem e devem ser aprofundadamente avaliados na origem e, em seguida, nesta instância recursal, observado, assim, o contraditório e o devido processo legal.

12. Sob a perspectiva processual em referência, não se avista comprovado, diante do que consta dos autos, requisito de urgência para imposição ao Poder Público de obrigação de fornecer medicamento para início imediato ou continuidade em caráter precário do tratamento preconizado. Sem embargo, portanto, de que, em caso de situação superveniente, seja o fato levado a conhecimento do Juízo *a quo* para apreciação, o contexto fático-jurídico do caso concreto, nesta apreensão cognitiva prefacial, não autoriza, pelo que consta dos autos, a providência requerida.

13. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI [5030398-48.2022.4.03.0000](#), Desembargador Federal Carlos Muta, j. 14/04/2023, Intimação via sistema 18/04/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5004239-34.2023.4.03.0000

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DIREITO À EDUCAÇÃO. PROCESSO SELETIVO. VAGAS RESERVADAS A DESTINATÁRIOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMPENSATÓRIAS. NÃO ATENDIMENTO DOS CRITÉRIOS DO EDITAL PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. ERRO ESCUSÁVEL NO PREENCHIMENTO DA FICHA DE INSCRIÇÃO. NÃO VERIFICADO. INCLUSÃO EM LISTA DE AMPLA CONCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICÁCIA VINCULANTE DO EDITAL. MUDANÇA JUDICIAL DO CRITÉRIO DE SELEÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 12.990/2014. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PROBABILIDADE DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. NÃO DEMONSTRADO. LIMINAR INDEFERIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1 - No que tange ao mandado de segurança, os requisitos para o deferimento de liminar estão previsto no artigo 7, III, da Lei n. 12.016/2009.

2 - Depreende-se da petição inicial que a impetrante efetuou inscrição para participar de processo seletivo no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - Campus Avançado Tupã, a fim de disputar vaga destinada a cotistas no curso técnico em eletrônica integrado ao ensino médio, em período integral.

3 - Com relação à oferta de vagas para cotistas em instituições de ensino técnico e superior, no âmbito federal, é necessário tecer algumas considerações.

4 - O artigo 3º da Constituição Federal estabeleceu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III).

5 - A fim de viabilizar o alcance desses nobres propósitos, o poder constituinte originário elegeu a educação como direito social fundamental e conferiu ao Estado e à família o dever de promovê-la e incentivá-la, nos termos dos artigos 6º, *caput*, e 205 da Constituição Federal. Isso se justifica pelo fato de a atividade de ensino buscar o pleno desenvolvimento do potencial dos indivíduos, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

6 - Diante do caráter universalista deste direito, estabeleceu-se como um dos seus princípios basilares a igualdade de acesso e permanência nas instituições de ensino, nos termos do artigo 206, I, da Constituição Federal.

7 - O alcance do princípio da igualdade sempre foi objeto de profundas discussões na seara jurídica e remonta ao surgimento do movimento constitucionalista que levou à instauração dos primeiros Estados Liberais.

8 - Durante o Antigo Regime, berço desta discussão, as sociedades européias eram marcadamente estratificadas e os direitos e deveres dos indivíduos não derivavam de sua natureza humana, mas sim dependiam do grupo social ao qual pertenciam. As revoluções liberais colocaram fim aos privilégios estamentais da nobreza e promulgaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que,

em seu artigo 1º, estabelece que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”.

9 - Desse modo, do ponto de vista estritamente jurídico, nas atividades de elaboração e aplicação da lei, caberia ao Estado dispensar tratamento igual a todos que estivessem na mesma situação, independentemente do conteúdo do preceito normativo ou mesmo das condições e circunstâncias particulares dos indivíduos. Eis a acepção formal da igualdade, sintetizada na expressão “todos são iguais perante a lei”, contemplada no artigo 5, *caput*, da nossa Carta Magna.

10 - Todavia, adoção de tratamento idêntico a todos os indivíduos, desconsiderando suas diferenças sociais, econômicas e culturais no plano fático, pode produzir resultados injustos. Tal constatação levou a uma reformulação do conteúdo do princípio jurídico da igualdade, da qual é exemplo a síntese formulada pelo saudoso jurista Rui Barbosa, em sua famosa Oração aos moços, em clara referência à fórmula do filósofo Aristóteles: “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam [pois] tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

11 - Assim, o princípio jurídico da igualdade passou a ter uma dimensão material. Ao invés de adotar uma postura inerte em relação às desigualdades fáticas entre os sujeitos de direito, o Estado passa a considerá-las no seu ofício de elaboração e aplicação das leis, adotando tratamentos diferenciados quando necessário, sempre baseados em critérios justos, razoáveis e fundamentados de acordo com os valores e objetivos constitucionais. Caso o Estado não cumpra a contento esse dever ao justificar o *discrimen*, a política pública pode resultar em verdadeira ofensa à Constituição.

12 - Um exemplo de medida institucional visando dar efetividade ao princípio da igualdade material são as ações afirmativas, que constituem justamente políticas públicas ou programas privados, de caráter temporário, que objetivam reduzir desigualdades sociais, étnicas, econômicas ou físicas, mediante a concessão de certas vantagens compensatórias a determinados grupos sociais.

13 - Ao se analisar a evolução legislativa e jurisprudencial contemporânea, verifica-se que o princípio da igualdade no que tange ao acesso e à permanência nas instituições públicas de ensino, constante no artigo 206, I, da Constituição Federal, tem sido tomado exatamente nesta dimensão material.

14 - Quanto a esta questão, a Lei n. 12.711/2012 instituiu sistema de cotas para ingresso nas instituições públicas federais de ensino superior e de ensino técnico, reservando metade das vagas aos candidatos que, formados exclusivamente em escolas públicas, pertencessem, ou não, aos seguintes grupos sociais: advindos de famílias de baixa renda - assim entendidas como aquelas cuja renda per capita não ultrapassasse 1,5 (um e meio) salário mínimo; pretos, pardos, indígenas ou, ainda, portadores de necessidades especiais.

15 - A fixação da quantidade de vagas destinadas a cada um desses grupos sociais obedeceria a sua respectiva representatividade dentro da população da unidade da Federação em que se localizasse a instituição de ensino, de acordo com os dados colhidos pelo censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

16 - A adoção de tal tratamento diferenciado pelo Poder Público ao estabelecer reserva de vagas para ingresso no ensino superior, não caracteriza

ofensa a preceito fundamental, conforme restou consignado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF n. 186/DF, sob a relatoria do Eminentíssimo Min. Ricardo Lewandowski.

17 - Conquanto a questão tratada na ADPF n. 186/DF tenha se limitado a discutir o estabelecimento de sistema de cotas para acesso ao ensino superior no âmbito federal, nada impede que suas conclusões sejam extensíveis, por analogia, aos casos que cuidam da mesma questão no âmbito do ensino técnico federal, em razão de suas evidentes semelhanças fáticas e jurídicas.

18 - Em decorrência, as regras estabelecidas pela Lei n. 12.711/2012 não configuram violação ao princípio meritocrático, mas antes conformam importante política pública que visa dar efetividade ao princípio da igualdade material.

19 - Ao se examinar detidamente o instrumento editalício (ID 270251941 - Pág. 20-39), sobretudo o item 8 que trata da reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas a estudantes que frequentaram o ensino fundamental exclusivamente em escola pública, verifica-se que o referido critério de seleção reproduz integralmente o disposto nos artigos 4º e 5º da 12.711/2012, que instituíram o sistema de cotas em escolas técnicas no âmbito federal.

20 - As autoridades tidas por coatoras, portanto, não exorbitaram de sua competência, mas sim estabeleceram tratamento diferenciado nos exatos termos em que autorizado pela legislação federal, dando plena efetividade ao princípio da igualdade material que ensejou a instituição da referida política pública.

21 - No entanto, a agravante afirma que a regra prevista no item 8.2 do edital autorizaria sua habilitação para disputar as vagas de ampla concorrência. Eis o preceito normativo controverso: "8.2. A concorrência às vagas reservadas é feita de acordo com as respostas fornecidas pelo candidato no ato da inscrição. Candidatos que atendam às exigências para essa forma de ingresso, cujas respostas fornecidas não os identificarem às vagas reservadas, concorrerão apenas às vagas destinadas à ampla concorrência".

22 - Ao invés de viabilizar a migração das listas, a referida regra reforça que a disputa será realizada de acordo com a vontade manifestada pelo candidato por ocasião do preenchimento do formulário de inscrição.

23 - Desse modo, após a conclusão das provas do processo seletivo, não pode o candidato que optou pela lista de ampla concorrência, alegar que satisfazia os requisitos para usufruir da política pública compensatória, a fim de "furar a fila" em outras listas.

24 - A regra supramencionada, portanto, constitui uma garantia aos cotistas de que não haverá migração superveniente de lista, em razão de mera manifestação de vontade unilateral de candidato que não logrou êxito na disputa das vagas da ampla concorrência.

25 - O único critério para aproveitamento de vagas remanescentes do sistema de cotas é aquele previsto no item 13.4 do edital, que mantém a prioridade de destinação das vagas de acordo com o maior grau de vulnerabilidade do grupo social. A vaga do sistema de cotas, portanto, apenas será preenchida por candidato da ampla concorrência em casos extremos, em razão da absoluta inexistência de outros cotistas inscritos no certame.

26 - Também não pode ser acolhida a tese de que teria ocorrido erro escusável no preenchimento do formulário de inscrição e, portanto, a

desclassificação da agravante ofenderia aos princípios da boa-fé e da razoabilidade.

27 - Neste sentido, é importante destacar que o período de inscrição durou aproximadamente um mês, de 10/11/2022 a 07/12/2022, durante o qual as pessoas poderiam alterar o preenchimento do formulário diversas vezes, de forma eletrônica, sem qualquer ônus, de acordo com o item 4.11 e 4.12.1 do edital, sendo considerada válida a última ficha preenchida.

28 - Ora, levando-se em consideração a advertência contida no item 1.2, que abre o edital - "É obrigatório ao candidato, ao seu responsável (pai, mãe, curador ou tutor) ou representante legal, tomar conhecimento de todas as normas e procedimentos indicados neste Edital e nas demais publicações pertinentes, sendo que a inscrição implicará a aceitação das normas definidas, sobre as quais não poderá alegar desconhecimento" - não parece razoável supor que, durante esse período de tempo relativamente longo, a candidata não tenha feito a leitura detida do instrumento editalício e procurado a instituição para tirar eventuais dúvidas com a comissão do concurso.

29 - Ademais, a dicção do item 8.6 do edital é clara e não necessita de qualquer exercício interpretativo rebuscado para a compreensão de seu alcance: "8.6. Candidatos que tenham cursado, ainda que parcialmente, o ensino fundamental em instituições privadas de ensino (particulares, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, conforme art. 20, da lei 9.394/1996), mesmo com bolsa integral, não têm direito às vagas reservadas pela Lei nº 12.711/2012."

30 - Longe de ser uma arbitrariedade, repise-se, a norma apenas reproduz o critério previsto no artigo 4º da Lei n. 12.711/2012. Trata-se, portanto, de estrita observância da legalidade.

31 - Por outro lado, não se compatibiliza com a boa-fé objetiva declarar que é egresso exclusivamente do ensino público e, na época da realização da matrícula, apresentar documentos que comprovam exatamente o oposto e esperar que a Administração Pública releve a situação de "fato consumado" (ID 270251941 - p. 228). Aliás, a agravante sequer contesta o fato de que realmente fez o ensino fundamental parcialmente em instituição de ensino privado.

32 - Igualmente não merece prosperar a alegação de violação ao direito fundamental à educação, uma vez que a desclassificação da candidata do certame, por óbvio, não configura impeditivo absoluto do seu acesso ao ensino neste ano, tampouco a impede de, caso queira, concorrer novamente no ano seguinte. A propósito, não se pode confundir direito à educação com direito a estudar exclusivamente em instituição pública específica.

33 - O sistema educacional público e gratuito é constituído por uma rede ampla de estabelecimentos de ensino, que também oferecem acesso à educação, em respeito ao disposto nos artigos 205 e 206, I, da Constituição Federal.

34 - Por derradeiro, pede a agravante que seja autorizada sua participação na lista de ampla concorrência, por aplicação analógica do artigo 3º da Lei n. 12.990/2014. O pleito, contudo, também não pode prosperar.

35 - As políticas públicas compensatórias fundadas em ações afirmativas estabelecem tratamento diferenciado de determinados grupos sociais, conferindo vantagens temporárias a estes, visando à efetividade do princípio da igualdade material. Ao elaborá-las, o legislador se baseou não só nas disponibilidades

orçamentárias, como também nas condições políticas e sociais para a implementação de tal diferenciação.

36 - A Lei n. 12.990/2014 disciplina a reserva de vagas em concursos públicos para negros. Ora, aplicar de forma analógica as disposições do referido diploma normativo a caso que não guarda similaridade fática ou jurídica, ainda que remota, configuraria interpretação extensível inadmissível.

37 - Neste sentido, é importante lembrar que o estabelecimento de critérios de diferenciação arbitrários, ainda que na aplicação analógica de políticas públicas compensatórias, pode produzir resultados manifestamente inconstitucionais e levar ao desprestígio deste importante instrumento de redução das desigualdades fáticas.

38 - Ademais, não cabe ao Poder Judiciário substituir os critérios de seleção previstos em edital elaborado pela Administração Pública, quando estes estão em consonância com a lei, sob pena de violar a repartição de poderes.

39 - O mérito administrativo, portanto, é matéria afeita exclusivamente à apreciação da Administração Pública, cabendo a ela exercê-lo dentro do seu juízo de discricionariedade. Precedentes.

40 - Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI [5004239-34.2023.4.03.0000](#), Desembargador Federal Carlos Delgado, j. 06/07/2023, Intimação via sistema 10/07/2023)

QUARTA TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA **0006471-74.2013.4.03.6105**

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA EM UM PONTO PERCENTUAL. LEGALIDADE. VEDAÇÃO DO APROVEITAMENTO INTEGRAL DOS CRÉDITOS OBTIDOS COM O PAGAMENTO DO TRIBUTO. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. LEI Nº 12.715/2012. LEGALIDADE RECONHECIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

- O Supremo Tribunal Federal analisou o tema em sede de repercussão geral e firmou os entendimentos de que é “constitucional o aumento em um ponto percentual da alíquota da Cofins-Importação incidente sobre bens classificados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)” e de que “a vedação ao aproveitamento do crédito oriundo do adicional de alíquota, disposta no §1º-A do artigo 15 da Lei nº 10.865/04, não ofende o princípio da não-cumulatividade tributária (CF, art. 195, §12)”.

- A Lei nº 12.715/2012 estipulou que os 53 a 56 somente entrariam em vigor no primeiro dia do quarto mês subsequente à data de publicação da Medida Provisória nº 563, de 3 de abril de 2012, produzindo efeitos a partir de sua regulamentação, mas esta exigência estava voltada claramente para garantir a coincidência de datas de início da cobrança do referido adicional com as demais alterações introduzidas naquela lei, em especial a que determinou a incidência da tributação sobre a receita bruta, em substituição à folha de salários. Desta forma, embora sem fazer menção expressa ao adicional da COFINS-Importação, a edição do Decreto nº 7.828, de 16 de outubro de 2012, que regulamentou a incidência da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, foi suficiente para atender a exigência de regulamentação prevista na Lei nº 12.715/2012.

- Reconhecida a legalidade da exação, de rigor a inversão do ônus sucumbencial. Dessa forma, considerados o valor da causa (R\$ 15.000,00), a natureza da ação e o disposto no artigo 85, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil a verba honorária deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da demanda.

- Apelação e remessa oficial providas.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec [0006471-74.2013.4.03.6105](#), Desembargador Federal André Nabarrete, j. 25/05/2023, Intimação via sistema 30/05/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5002894-75.2019.4.03.6110

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. DESLIGAMENTO DE ESTUDANTE. HIPÓTESE PREVISTA EM ESTATUTO E REGIMENTO INTERNO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. PEDIDO IMPROCEDENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- O art. 207 da Constituição Federal estatui que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, que se traduz na competência para se autodeterminar e autorregulamentar.

- A autonomia universitária também é garantida pela Lei nº 9.394/96, que expressamente dispõe sobre a autonomia para a elaboração dos estatutos e regimentos a serem aplicados no seu âmbito de atuação.

- No caso concreto, o autor deixou de cumprir as obrigações referentes às matérias que deveria ter cursado e, nos termos previstos pelo Estatuto e Regimento Interno da instituição, foi desligado.

- A instituição de ensino não ofendeu a legalidade, atuando dentro da autonomia constitucional na elaboração de sua regulamentação.

- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv [5002894-75.2019.4.03.6110](#), Desembargadora Federal Mônica Nobre, j. 22/05/2023, DJEN 29/05/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5008685-06.2020.4.03.6105

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE E SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/01. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

1. A EC nº 33, de 2001, alterou o artigo 149 da Constituição Federal, de 1988, com a renumeração do parágrafo único para 1º e acréscimo dos parágrafos 2º a 4º. O artigo 149, §2º do inciso III, alínea "a", da CF, de 1988, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico poderão ter alíquotas *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

2. A alteração limitou-se a incluir regras adicionais, entre as quais a possibilidade de estabelecer alíquotas *ad valorem* ou específicas sobre as bases ali elencadas de forma não taxativa, indicando um rol apenas exemplificativo. Tratando-se de rol meramente exemplificativo, não merece guarida a interpretação restritiva que a recorrente pretende lhe atribuir.

3. Não se trata de restrição ao rol ali incluído, visto que destoa da inteligência do próprio *caput* do art. 149 que não foi alterado pela EC 33/2001. Com efeito, a nova redação constitucional não veio suprimir as contribuições existentes, as quais, inclusive, não comportam nenhuma discussão acerca de sua constitucionalidade em face da jurisprudência pacífica a respeito.

5. O plenário do E. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 325, de repercussão geral, cujo acórdão foi publicado em 15/01/2021, negou provimento ao RE 603.624/SC, que tratava das contribuições ao SEBRAE - APEX - ABDI e firmou entendimento no sentido de que o emprego, pelo art. 149, § 2º, III, da CF, do modo verbal "poderão ter alíquotas" demonstra tratar-se de elenco exemplificativo, de modo que legítima a exigência das referidas contribuições. Tais fundamentos aplicam-se também às demais contribuições às entidades terceiras e do chamado "Sistema S".

5. Quanto à questão da constitucionalidade das contribuições ao INCRA a Corte Suprema apreciando o Tema 495, de repercussão geral, fixou a tese: "É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001". Nesse julgado, foi ratificado o entendimento acima mencionado, no sentido de que o § 2º, III, alínea "a", do art. 149, da Constituição Federal, introduzido pela EC nº 33/2001, não impede que o legislador adote outras bases econômicas para os referidos tributos, como a folha de salários, pois esse rol é meramente exemplificativo ou enunciativo.

6. A Emenda Constitucional nº 33/01 não modificou a incidência do salário-educação sobre a folha de salários, pois a exação possui matriz constitucional própria (artigo 212, §5º). Ademais sua constitucionalidade restou consolidada no enunciado da Súmula nº 732 do Supremo Tribunal Federal.

7. Apelo desprovido.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv [5008685-06.2020.4.03.6105](#), Desembargador Federal Marcelo Saraiva, j. 04/04/2023, Intimação via sistema 11/04/2023)

SEXTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL **0026117-95.2007.4.03.6100**

AÇÃO DE RITO COMUM – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA DE TRANSPORTE DE CORRESPONDÊNCIA, DOCUMENTOS E PEQUENOS VOLUMES – VIOLAÇÃO AO MONOPÓLIO POSTAL DA ECT, ADPF Nº 46 –PROCEDÊNCIA AO PEDIDO – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO MUNICIPAL

1 - Consoante o art. 21, X, Lei Maior, compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

2 - A Lei 6.538/1978 dispôs sobre os serviços postais, tratando o seu art. 9º sobre quais misteres seriam explorados pelo Estado, a título de monopólio.

3 - No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 46, o Excelso Pretório concebeu interpretação conforme o artigo 42 (Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas) da Lei nº 6.538/78, para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal.

4 - Aos autos restou cabalmente configurada transgressão à exclusividade postal da ECT, porquanto o certame impugnado expressamente tinha como objeto a “prestação de serviços de transporte de correspondências, documentos e pequenos volumes”, ID 107695029 - Pág. 50.

5 - O declinado serviço é atividade que se enquadra no conceito de “correspondência”, art. 47, Lei 6.538/78, em consonância com o retrocitado art. 9º.

6 - O próprio Edital não deixa margem de dúvida ao fazer menção a “correspondências”, situação a confirmar a possibilidade de a função externa contratada transportar conteúdo com “comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”, conceituação esta de carta e inserta no art. 9º, em enquadramento à ADPF nº 46. Precedente.

7 - Nesta linha, esta C. Corte também já analisou quaestio envolvendo “pequenas encomendas”, ao norte do conceito “pequenos volumes” ao Edital aqui em análise, o que também em afronta à Lei 6.538/78. Precedente.

8 - Nula a contratação emanada do Pregão Eletrônico nº 001/SPPA/2007, no que compete aos serviços externos de correspondência, documentos e pequenos volumes. Precedente.

9 - Impende destacar, também, que a presente ação visa a coibir a que a parte ré/apelante vulnere o monopólio postal, assim presente licitude na proibição firmada e no astreinte estabelecido, se houver descumprimento da ordem, não

havendo de se falar em falta de razoabilidade, porque, como bem sabe o Município, os Correios devem observância à legalidade, “caput” do art. 37. CF.

10 - Verba sucumbencial mantida, por observante às diretrizes do art. 20, CPC vigente ao tempo dos fatos.

11 - Honorários recursais ausentes, porque sentenciada a causa sob a égide do CPC anterior, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017.

12 - Improvimento à apelação e à remessa oficial. Procedência ao pedido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [0026117-95.2007.4.03.6100](#), Desembargador Federal Souza Ribeiro, j. 16/05/2022, Intimação via sistema 17/05/2022)

APELAÇÃO CÍVEL
0014757-56.2013.4.03.6100

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. PROFISSÃO DE MÚSICO. ARTS. 5º, IX E XIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 53 DA LEI Nº 3.857/1960. MÚSICOS ESTRANGEIROS. TAXA PELO REGISTRO DE CONTRATOS. NÃO RECEPÇÃO PELA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL. LIVRE MANIFESTAÇÃO ARTÍSTICA. PRESCINDIBILIDADE DE CONTROLE PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DA REGRA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA.

1. Não se conhece do agravo retido interposto, uma vez que a parte deixou de reiterá-lo expressamente nas razões ou na resposta de apelação, conforme disposição do art. 523, § 1º, do CPC/1973, vigente à época.

2. O livre exercício profissional é um direito fundamental assegurado na Constituição da República, em seu art. 5º, XIII, segundo o qual (...) *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

3. Em relação ao exercício da profissão de músico, a regulamentação deu-se por meio da Lei nº 3.857/1960, cujo art. 53, *caput*, dispõe que (...) *os contratos celebrados com os músicos estrangeiros somente serão registrados no órgão competente do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, depois de provada a realização do pagamento pelo contratante da taxa de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato e o recolhimento da mesma ao Banco do Brasil em nome da Ordem dos Músicos do Brasil e do sindicato local, em partes iguais.*

4. O inciso IX do art. 5º da Carta Magna é categórico ao afirmar que é livre a expressão da atividade artística independentemente de licença.

5. A profissão de músico, diferentemente das demais como a de médico ou de advogado, que requerem controle rigoroso por colocarem em risco bens jurídicos de extrema importância (vida, liberdade, saúde, patrimônio), não é perigosa ou prejudicial à sociedade. Diante disso, a regulamentação legal da atividade não é necessária, pois não há interesse público a ser protegido.

6. Com o julgamento do RE nº 414.426, submetido ao Plenário, o E. Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento quanto à desnecessidade de inscrição dos músicos na Ordem dos Músicos do Brasil, prescindindo, ademais, a atividade de controle, justamente em virtude da livre manifestação artística.

7. Sendo a filiação facultativa, o pagamento de taxa não pode ser exigido daqueles que optem por não se inscrever, do que se denota que o supracitado art. 53 da Lei nº 3.857/1960 não foi recepcionado pela atual ordem constitucional.

8. Quanto à alegação de violação da regra da cláusula de reserva de plenário, em que pese a imprecisão terminológica, na verdade, cuidou-se do fenômeno da “não recepção”, tendo em vista que as normas objeto do controle de constitucionalidade eram anteriores ao parâmetro (Constituição de 1988).

9. O próprio Pleno do Supremo já reconheceu a incompatibilidade constitucional da cobrança de tributo pela fiscalização da atividade profissional de músico, afigurando-se despicienda, assim, a sujeição do tema também ao Plenário

ou Órgão Especial desta Corte, nos termos do art. 481, parágrafo único do CPC/1973.

10. Agravo retido não conhecido. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [0014757-56.2013.4.03.6100](#), Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 20/09/2019, e-DJF3 26/09/2019)

APELAÇÃO CÍVEL
0002252-26.2016.4.03.6133

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPLEMENTAÇÃO DO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. LEI 12.527/11. LC 131/09. ATENDIMENTO PARCIAL PELO MUNICÍPIO. SUSPENSÃO DE TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS E MULTA DIÁRIA. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS. NECESSIDADE DE REAVALIAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS FATOS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, visando compelir o município de Salesópolis/SP a se adequar à normatização contida na Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência) e Lei 12.527/11 (Lei do Acesso à Informação), no que diz respeito à implementação do portal de transparência.

2. Recentemente, o E. Superior Tribunal de Justiça assentou o posicionamento segundo o qual há legitimidade ativa e interesse do MPF para o ajuizamento de ação civil pública que vise compelir município a cumprir as exigências da Lei 12.527/11 e da LC 131/09 (REsp 1874794/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 15/10/2020; REsp 1804943/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 01/07/2019). Tal posicionamento vem sendo seguido também pelas Terceira e Quarta Turmas desta E. Corte (TRF-3, 3ª Turma, RemNecCiv 0002231-56.2016.4.03.6131, Rel. Desembargador Federal Antonio Carlos Cedenho, p. em 23/06/2020; 4ª Turma, ApCiv 5001621-26.2018.4.03.6133, Rel. Desembargadora Federal Monica Nobre, p. em 18/06/2020).

3. Pela sentença de procedência, o MM. Juízo de origem, além de impor obrigação de fazer consistente em adequação do portal de transparência conforme requerido pelo MPF, entendeu que o não saneamento das irregularidades até então verificadas justificam a interrupção de repasse das verbas federais para o município, em atenção à Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como a cominação de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 a partir do 31º dia de eventual descumprimento.

4. A insurgência do município apelante está voltada propriamente às medidas coercitivas determinadas no *decisum* ora recorrido.

5. A Lei do Acesso à Informação e a Lei da Transparência dispõem sobre mecanismos de acesso à informação e controle social da gestão pública, de modo a concretizar o princípio republicano e o dever administrativo de, em relação à gestão da documentação governamental, franquear sua consulta a quantos dela necessitem (arts. 216, § 2º, CFR).

6. Com o objetivo de instrumentalizar a publicidade dos atos públicos e permitir a respectiva fiscalização, foram introduzidas modificações na LC 101/2000 (Responsabilidade Fiscal), impondo mecanismos de transparência da gestão fiscal e a exigência de “ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público” (art. 48, LC 101/00), bem como “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público” (art. 48, § 1º, II, LC 101/00).

7. O art. 73-C da Lei Responsabilidade Fiscal, por sua vez, prescreve que o não atendimento, até o encerramento dos prazos previstos no art. 73-B, das determinações contidas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e no art. 48-A sujeita o ente estatal à sanção prevista no inciso I do § 3º do art. 23, ou seja, o não recebimento de transferências voluntárias.

8. Por sinal, entende-se por transferências voluntárias a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (LC 101/2000, art. 25).

9. Neste caso, da análise da prova coligida, verifica-se que o município recorrente efetivamente implementou o portal de transparência, todavia, de forma insuficiente, tendo em vista ausência de certas e necessárias informações, todas enumeradas na sentença.

10. Dessa forma, tendo em vista estar-se diante de controvérsia restrita a algumas condições não atendidas na implementação no referido portal, surge como relevante o argumento suscitado pela edilidade, no sentido de que a aplicação, ao caso, da suspensão das transferências voluntárias previstas como sanção no art. 73-C da LC 101/2000 reflete desproporcionalidade, ainda mais se levados em consideração os graves impactos financeiros e sociais que a falta de tal repasse pode acarretar ao município de pequeno porte.

11. Ademais, considerado o significativo tempo transcorrido entre a publicação da sentença (03/02/2017) e o processamento do presente recurso nesta instância, faz-se necessário, de acordo com o princípio da efetividade da prestação jurisdicional (CPC/2015, art. 6º e Lei Ação Civil Pública, art. 11), que uma nova avaliação sobre a atuação do município no cumprimento das legislações acerca de transparência e acesso à informação seja feita.

12. Com efeito, sendo provável a existência de uma significativa alteração do quadro fático delineado desde a prolação da sentença, impõe-se que o MM. Juízo *a quo*, próximo das partes e dos fatos, proceda, em sede de cumprimento de sentença, um contemporâneo exame sobre o desempenho do município em relação ao portal de transparência, impondo-se, se o caso, novas medidas coercitivas, nos termos do art. 536 do CPC/2015.

13. Impõe-se, portanto, a reforma parcial da sentença, para que, mantida a obrigação de fazer consistente na adequação do portal de transparência pelo município, na forma nela determinada, sejam cassadas as medidas de suspensão de repasse de transferências voluntárias e a multa diária, devendo as questões atinentes ao cumprimento da decisão serem reavaliadas na fase prevista no Capítulo VI, Seção I, do CPC/2015.

14. Apelação parcialmente provida, na forma da fundamentação.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [0002252-26.2016.4.03.6133](#), Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 16/07/2021, Intimação via sistema 22/07/2021)

APELAÇÃO CÍVEL
5003549-48.2017.4.03.6100

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DNIT – ACIDENTE DE VEÍCULO – BURACO NA PISTA – CONDUTA OMISSIVA – ART. 37, § 6º, DA CF – APLICABILIDADE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DIREITO DE REGRESSO – RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA – RESSARCIMENTO DEVIDO.

1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Na hipótese de omissão, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.

3. *In casu*, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, não remanescem dúvidas de que o acidente decorreu da existência de buraco na pista.

4. Competia ao DNIT, nos termos de suas competências legais, promover a manutenção e restauração das vias, bem assim prover a sinalização adequada, sob pena de transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.

5. Não demonstrada a conduta culposa do condutor do veículo, ônus que incumbia ao réu (art. 373, II, CPC).

6. Afirmada a responsabilidade do réu pelo acidente automobilístico – e, consequentemente, pelos danos materiais daí decorrentes –, impõe-se sua condenação ao ressarcimento do valor despendido pela seguradora, *ex vi* do art. 786 do Código Civil.

7. Observadas as premissas do art. 85, § 11, do CPC, majoro a verba honorária em 1%.

8. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [5003549-48.2017.4.03.6100](#), Desembargador Federal Mairan Maia, j. 15/05/2023, DJEN 18/05/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5017573-48.2017.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. IMPLANTAÇÃO DE NO MÍNIMO DOIS LEITOS EM UTI NEONATAL. MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS. PRAZO DE 120 DIAS. RAZOABILIDADE. MULTA DIÁRIA: CABIMENTO. AGRAVO PRECEDENTE DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL (AI 5000775-12.2017.4.03.0000/MS). ENTENDIMENTO MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A controvérsia aqui noticiada já foi analisada no agravo de instrumento anterior (autos de nº 5000775-12.2017.4.03.0000/MS) tirado pelo ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL em face da *mesma decisão agravada*, não tendo este Relator verificado qualquer plausibilidade nas insurgências manifestadas contra a r. interlocutória agravada.

2. De regra, não cabe ao Poder Judiciário, que não é eleito, imiscuir-se nas políticas públicas de modo a sobrepujar as escolhas e iniciativas do Poder Executivo - que, inclusive, dependem de recursos orçamentários adrede alocados - a quem cabe, a par com o Poder Legislativo nas atribuições dele, governar. Essa vedação, sabe-se, é relativa, porquanto atualmente se tolera um certo grau de ativismo judicial que, naturalmente, é contaminado por escolhas de âmbito político permeadas de convicções subjetivas dos juízes de instância inferior, dos membros dos tribunais, e até do STF. Todos, invariavelmente, invocam os ditames da Constituição para assim proceder.

3. Atualmente se pode enxergar nas práticas do Poder Judiciário várias vertentes de ativismo, mas aqui interessa considerar o chamado "ativismo remedial", que é a atitude do Poder Judiciário impondo obrigações positivas aos demais poderes e determinando atos concretos que prestigiam políticas públicas e outras que ordenam ações de órgãos públicos e atos de regulamentação de leis pré-existentes.

4. Essa posição judicial encontra fonte nas omissões, principalmente do Poder Executivo, na execução de tarefas e competências a ele cometidas pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Essa conduta é justificada na fala do Ministro Celso de Mello "... quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional...".

5. Deveras, diante do texto da Constitucional, especialmente da ampla dicção do inc. XXXV do art. 5º, não há como evitar nem a judicialização, nem o ativismo, sendo o ativismo mais comum aquele em que o Judiciário busca remediar omissões principalmente do Executivo, que se queda inerte diante da implementação de direitos fundamentais, de direitos sociais e de políticas públicas que se encontram no Texto Constitucional em caráter imperioso, isto é, não são dádivas que o Poder Público pode ou não conceder conforme mais e quando lhe convenha.

6. É o caso, por exemplo, da prestação de serviços de saúde, que nesta Corte são amplamente reconhecidos em favor dos desvalidos. Na espécie dos autos o grau de ativismo que emana da r. interlocutória tem razão de ser porquanto a matéria de fundo afeiçoa-se com o direito social à saúde e com a proteção à infância.

7. O prazo de cento e vinte dias assinalado pelo Juiz é razoável e, por outro lado, os pedidos de afastamento ou diminuição da multa são sinais seguros de que o agravante não está disposto a atender a ordem judicial. Portanto, as *astreintes* são cabíveis contra o Poder Público (REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014).

8. Ainda sobre a possibilidade de fixação de multa diária (*astreintes*) em desfavor da Fazenda Pública como meio de compelir o devedor a adimplir a obrigação como aquela determinada pela decisão ora recorrida, em recente julgado submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, o STJ reafirmou seu cabimento (REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017).

9. Não existe razão de Estado - nem mesmo a esfarrapada escusa que se escora numa deturpação do princípio da reserva do possível cogitado nos anos 1970 pelo Tribunal Constitucional Alemão, e "importada" no Brasil sem qualquer cuidado - que suplante o direito à saúde dos cidadãos.

10. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI [5017573-48.2017.4.03.0000](#), Desembargador Federal Johnson Di Salvo, j. 19/07/2019, Intimação via sistema 25/07/2019)

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5031548-39.2018.4.03.6100

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – IMPORTAÇÃO – “CARDS GAMES” –. IMUNIDADE DE IMPOSTOS E ALÍQUOTA ZERO DO PIS/COFINS IMPORTAÇÃO QUANTO A ÁLBUNS, LIVROS E CARDS INTEGRANTES DOS LIVROS DE MAGIC THE GATHERING. RECONHECIMENTO.

1. De fato, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal também é aplicável a cromos adesivos, figurinhas ou “cards”, por serem a essência da publicação encadernada e ilustrada.

2. Saliente-se, que a jurisprudência desta E. Corte já decidiu que a imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal alcança também os cromos adesivos, figurinhas ou “cards” integrantes dos livros ilustrados por interpretação extensiva da imunidade tributária prevista no texto constitucional, pois a disposição constitucional expressa, não diferencia a qualidade do livro e não estabelece condição ou restrição ao seu gozo.

3. Outrossim, a jurisprudência desta E. Corte Regional já se manifestou no mesmo sentido quanto à alíquota zero de PIS/COFINS importação prevista na Lei 10.685/04, equiparando as ditas mercadorias a livros também em prestígio à proteção constitucional da liberdade de comunicação, e do amplo acesso à cultura e educação.

4. Assim, deve ser afastada, ainda, a exigência tributária relativa às contribuições de PIS e COFINS, por tratar-se de tributação à alíquota zero sobre a importação de livros, álbuns e cards que difundem e complementam os livros de literatura “Magic The Gathering”, referentes à Invoice nº 30846 e HAWB nº 12563195.

5. No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

6. Apelação da União e remessa necessária improvidas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec [5031548-39.2018.4.03.6100](#), Desembargador Federal Toru Yamamoto, j. 30/04/2021, Intimação via sistema 03/05/2021)

APELAÇÃO CÍVEL
5002095-26.2019.4.03.6112

APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERVENÇÃO ANTRÓPICA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RIO PARANÁ. MUNICÍPIO DE ROSANA/SP. BAIRRO BEIRA-RIO. INEXISTÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. DANO AMBIENTAL. RECUPERAÇÃO DA ÁREA. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO "PROPTER REM". DESNECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. DESPROVIMENTO.

1. Sentença de parcial procedência em ação civil pública também submetida a remessa oficial. Jurisprudência.

2. Cinge-se a questão em averiguar a responsabilidade dos réus pelo levantamento de edificações em área de preservação permanente, situada às margens do Rio Paraná, bairro Beira-Rio, no município de Rosana/SP.

3. A Lei 12.651/2012, novo Código Florestal, descreve hipóteses objetivas de Áreas de Preservação Permanente - APP nas quais, em regra, é vedada qualquer intervenção antrópica, dentre elas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de 500 metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros (art. 4º, I, "e").

4. A faixa de APP em tela é de 500 metros, uma vez que o imóvel está localizado na margem do Rio Paraná, cuja largura é superior a 600 metros.

5. Conforme atestado por farta prova documental, não infirmada pelos réus, o imóvel e as construções levadas à cabo no local dos fatos efetivamente invadiram área de preservação permanente, uma vez que inseridas dentro dos 500 metros limítrofes impostos pela legislação àquele entorno.

6. Em que pese a edição de leis locais, são inaplicáveis ao caso as exceções previstas nos arts. 61-A e 65 do NCF, tendo em vista a natureza da ocupação, as características da área (sujeita a inundações), bem como a impossibilidade de regularização fundiária.

7. O dano ambiental efetivamente ocorreu, sendo inerente à desautorizada intervenção no local, que sabidamente gera supressão de vegetação nativa, resíduos e efluentes domésticos, e portanto, a reparação da área danificada é determinação constitucional nos termos do § 3º do art. 225 da Carta Magna e deve ser promovida pelos seus causadores, razão pela qual a discussão sobre a existência ou não de excludente de ilicitude não tem relevância, em face da natureza objetiva da responsabilidade por dano ambiental, refletida na teoria do risco integral. (REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. em 27/08/2014 pela sistemática dos recursos repetitivos).

8. Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador. Jurisprudência.

9. É admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar, caso a restauração ambiental "in natura" não se mostre suficiente à recomposição integral do dano causado. Inteligência da Súmula 629/STJ.

10. Na hipótese dos autos, as provas técnicas atestaram a plena possibilidade de recuperação ambiental da área degradada. Logo, desnecessária a indenização pleiteada.

11. Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença e de todas as obrigações de fazer e não fazer nela determinadas, tendentes à recuperação ambiental da APP.

12. Apelações e remessa necessária desprovidas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [5002095-26.2019.4.03.6112](#), Desembargadora Federal Diva Malerbi, j. 05/11/2021, Intimação via sistema 09/11/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5007553-90.2020.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - REQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS - PANDEMIA DE CORONAVÍRUS - LEI FEDERAL Nº. 13.979/2020.

1- A Constituição: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano” – artigo 5º, inciso XXV.

2- Em relação ao direito à saúde, a Lei Federal nº 8.080/90, que disciplina os setores público e privado de assistência, faculta, aos gestores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o exercício do poder de requisição administrativa.

3- Diante da pandemia viral, o Congresso Nacional optou por detalhar o modelo de enfrentamento ao desastre, com a edição de lei específica. O artigo 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 13.979/2020, autoriza, *expressamente*, a “requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”.

4- Trata-se de opção finalística do *legislador*, que não cabe ao Poder Judiciário afrontar, tanto mais sem a formalidade necessária e grave da declaração fundamentada sobre a suposta inconstitucionalidade da norma jurídica protetiva da coletividade. Registre-se que o Congresso Nacional respeitou a função social das requisições administrativas, facultando a *expansão* do uso de bens e serviços privados para o domínio público.

5- Acrescento, ainda, que o poder de requisição administrativa é facultado sobre bens à disposição de particulares. No regime de emergência próprio a esta medida extrema, a autoridade requisitante não está subordinada à discussão do título jurídico – ou da simples situação de fato – que ensejou a posse da coisa.

6- Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI [5007553-90.2020.4.03.0000](#), Desembargador Federal Fábio Prieto, j. 15/07/2020, Intimação via sistema 22/07/2020)

TERCEIRA SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA 5007086-14.2020.4.03.0000

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO INCISO V, DO ART. 966, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESAPOSENTAÇÃO RECONHECIDA JUDICIALMENTE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO DO JULGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A parte ré auferia rendimentos mensais inferiores ao teto de salário benefício, donde se presume a falta de recursos para arcar com as custas e despesas processuais sem prejudicar sua subsistência. Concessão da gratuidade da justiça.

- O artigo 966 do Código de Processo Civil atual prevê, de modo taxativo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória, que têm por escopo a correção de defeitos processuais e decisões desarrazoadas.

- As decisões judiciais devem, por meio de interpretação teleológica, escorar-se no ordenamento jurídico e atender aos fins sociais, exigindo-se a devida fundamentação e observação dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

- O inciso V, do art. 966, do CPC prevê o cabimento de ação rescisória quando houver violação evidente, ou seja, demonstrada com prova pré-constituída juntada pelo autor, de norma jurídica geral.

- A presente ação visa a rescindir acórdão que manteve sentença de procedência do pedido na ação subjacente de renúncia ao benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição concedido administrativamente em 18.09.1997 e, sucessivamente, a concessão de novo benefício previdenciário a contar do requerimento administrativo de concessão de benefício formulado em 05.12.2014 com o aproveitamento dos recolhimentos previdenciários efetivados no período de 19.09.1997 a 30.12.2005.

- Da análise da ação subjacente infere-se que, na oportunidade do julgamento dos recursos nesta Corte, inexistia via à aplicação da Tese então firmada pelo STF no RE 661.256, uma vez que somente a análise do termo inicial do benefício foi devolvida ao Tribunal.

- Ainda, o C. STF, por meio de decisão em sede de embargos declaratórios, operou a modulação dos efeitos do acórdão proferido no RE 661.256, para preservar a desaposentação aos segurados que tiveram o direito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado até a data do julgamento dos embargos em 06.02.20 e declarar a desnecessidade de repetição dos valores recebidos a título de desaposentação.

- Nesse contexto, considerando o trânsito em julgado da procedência do pedido nos autos da ação subjacente em 15/10/2018, a manutenção do acórdão

rescindendo é medida que se impõe, em consonância com o julgado pelo STF no RE 661256 e ulterior modulação de seus efeitos, atendendo ao primado da segurança jurídica e da proteção da confiança.

- Com efeito, em juízo rescindendo, improcedente o pedido de desconstituição do julgado com esteio no inciso V, do art. 966 do CPC.

- Condenada a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00, a teor do disposto no art. 85, §8º, do CPC/2015 e do entendimento firmado pela Eg. Terceira Seção desta Corte.

- Pedido, em juízo rescindente, julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR [5007086-14.2020.4.03.0000](#), Desembargador Federal Gilberto Jordan, j. 11/03/2022, DJEN 16/03/2022)

SÉTIMA TURMA

EMBARGOS DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0007614-80.2018.4.03.9999

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TEMA 709. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO INICIAL. ARTIGO 57, §8º, DA LEI 8.213/91. CONSTITUCIONALIDADE. DESLIGAMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO.

Nos termos do artigo 1.040, II, do CPC/2015, uma vez publicado o acórdão paradigma, “o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior”.

Como se vê, o juízo de retratação tem lugar quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STF ou pelo STJ num precedente de observância obrigatória.

No caso, o acórdão recorrido, ao consignar que o disposto no artigo 57, §8º, da Lei 8.213/91 não se aplica ao caso dos autos, contraria o entendimento que veio a ser consolidado no julgamento do Tema 709 pelo E. STF.

O STF, embora tenha reconhecido a constitucionalidade do artigo 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91, e da vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial, concluiu que tal vedação só se aplica após a efetivação, na via administrativa ou judicial, da aposentadoria especial. Portanto, na forma delineada pelo E. STF, o segurado que tem o seu pedido de aposentadoria especial indeferido pelo INSS e que, posteriormente, tenha seu direito à aposentadoria especial reconhecido no âmbito judicial, faz jus ao recebimento dos valores atrasados de tal benefício, desde a data do requerimento administrativo até a data da efetiva implantação (administrativa ou judicial) da aposentadoria, ainda que tenha continuado a laborar em condições especiais nesse intervalo de tempo.

Devido o pagamento dos valores atrasados relativos à aposentadoria especial deferida neste feito, desde a data do requerimento administrativo, na forma consignada no acórdão recorrido, até a véspera da data da efetiva implantação (administrativa ou judicial) de referida jubilação.

Uma vez implantada a aposentadoria especial deferida neste processo e comunicado tal fato à parte autora, o INSS poderá cassar referido benefício, em regular processo administrativo, se vier a ser apurado que a parte autora não se desligou ou retornou a laborar em atividades especiais.

Embargos de declaração acolhidos parcialmente em sede de juízo de retratação, esclarecendo-se que, nos termos do posicionamento firmado quando do julgamento do tema 709, pelo E. STF, uma vez implantada a aposentadoria especial deferida neste processo e comunicado tal fato à parte autora, o INSS

poderá cassar referido benefício, em regular processo administrativo, se vier a ser apurado que a parte autora não se desligou ou retornou a laborar em atividades especiais.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, EDcl ApCiv [0007614-80.2018.4.03.9999](#), Desembargadora Federal Inês Virgínia, j. 20/10/2022, DJEN 27/10/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5001820-41.2023.4.03.0000

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. RENDA PER CAPITA DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. CRITÉRIO DEFASADO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES.

1. O benefício assistencial de prestação continuada está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado na Lei nº 8.742/93, cujos requisitos foram estabelecidos em seu artigo 20. Consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. No entanto, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da norma acima mencionada foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4374. Também foi reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 34 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

3. A retirada do ordenamento jurídico dos mencionados artigos pela Suprema Corte veio a confirmar a posição que já vinha sendo adotada pela jurisprudência, no sentido de que o critério estabelecido pelos referidos dispositivos para a concessão de benefício a idosos ou deficientes, que previa que a renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, estava defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

4. A Terceira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar per capita não-superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial.

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI [5001820-41.2023.4.03.0000](#), Desembargador Federal Marcelo Vieira, j. 05/06/2023, Intimação via sistema 14/06/2023)

OITAVA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL **5891662-14.2019.4.03.9999**

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

- A falta de oportunidade para a realização da prova pericial, requerida pela parte, implica cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, impondo a nulidade do feito, a partir da eiva verificada.

- A jurisprudência tem admitido a utilização de perícia por similaridade, realizada em empresa com características semelhantes àquela em que se deu a prestação do serviço, quando impossível sua realização no próprio ambiente de trabalho do segurado.

- Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. Sentença anulada. Retorno dos autos à vara de origem para produção de prova pericial. Mérito do recurso de apelação prejudicado.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv [5891662-14.2019.4.03.9999](#), Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, j. 03/11/2022, DJEN 08/11/2022)

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA
5049731-93.2021.4.03.9999

ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. MISERABILIDADE NÃO COMPROVADA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I- O benefício de prestação continuada, previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal, estabelece a garantia de um salário mínimo à “pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

II- No presente caso, o conjunto probatório não comprovou que a parte autora preencheu o requisito da miserabilidade.

III- Há que se reiterar que a assistência social a ser prestada pelo Poder Público possui caráter subsidiário, limitada às situações de total impossibilidade de manutenção própria ou pela família, não sendo possível ser utilizado o benefício assistencial como complementação de renda.

IV- Com relação à incapacidade para o exercício de atividade laborativa, tal discussão revela-se inteiramente anódina, uma vez que não ficou comprovada a miserabilidade, requisito indispensável para a concessão do benefício.

V- No que tange ao pedido de declaração de inexigibilidade da restituição dos valores recebidos a título de amparo social à pessoa portadora de deficiência no período de 16/3/06 a 1º/6/18, verifica-se que a manutenção do pagamento do benefício ao autor decorreu de erro da própria Administração, na medida em que tinha acesso à informação de recebimento das aposentadorias pelos genitores, que compõem a renda familiar, não estando caracterizada a má-fé do demandante, que recebeu o benefício imbuído da legítima crença de que a sua concessão era devida, o que configura sua boa-fé, não sendo hipótese de devolução dos valores recebidos indevidamente.

VI- Ainda que o segurado conseguisse constatar a existência de erro na concessão do benefício - o que não configura o caso dos autos -, a devolução dos valores recebidos somente poderia ocorrer nos processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, depois da publicação do acórdão proferido no recurso repetitivo acima transcrito, sendo que a presente ação foi distribuída em data anterior a 23/4/21.

VII- Considerando que ambas as partes foram simultaneamente vencedores e vencidos, nos termos do art. 86 do CPC, condeno-as ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa, para cada, observando-se, ainda, o art. 98, §3º, do CPC, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

VIII- Segundo o art. 496, §3º, do CPC, não está sujeita à remessa necessária a sentença cuja condenação ou proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a mil salários mínimos para a União e respectivas autarquias e fundações de direito público. No presente caso, considerando que o valor da condenação não excedera mil salários mínimos, a sentença não está sujeita à remessa necessária.

IX- Apelação da autarquia parcialmente provida. Remessa oficial não conhecida.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApelRemNec [5049731-93.2021.4.03.9999](#), Desembargador Federal Herbert De Bruyn, j. 09/05/2023, Intimação via sistema 12/05/2023)

NONA TURMA

EMBARGOS DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL 0040444-70.2016.4.03.9999

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MENOR SOB GUARDA. AVÓ FALECIDA - SEGURADA DO RGPS. PENSÃO POR MORTE. TEMA 732/STJ. ADIs 4878 e 5083 - JULGAMENTO - FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 227) E NA LEI 8.059/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). LIMITE ETÁRIO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ART. 2º, *CAPUT*, DO ECA (DEZOITO ANOS DE IDADE). EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. SUCUMBÊNCIA.

- Objetiva o autor, na qualidade de “menor sob guarda” a condenação do INSS ao pagamento do benefício de pensão por morte, em razão do óbito de sua avó (Sra. Maria das Graças do Prado Toledo), ocorrido em 01/08/2014 (Id 90360366 – p. 17).

- O art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, na redação vigente na data do óbito da avó do requerente, não contemplava o direito ao recebimento da pensão por morte ao “menor sob guarda”.

- Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Esp 1411258/RS (Tema 732), Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, em 11/10/2017, publicado no DJe 21/02/2018, RMPRJ vol. 70, p. 491, decidiu que embora o artigo 16, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997, tenha retirado o “menor sob guarda” do rol de dependentes para fins de concessão de benefício previdenciário de pensão por morte, a CF/1988 (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), adotaram a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, reconhecendo a condição especial de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. Fixou a tese final de que embora o “menor sob guarda” tenha sido excluído do rol dos dependentes para fins de concessão de pensão por morte, é certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º, da Lei 8.069/1990), estabelece que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente para todos os fins e direitos, inclusive previdenciários.

- No mesmo sentido, o plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentado a nova previsão estabelecida no art. 23, § 6º, da EC 103/2019, que prever a pensão por morte exclusivamente ao “enteado” e ao “menor tutelado”, no julgamento das ADIs 4878 e 5083, conferiu interpretação conforme ao § 2º do art. 16 da Lei 8.213/1991, para contemplar, “em seu âmbito de proteção, o menor sob guarda, na categoria de dependentes do regime Geral de Previdência Social, (...) desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária”, também em razão do disposto no art. 227 da CF e no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). (Relator Ministro GILMAR MENDES, Relator para Acórdão Ministro

EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2021, DJE 06/08/2021, trânsito em julgado 05/03/2022).

- Portanto, pacificada a questão quanto ao direito de o “menor sob guarda” ao recebimento da pensão por morte, desde que comprove sua dependência econômica em relação ao segurado falecido.

- Contudo, a discussão tratada nos embargos de declaração é a respeito da possibilidade de concessão da pensão por morte ao autor “menor sob guarda”, conforme a regra geral previdenciária, que determina o prazo final aos 21 anos de idade (art. 16 da Lei 8.213/1991).

- Em relação a alegação do INSS o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o direito à pensão por morte conforme definido no Tema 732/STJ está fundamentado no art. 33, § 3º, do ECA, mostrando-se razoável que o termo final para o pagamento da pensão, seja também extraído do art. 2º, *caput*, do mesmo diploma legal - Lei 8.069/1990 (REsp 1947690/DF, Relatora Ministra ASSULETE MAGALHÃES, j. 17/05/2022, DJe 23/05/2022, RT vol. 1042, p. 413).

- Na data do óbito da Sra. Maria das Graças do Prado Toledo, em 01/08/2014 (Id 90360366 – p. 17), o autor, nascido em 29/3/1996, já havia completado dezoito anos de idade em (29/03/2014). Portanto, conforme decidido pelo STJ não mais existia fundamento legal para o deferimento do benefício da pensão.

- Sendo assim, os embargos de declaração oposto pelo INSS devem ser acolhidos, para em novo julgamento, dar provimento à apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado pelo autor, revogando-se a tutela provisória, na forma do Tema 692 do STJ.

- Condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 85 do Novo Código de Processo Civil/2015, observando-se a suspensão de exigibilidade prevista no § 3º do art. 98 do mesmo diploma legal.

- Embargos de declaração oposto pelo INSS acolhidos, com efeitos modificativos.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, EDcl ApCiv [0040444-70.2016.4.03.9999](#), Juiz Federal Convocado Nilson Lopes, j. 05/05/2023, DJEN 11/05/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5001854-31.2019.4.03.9999

SALÁRIO-MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. INDÍGENA. SEGURADA ESPECIAL. EQUIPARAÇÃO AOS BOIAS-FRIAS/DIARISTAS. COMPROVAÇÃO DO TRABALHO RURAL NO PERÍODO DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL VÁLIDO. CERTIDÃO EXPEDIDA PELA FUNAI. TRABALHADORA RURAL. ENQUADRAMENTO DA BOIA-FRIA/DIARISTA COMO SEGURADA EMPREGADA. EXTENSÃO DE TAL ENQUADRAMENTO AO SEGURADO INDÍGENA. PRECEDENTE. PROVA TESTEMUNHAL APTA A CORROBORAR O TRABALHO RURAL DURANTE O PERÍODO DE CARÊNCIA. INDÍGENA MENOR DE 16 ANOS DE IDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. BENEFÍCIO CONCEDIDO. STF. RE 1.086.351. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELO IMPROVIDO.

- Autora capaz para a vida civil. Aplicação dos arts. 4º, III, e 8º, da Lei n. 6.001 (Estatuto do Índio), de 15-12-1973. Resguardados os interesses pela participação do MPF.

- A CF/88 assegura proteção à gestante (arts. 7º, XVIII, e 201, II), com a respectiva regulamentação nos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/91.

- Com a criação do PRORURAL, os trabalhadores rurais tiveram acesso à proteção social (Lei Complementar 11/1971).

- O direito ao salário-maternidade somente foi assegurado às trabalhadoras rurais com a CF/88, regulamentado na Lei 8.213/91.

- Apesar da ausência de enquadramento previdenciário expresso em lei para o trabalhador rural diarista/boia-fria, as características da atividade exercida por esses trabalhadores, com subordinação e salário, comprovam que devem ser enquadrados como empregados, entendimento sufragado pela jurisprudência. O INSS, na IN 78/2002 e seguintes, reconheceu o enquadramento do boia-fria/diarista como segurado empregado.

- Tratando-se de segurada empregada, não há carência.

- O art. 71 da Lei 8.213/91, com a redação vigente na data do parto, prevê a comprovação do efetivo trabalho como diarista/boia-fria, por meio de início de prova material, que deve ser corroborado por prova testemunhal.

- Índio tutelado considerado segurado especial, mediante declaração da FUNAI. Jurisprudência do STJ e dos demais Tribunais.

- O processo administrativo que indeferiu o benefício contém declaração de Ramiro Luiz Mendes, Cacique da Aldeia Ipegue, informando a condição de indígena da autora, e que exerce atividade rural. A declaração é datada de 14/07/2017, não sendo contemporânea ao parto.

- Expedida certidão de exercício de atividade rural, datada de 13/07/2017, assinada pelo Chefe da Coordenação Técnica Local da Funai em Aquidauana/MS (onde situada a aldeia Ipegue), comprovando o trabalho da autora como segurada especial de 15/08/2015 a 19/08/2015.

- O próprio INSS, no processo administrativo, considerou comprovada a condição de rurícola da autora pela certidão expedida pela FUNAI. O indeferimento do benefício ocorreu não pela ausência de comprovação da condição de segurada

especial, mas pelo não cumprimento da carência necessária para o recebimento do benefício. Considerou comprovado o tempo de contribuição de 5 dias em atividade rural, e para fins de carência, um mês, segundo o resumo de cálculos efetuados administrativamente.

- A TNU já decidiu pela flexibilização do início de prova material para concessão do salário-maternidade (Pedilef 2009.32.00704394-5/AM, Rel. Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho, p. 28/10/2011).

- Com o julgamento do REsp n. 1.348.633/SP, representativo de controvérsia, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, o STJ admitiu o reconhecimento de tempo de serviço rural em período anterior ao documento mais antigo, desde que corroborado por prova testemunhal firme e coesa.

- No caso dos segurados especiais indígenas e também rurícolas, o trabalho no período de carência é comprovado por início de prova material e prova testemunhal que abranja o período necessário à concessão do benefício. Extensão do tratamento dado aos boias-frias/diaristas aos indígenas (TRF 4ª Região, AC 5013589-68.2018.4.04.9999, Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. 06/12/2018).

- As testemunhas unânimes quanto ao trabalho rural da autora no período necessário à concessão do benefício.

- No julgamento do RE 1.086.351, em 24/04/2019, foi reconhecido o direito ao salário-maternidade de trabalhadora indígena menor de 16 anos de idade. Reformulado posicionamento anterior da Relatora.

- Parcelas vencidas acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

- Correção monetária aplicada em conformidade com a Lei n. 6.899/81 e legislação superveniente, de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, observados os termos do julgamento final proferido na Repercussão Geral no RE 870.947, em 20/09/2017, ressalvada a possibilidade de, em fase de execução do julgado, operar-se a modulação de efeitos, por força de decisão a ser proferida pelo STF.

- Juros moratórios calculados de forma global para as parcelas vencidas antes da citação, incidindo a partir dos respectivos vencimentos para as parcelas vencidas após a citação. E serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até a vigência do CC/2002, a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês, na forma dos arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN. A partir de julho de 2.009, os juros moratórios serão de 0,5% (meio por cento) ao mês, observado o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, pela MP n. 567, de 13.05.2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07.08.2012, e legislação superveniente, bem como Resolução 458/2017 do Conselho da Justiça Federal.

- Apelação improvida. Correção monetária nos termos da fundamentação.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [5001854-31.2019.4.03.9999](#), Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 02/12/2019, Intimação via sistema 04/12/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5020491-49.2022.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. PENSÃO POR MORTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR. RECURSO DESPROVIDO.

- Demanda proposta visando a obtenção de pensão por morte, deferida em sede de antecipação de tutela.

- No entender da autarquia previdenciária, a ação judicial foi instruída com documentos não levados ao conhecimento do INSS. Assim, a juntada de documentos comprobatórios do direito apenas em sede judicial implicaria na ausência de interesse/necessidade de agir, pois o beneficiário da Previdência Social exclusivamente deu causa ao indeferimento administrativo, gerando de modo despidendo a demanda judicial.

- O E. STF - Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 631.240/MG, sob a sistemática do artigo 543-B do CPC/73, firmou o entendimento de que a exigência de prévio requerimento administrativo a ser formulado perante o INSS antes do ajuizamento de demanda previdenciária não viola a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CR/88, art. 5º, XXXV).

- Todavia, a egrégia Corte, em tal oportunidade, ressaltou a possibilidade de formulação direta do pedido perante o Poder Judiciário quando se cuidar de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, desde que os fundamentos da ação não dependam da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração, ou ainda, quando notório e reiterado o entendimento do INSS em desfavor da pretensão do segurado.

- No caso, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, e que o pleito revisional questiona a forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício, não há que se falar em necessidade de prévia postulação do direito na seara administrativa, estando configurado o interesse de agir da parte autora.

- Recurso desprovido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI [5020491-49.2022.4.03.0000](#), Desembargador Federal Ali Mazloum, j. 02/02/2023, DJEN 07/02/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5002722-67.2023.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. VEDAÇÃO DE REPETIÇÃO DE AÇÃO IDÊNTICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A observância à coisa julgada é regra expressamente prevista no ordenamento jurídica, necessária à manutenção da segurança jurídica, consoante mandamento constitucional (artigo 5º, XXXVI, da CF).

- Configurada a identidade de partes, pedido e causa de pedir, é impositiva a extinção do feito sem resolução de mérito.

- Inversão da sucumbência. Condenação da parte autora a pagar custas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, já majorados em razão da fase recursal, conforme critérios do artigo 85, §§ 1º, 2º, 3º, I, e 4º, III, do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º, do mesmo estatuto processual, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

- Apelação provida. Tutela específica revogada.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [5002722-67.2023.4.03.9999](#), Desembargadora Federal Daldice Santana, j. 22/07/2023, DJEN 26/07/2023)

DÉCIMA TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 5015211-80.2019.4.03.6183

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. DESAPOSENTAÇÃO. TEMA 503/STF. *DISTINGUISHING*. PENSÃO POR MORTE MILITAR. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE.

- O *mandamus* é a ação constitucional, prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição da República, regulamentado pela Lei n. 12.016, de 07/08/2009, cabível em casos de afronta a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Além disso, o remédio constitucional visa à garantia de recomposição imediata do direito individual ou coletivo lesado por ato ilegal ou abusivo da autoridade, a exigir prova pré-constituída das situações e fatos que amparam o direito líquido e certo.

- O instituto da desaposentação é caracterizado pelo cancelamento de um benefício previdenciário com o fim de percepção de benesse diversa mais vantajosa, devida ao mesmo beneficiário mediante a utilização dos mesmos requisitos dantes utilizados, acrescidos, porém, de novas contribuições decorrentes da permanência do beneficiário na atividade que lhe garantira o benefício pretérito.

- O C. Supremo Tribunal Federal pacificou a questão no julgamento do RE nº 661.256, relatoria do e. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em 27/10/2016 (publ. 28/09/2017), sob a sistemática da repercussão geral, resultando na cristalização do Tema 503/STF com a seguinte tese: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91".

- No presente feito, o instituto da renúncia tem aplicação diversa, eis que está a viabilizar o instrumento de opção legal entre dois benefícios previdenciários, oferecido pela ordem jurídica nacional. A impetrante não está a perseguir o direito ao incremento de valores da benesse da qual é titular, ao contrário, quer deixar de perceber a aposentadoria por idade, e não voltar a receber esse benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social.

- O artigo 29 da Lei n. 3.765/1960, com redação da MP n. 2.215-10, de 31/08/2000, estabelece que: "Art. 29. É permitida a acumulação: I - de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria; II - de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal".

- Nesse diapasão, em face da expressa vedação constitucional à acumulação de proventos e aposentadorias, há que se garantir aos interessados o direito de

optar pelo recebimento do benefício que lhe convier, geralmente o melhor benefício, e, evidentemente, efetuar a renúncia quanto à percepção de outra ou outras prestações previdenciárias.

- Assim, é de rigor assegurar à impetrante o exercício do direito de renunciar à percepção da aposentadoria por idade, objetivando atender à condição normativa à percepção de pensão por morte instituída pela Força Aérea Brasileira, em virtude do falecimento de sua mãe. Precedentes.

- Apelação e remessa oficial não providas.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApelRemNec [5015211-80.2019.4.03.6183](#), Desembargadora Federal Leila Paiva, j. 26/04/2023, Intimação via sistema 26/04/2023)

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL
5000685-47.2022.4.03.6137

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRORROGAÇÃO DE BENEFÍCIO. DEFERIMENTO EM SEDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. RECUSA DO INSS A CUMPRIR A DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Não cabe ao impetrado negar cumprimento à decisão emanada de órgão que lhe é hierarquicamente superior, sob pena de subversão da ordem de instâncias existentes na estrutura administrativa, conforme a disciplina do § 2º do artigo 308 do Decreto nº 3.048/1999, com violação ao princípio do devido processo legal, ao qual está sujeita toda a atuação administrativa.

II – Remessa oficial desprovida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, RemNecCiv [5000685-47.2022.4.03.6137](#), Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 31/05/2023, Intimação via sistema 01/06/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5002514-90.2022.4.03.6128

PREVIDENCIÁRIO CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS RECONHECIDA. AGENTE FÍSICO RUÍDO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM MEDIANTE APLICAÇÃO DO FATOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ATÉ A DATA DA EC 103/19. REGRA DE TRANSIÇÃO DA EC 103/2019. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. No caso, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.

2. A regra de transição prevista no art. 17 da EC nº 103/2019, em síntese, dispõe ser devida aposentadoria aos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) até 13.11.2019 (data da entrada em vigor da referida emenda) e que nesta data contarem com mais de 28 (vinte e oito) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, quando preencherem, cumulativamente, os seguintes requisitos: i) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem; e ii) período contributivo adicional de 50% (cinquenta por cento) do tempo que, nada da entrada em vigor da EC nº 103/2019, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem. E a regra de transição prevista no art. 15 da EC nº 103/2019, em síntese, dispõe ser devida aposentadoria ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) até 13.11.2019 (data da entrada em vigor da referida emenda), quando este preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: i) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem; e ii) somatório de idade e tempo contributivo, apurados em dias, com inclusão de suas frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, sendo acrescido para os segurados, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, para a mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, para o homem

3. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.

4. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigeram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

5. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.

6. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

7. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos agressores à saúde, acima dos limites legalmente previstos.

8. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 27 (vinte e sete) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias (ID 267425148 – págs. 50/52), não tendo sido reconhecido qualquer período como de natureza especial. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba o reconhecimento da natureza especial de todos os períodos pleiteados. Ocorre que, nos períodos de 29.08.1996 a 14.11.2018 e 05.07.2019 a 02.09.2022, a parte autora, nas atividades de operador de onduladeira, contra mestre de onduladeira, líder de produção e líder de onduladeira, esteve exposta a ruídos acima dos limites legalmente admitidos (ID 267425148 – págs. 28/30 e ID 267425168 – págs. 01/02), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.5 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.1 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.1 do Decreto nº 3.048/99, neste ponto observado, ainda, o Decreto nº 4.882/03. Finalizando, os períodos de 01.02.1992 a 24.09.1992, 28.03.1994 a 26.06.1994, 29.06.1994 a 01.02.1995, 07.02.1995 a 06.05.1995, 16.10.1995 a 16.10.1995, 30.10.1995 a 25.01.1996, 31.05.1996 a 28.08.1996 e 01.05.2019 a 30.06.2019 devem ser reconhecidos como tempo de contribuição comum, ante a ausência de comprovação de exposição a quaisquer agentes físicos, químicos ou biológicos.

9. Sendo assim, somados todos os períodos comuns e especiais, realizada a conversão apenas até a data da EC 103/19 (13.11.2019), totaliza a parte autora 36 (trinta e seis) anos, 02 (dois) meses e 14 (catorze) dias de tempo de contribuição até a data da entrada do requerimento administrativo (D.E.R. 03.02.2022). Observo que a parte autora preencheu os requisitos necessários à aposentadoria por tempo de contribuição prevista no artigo 17 da EC nº 103/2019, uma vez que: i) na data de entrada em vigor da EC nº 103/2019 (13.11.2019) cumpriu o tempo contributivo mínimo exigido (mais de 33 anos); ii) na data da entrada do requerimento administrativo (D.E.R. 03.02.2022) contava com tempo contributivo superior ao mínimo determinado (35 anos), cumprindo, além disso, o período adicional de 50% (cinquenta por cento) do tempo contributivo que, na data da entrada em vigor da EC nº 103/2019 (13.11.2019), faltaria para atingir 35 (trinta e cinco) anos de contribuição.

10. O benefício é devido a partir da data da entrada do requerimento administrativo (D.E.R. 03.02.2022).

11. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 784/2022 (que já contempla a aplicação da Selic, nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021), do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

12. Com relação aos honorários advocatícios, tratando-se de sentença ilíquida, o percentual da verba honorária deverá ser fixado somente na liquidação do julgado, na forma do disposto no art. 85, § 3º, § 4º, II, e § 11, e no art. 86, todos do CPC/2015, e incidirá sobre as parcelas vencidas até a data da decisão que reconheceu o direito ao benefício (Súmula 111 do STJ).

13. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do art. 17 da EC nº 103/2019, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 03.02.2022), ante a comprovação de todos os requisitos legais.

14. Apelação desprovida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv [5002514-90.2022.4.03.6128](#), Desembargador Federal Nelson Porfírio, j. 24/05/2023, DJEN 29/05/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO 5013378-44.2022.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. CESSÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE.

1. Os §§ 13 e 14, do Art. 100, da Constituição Federal, incluídos pela Emenda Constitucional nº 62/2009, acrescentaram a previsão no sentido da possibilidade de que o credor ceda os seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, hipótese em que o crédito perde a sua natureza alimentar, somente produzindo efeitos a cessão após a comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

2. No caso em análise, em que se juntou aos autos o contrato de cessão do precatório, que atende às formalidades legais, caberá ao Juízo de execução comunicar o fato a este Tribunal, para que, quando do depósito, coloque os valores requisitados à sua disposição, com o objetivo de liberar o crédito cedido diretamente à cessionária mediante alvará ou meio equivalente, nos termos do Art. 21, da Resolução CJF nº 458/2017.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI [5013378-44.2022.4.03.0000](#), Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 01/03/2023, DJEN 06/03/2023)

QUARTA SEÇÃO

REVISÃO CRIMINAL 5021056-47.2021.4.03.0000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. TRABALHO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. VIOLAÇÃO AO POSTULADO DA DIGNIDADE HUMANA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO À REVISÃO CRIMINAL. RECURSO IMPROCEDENTE.

1. Trata-se de REVISÃO CRIMINAL com pedido de liminar ajuizada por CLAUDIO RAMALHO, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em face do v. acórdão proferido, nos autos da Apelação Criminal nº 0000702-94.2014.4.03.6123.

2. No julgamento da apelação criminal, a 11ª Turma desta Corte Regional decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo defensivo, para, mantendo a condenação do réu CLAUDIO RAMALHO pela prática do crime do artigo 149 do Código Penal, nos termos do art. 70 do Código Penal, mantida a sua pena em 03 (três) anos de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, reduzido o valor unitário do dia-multa para ¼ (um quarto) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, mantido o regime aberto para início de cumprimento da pena e a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consubstanciadas em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo tempo da condenação, e prestação pecuniária de 12 (doze) salários-mínimos em favor de entidade pública a ser designada pelo Juízo da Execução.

3. A prática delituosa foi descoberta em 22/01/2014 pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel de Combate ao Trabalho Escravo, constituído, dentre outros, por Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho. Nos termos do Relatório de Inspeção realizada pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel/SIT/TEM, a situação encontrada pelo grupo de fiscais que inspecionavam o local "...é procedente no que tange as práticas que caracterizam o trabalho em condições degradantes", com os trabalhadores tendo que realizar suas necessidades fisiológicas no local, além de não contarem, no local de trabalho, com água potável e local adequado a refeições e descanso.

4. O objeto jurídico protegido pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade de locomoção da vítima, compreendendo também a própria concepção de dignidade humana, protegida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal. Referido princípio caracteriza-se por ser uma fórmula lógica abstrata, isto é, sem conteúdo prévio definido, uma vez que o conteúdo é preenchido a partir das circunstâncias de tempo e de lugar.

5. O conceito albergado pela Constituição da República Federativa do Brasil compõe um patamar mínimo e indisponível de respeito que deve ser conferido a todo ser humano e que pode ser extraído dos fundamentos, objetivos, direitos e garantias preconizados no texto constitucional, dentre os quais devem ser

destacados aqueles dispostos nos artigos 1º, II, III, IV, 3º, I, III, IV, 4º, II, 5º e 6º da Carta. Nesse ínterim, é incompatível com a nossa Lei Maior sujeitar qualquer trabalhador à condição de objeto, despojando-lhe do estado ou da condição de indivíduo.

6. O conjunto probatório juntado aos autos é claro sobre a ausência de condições mínimas de higiene e segurança as quais os trabalhadores foram submetidos, como bem assinado na sentença de primeira instância, na qual o recorrente foi condenado pela prática do delito de redução à condição análoga a de escravo.

7. O depoimento das vítimas foi no sentido de que no local, onde os trabalhos eram prestados, não havia água potável, muito menos instalações sanitárias, ainda que, por óbvio, em algum lugar da propriedade elas existiam.

8. Pouco importa se os trabalhadores acreditavam que as condições de trabalho eram normais, por serem corriqueiras na região, e que os trabalhadores voltariam a prestar seus trabalhos ao acusado nas mesmas circunstâncias, pois o *status libertatis* constitui bem jurídico indisponível, conforme frisado pela Exma. Ministra Rosa Weber quando da concessão da liminar na ADPF 489 MC, julgada em 23/10/2017 (DJe: 26/10/2017).

9. Não há fundamento para a revisão criminal dado que a condenação está sustentada em robusto conjunto probatório, observados o contraditório e ampla defesa, nos exatos termos da legislação em vigor.

10. Revisão criminal improcedente.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, RevCrim [5021056-47.2021.4.03.0000](#), Desembargador Federal Paulo Fontes, j. 04/07/2022, Intimação via sistema 04/07/2022)

QUINTA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL 0002140-19.2017.4.03.6102

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 334-A, § 1º, IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCEÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO DE FRAGRÂNCIA. PROVAS LÍCITAS. CONTRABANDO DE CIGARROS ESTRANGEIROS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DESCAMINHO. INCABIVEL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.

1. Hipótese excepcional de flagrante delito (art. 5º, XI, da Constituição Federal), a diligência realizada é lícita, assim como as provas dela derivadas.

2. Materialidade, autoria e dolo suficientemente comprovados. Condenação mantida.

3. No caso dos autos, consumou-se o crime de contrabando haja vista a natureza do objeto material do fato, maços de cigarros de origem estrangeira, clandestinamente introduzidos no País, mantidas em depósito pelo acusado para fins de venda, de modo que não é caso de desclassificar a conduta para o delito de descaminho.

4. A importação irregular de cigarros configura o crime de contrabando, fato que impede a aplicação do princípio da insignificância. Tão somente seria o caso de aplicação de forma excepcional do referido princípio se a quantidade de cigarros apreendidos fosse de pequena monta, o que não se traduz nestes autos.

5. Recurso da defesa desprovido.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim [0002140-19.2017.4.03.6102](#), Desembargador Federal Maurício Kato, j. 21/01/2019, e-DJF3 30/01/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL

5002580-16.2020.4.03.6104

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI N. 9.472/97. RADIODIFUSÃO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO OU CONCESSÃO. TIPICIDADE. MATERIALIDADE. AUTORIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO.

1. Os serviços de telecomunicações caracterizam-se pela comunicação à distância, compreendendo os serviços de radiodifusão, que se resolve na comunicação à distância por intermédio de ondas eletromagnéticas. O exercício de serviços de radiodifusão configura tipo penal, seja o art. 70 da Lei n. 4.117, de 27.08.62, seja o art. 183 da Lei n. 9.472, de 16.07.97, a qual revogou a legislação anterior por força do seu art. 215, I.

2. A Emenda Constitucional n. 8, de 15.08.95, deu nova redação ao art. 21 da Constituição da República, de modo que os serviços de telecomunicações encontram-se regulados no seu inciso XI, ao passo que os serviços de radiodifusão no seu inciso XII, a. A alteração da norma constitucional, porém, tende a possibilitar a exploração daqueles serviços por particulares, sem, contudo, alterar a natureza mesma desses serviços, de maneira que os serviços de radiodifusão, na esteira da hermenêutica anterior, continuam compreendidos pelos serviços de telecomunicações.

3. A necessidade de autorização, permissão ou concessão para os serviços de radiodifusão é imposta pela própria Constituição da República (CR, art. 21, XII, a), inclusive para as rádios comunitárias (CR, art. 223). A Lei n. 9.612, de 19.02.98, art. 6º, igualmente exige autorização estatal para a exploração dos serviços de radiodifusão comunitária. Os requisitos legais não são abusivos, razão pela qual a norma não conflita com o Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678, de 06.11.92, em especial seu art. 13, n. 1 a 3.

4. A Constituição da República garante a liberdade de expressão (CR, art. 5º, IX) e de manifestação do pensamento (CR, art. 220), assegurando também o exercício de direitos culturais. Mas não é incompatível com tais garantias a exigibilidade de autorização estatal para os serviços de radiodifusão, pois esta é estabelecida pela própria Constituição da República, em cujos termos devem ser desfrutadas as faculdades por ela asseguradas.

5. É típica a conduta de exercer atividade de radiodifusão sem autorização e, ante o caráter habitual da conduta, tem-se a configuração do delito do art. 183 da Lei n. 9.472/97.

6. Malgrado a comprovação nos autos de que o réu tinha conhecimento a respeito da denominada Rádio Êxodo, tanto que declarou ter conhecido o codenunciado por ter sido ouvinte da rádio, não há elementos que permitam concluir acerca de sua participação nas atividades de radiodifusão clandestina ou mesmo de sua ciência quanto à ilegalidade da transmissão.

7. Há nos autos, portanto, quadro de incerteza probatória que enseja a absolvição do apelante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

8. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim [5002580-16.2020.4.03.6104](#), Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 30/11/2022, Intimação via sistema 30/11/2022)

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS **5025265-64.2018.4.03.0000**

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 4º, INCISO II, C.C. PARÁGRAFO 1º, AMBOS DA LEI Nº 12.850/2013. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DAS BUSCAS E APREENSÕES.

-O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, garante o dever de sigilo ao dispor serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” De seu turno, o inciso XII deste artigo traz uma ressalva, quando houver uma investigação criminal ou durante a instrução processual penal, e em havendo ordem judicial, ao dispor sobre a interceptação das comunicações telefônicas/telemáticas: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” Trata-se de reserva legal de modo que a autorização judicial para a intervenção condiciona-se à existência de uma precedente investigação criminal ou para a instrução processual penal.

- A quebra da inviolabilidade refere-se também à comunicação de dados quando a finalidade for investigação ou instrução processual na esfera penal. A expressão “último caso”, prevista no inciso XII do referido artigo 5º, refere-se às comunicações telefônicas e a de dados, porquanto o legislador constitucional empregou a conjunção “e”, tendo optado por separar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas do sigilo das comunicações de dados e telefônicas.

- A Lei nº 9.296, de 24.07.1996, veio regulamentar as hipóteses do cabimento da interceptação de comunicações telefônicas (captação realizada por terceira pessoa sem o conhecimento daqueles contra os quais estão sendo coletadas as provas), de qualquer natureza, e a interceptação de comunicações em sistema de informática ou telemática, realizada por terceiros.

- A interceptação telefônica, como visto, é a captação feita por outrem sem que haja o conhecimento pelas pessoas em face das quais estão sendo colhidas as provas. O procedimento previsto nesta Lei é um importante meio de prova em investigação criminal, contudo, a fim de impedir intromissão na esfera privada, a sua aplicação deve ser aferida a partir da invocação dos princípios da intimidade e da privacidade, da proporcionalidade, da legalidade, da presunção de inocência, do princípio do *nemo tenetur se detegere* - princípio da não autoincriminação, da razoável duração do processo, da inadmissibilidade de provas ilícitas e do princípio da instrumentalidade constitucional do processo penal.

- Exatamente porque o crime organizado tem conseguido agir com elevado poder de detecção de brechas no sistema repressivo estatal, o Estado deve agir

com rapidez e efetividade conjugando os direitos dos investigados com os princípios da integridade estatal (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal), da promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal) e da segurança pública (art. 6º da Constituição Federal) e adotando ações de inteligência para frear esta modalidade criminosa.

- As interceptações telefônicas são consideradas uma das Técnicas Especiais de Investigação (T.E.I.) e guardam simetria com as obrigações assumidas pelo Brasil, "por meio da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 1º, 'I', e artigo 11, que prevê a entrega vigiada ou controlada), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000, cujo artigo 20 versa acerca da entrega vigiada e outras técnicas de investigação como vigilância eletrônica e operações encobertas), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida de 2003, notadamente artigo 50, que disciplina sobre a entrega vigiada, vigilância eletrônica e outras de mesma índole e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais), da Recomendação do Grupo de Ação Financeira Internacional sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI/FATF, Recomendação 31) e do Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD/O.E.A., artigo 5º) ou mesmo com a legislação nacional (Lei nº 9.613, de 03.03.1998, alterada pela Lei de Lavagem de Dinheiro)".

- O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296, de 24.07.1996 estabelece que o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, de modo que a Lei pode ser empregada para a interceptação de e-mails, em conversas estabelecidas pela *internet* e por intermédio de programas de computador. Estão inseridas as comunicações por fac símile, messenger, e-mail, whatsapp etc, já que estas são modalidades de comunicações telefônicas e de dados realizadas por sofisticados sistemas fornecidos por operadoras de telefonia (por cabos óticos, torres de transmissão, dentre outros).

- A evolução tecnológica determinou o tratamento jurídico conjunto dessas duas modalidades, na medida em que a comunicação de dados acaba se valendo da estrutura destinada à comunicação telefônica, sem contar que o legislador constituinte não diferenciou a interceptação das comunicações telefônicas das telemáticas, donde se conclui que a Lei nº 9.296/1996 deve ser adotada para ambas as comunicações.

- A interceptação telefônica e telemática possui natureza cautelar, sendo admitida para a coleta de indícios suficientes à propositura de ação penal (medida cautelar preparatória) e no curso da instrução penal (medida cautelar incidental), nos casos em que haja apuração de infração penal punida com pena de reclusão.

- O procedimento de interceptação telefônica e telemática somente poderá ser autorizado se estiverem presentes indícios de autoria e materialidade de fatos pretéritos. Está-se diante da aplicação do princípio da proporcionalidade.

- A Constituição Federal determina no inciso IX do artigo 93 a fundamentação das decisões judiciais ("todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do

interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”). O artigo 5º apresenta a mesma diretriz da norma constitucional, mormente por se referir à medida restritiva de privacidade e diante da proteção constitucional à intimidade do indivíduo. Não se exige que a decisão seja pormenorizada, com motivação exaustiva e minudente, porquanto se cuida de procedimento cautelar em que o juiz realiza juízo sumário, analisando os fatos a ele apresentados na representação policial. A decisão deve conter elementos suficientes a demonstrar a pertinência do pedido, as razões empregadas na motivação judicial e o suporte legal da medida, de modo a ser possível eventual impugnação pelas partes.

- A demonstração do “*fumus boni juris*” e do “*periculum in mora*” deve restar evidenciada na decisão, já que “a importância da fundamentação ultrapassa a literalidade da lei, pois reflete a liberdade, um dos bens mais sagrados de que o homem pode usufruir, principalmente em vista dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana” (STJ, HC 248.263/SP - 2012/0142646-1, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, v.u., DJe 02.10.2012).

- A fundamentação das decisões judiciais objetiva, ademais, demonstrar a imprescindibilidade do meio de prova pretendido pela autoridade policial. Não se trata de uma relativização do princípio da presunção de inocência, porquanto não está sendo realizado um juízo sobre a culpa do investigado, mas o juiz estará na ocasião pautado no exame de indícios concretos de que a pessoa possa estar cometendo crime punível com pena de reclusão, diante da existência de indícios de autoria e materialidade delitivas.

- Tem sido permitido que a decisão judicial de renovação faça menção ao pedido de decretação da interceptação telefônica realizado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, o qual passa a integrar a fundamentação da decisão (fundamentação “*per relationem*”), uma vez que propicia às partes conhecer os fundamentos encampados pela decisão judicial, sendo reconhecida como válida pelos Tribunais Superiores (TRF3, *Habeas Corpus* nº 2007.03.00.103554-3/SP, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira, v.u., DJU de 29.04.2008, p. 380). Este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “é assente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não há que se cogitar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o juiz, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença anteriormente prolatada, ou mesmo ao parecer do Ministério Público, na denominada fundamentação ‘*per relationem*’” (AgRg no AgRg no AREsp nº 17.227/ES, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, v.u., DJe de 08.02.2012). Ainda em igual sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal ao ser permitida a renovação de autorização de interceptação telefônica a despeito de não terem sido inseridos novos motivos: “este Tribunal firmou o entendimento de que ‘as decisões que autorizam a prorrogação de interceptação telefônica sem acrescentar novos motivos evidenciam que essa prorrogação foi autorizada com base na mesma fundamentação exposta na primeira decisão que deferiu o monitoramento’ (HC 92.020/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa). O Plenário desta Corte já decidiu que ‘é possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei 9.296/1996” (HC 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim).

- As interceptações telefônicas, *in casu*, mostraram-se indispensáveis e foram autorizadas diante da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, que apontavam para uma suposta organização criminosa.

- As interceptações telefônicas estão lastreadas em denso conjunto probatório (imagens de câmeras, buscas e apreensões, processos administrativos sindicâncias e depoimentos), os quais confirmaram a linha investigativa travada pela autoridade policial, ensejando o oferecimento da denúncia em face do paciente.

- Imperativo reconhecer que o monitoramento telefônico não configurou constrangimento ilegal, haja vista que as decisões que o autorizaram encontram-se devidamente fundamentadas, em observância ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, eis que alicerçadas em elementos concretos, os quais demonstraram a necessidade de decretação da medida excepcional de decretação de quebra de sigilo de comunicações telefônicas do paciente, bem como suas prorrogações, para se apurar da forma mais completa os fatos e, assim, propiciar a persecução penal de forma adequada.

- Não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão nº 11/2013 (id6917116 – p. 18/20), pois o paciente ALTEMIR BRAZ DANTAS sequer foi localizado no endereço diligenciado, em virtude de não mais lá residir, nem nada dele foi apreendido.

- A absolvição sumária do acusado, tendo como supedâneo a norma inserta no art. 397 do Código de Processo Penal (Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente - destaque nosso), pressupõe que o julgador tenha formado sua convicção de maneira absoluta no sentido absolutório na justa medida em que defenestra a persecução penal antes do momento adequado à formação da culpa (qual seja, a instrução do processo-crime).

- Justamente em razão do apontado e do fato de que vige em tal momento processual o princípio *in dubio pro societate*, prevalece o entendimento de que, quando da incidência das hipóteses anteriormente indicadas de absolvição sumária, deve existir prova manifesta/evidente da existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente ou de que o fato narrado não constitui crime de modo que o magistrado deve sopesar essa exigência de lastro probatório imposto pelo ordenamento jurídico pátrio a ponto de não inviabilizar o *jus accusationis estatal*.

- Não é por outro motivo que se pacificou o entendimento no C. Superior Tribunal de Justiça, bem como nesta E. Corte Regional, no sentido de que a decisão que refuta os argumentos trazidos pelos denunciados em resposta à acusação não precisa ser exaustivamente motivada, sem que tal proceder ofenda o art. 93, IX, da Constituição Federal, com o fito de que não haja a antecipação da fase de julgamento para antes sequer da instrução processual judicial, cabendo destacar que a exigência de profunda exposição dos motivos pelos quais o juiz está tomando esta ou aquela decisão somente teria incidência em sede da prolação de sentença penal (condenatória ou absolutória).

- Importante frisar que o momento processual constante do art. 397 do Diploma Processual somente permite aferir a temática expressamente prevista no dispositivo (vale dizer, manifesta existência de causa excludente da ilicitude do fato ou de causa excludente da culpabilidade do agente, evidente atipicidade da conduta e extinção de punibilidade do agente), sendo, assim, defeso ao magistrado adentrar e apreciar teses outras que necessariamente deverão ser enfrentadas quando da prolação da sentença penal (condenatória ou absolutória) sem que tal proceder macule os postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Em outras palavras, quando da exatidão da decisão nos termos do art. 397, deve o juiz ficar adstrito aos assuntos expressamente previstos em indicado preceito, não devendo prejudicar temas aventados pelos denunciados em razão da imposição de que se esgote a fase de produção de provas.

- Da análise perfunctória, com base nos fatos acima expostos, concluiu-se pela tipicidade da conduta imputada ao paciente, sem que tenha sido demonstrada a alegada ausência de justa causa para persecução penal. Ademais, maiores incursões acerca desse e dos outros temas levantados, demandariam revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via estreita do *writ*.

- Ordem denegada.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, HC [5025265-64.2018.4.03.0000](#), Desembargador Federal Fausto De Sanctis, j. 29/11/2018, Intimação via sistema 30/11/2018)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 5004096-26.2020.4.03.6119

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE REJEITOU A DENÚNCIA. LEI Nº 7.170/83. LEI DE SEGURANÇA NACIONAL. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. CONDUTA ATÍPICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O recorrente interpôs recurso em sentido estrito com base no art. 581, I, do Código de Processo Penal (decisão que rejeitou a denúncia).

2. De acordo com a denúncia, os acusados fizeram, publicamente, em 28/02/2020, por intermédio de vídeo divulgado no YouTube, propaganda do impedimento, com violência ou grave ameaça, do livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário da União – Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal, respectivamente –, praticando, assim, o delito previsto no art. 22, IV c/c art. 18 da Lei nº 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social.

3. A defesa normativa das instituições constitui, por certo, bem jurídico da mais alta relevância também em um Estado Democrático de Direito – e mais ainda nele, pois é nessa formação estatal que o exercício da força está, sempre, submetido a normas jurídicas alinhadas a uma Constituição, e não a atos determinados por indivíduos quaisquer por puro arbítrio. O que se deve, enquanto não atualizados ou alterados pelo Poder Legislativo os dispositivos que regem tal proteção, é realizar a adequada e sistemática filtragem constitucional da Lei de Segurança Nacional, de maneira a cumprir o dever de compatibilizar os comandos constitucionais de defesa e manutenção das instituições republicanas (de um lado) e os direitos individuais que envolvem a expressão, a crítica e a manifestação de convicções, inclusive de teores potencialmente extremados (de outro).

4. As condutas dos acusados são atípicas. As duas acepções do vocábulo “propaganda” (caracterizador da conduta típica disposta no art. 22, IV, da Lei 7.170/83) conduzem a essa mesma conclusão.

5. A primeira delas é a que traduz “propaganda” por ação de defesa e promoção de algo já existente, de um dado ou fato ocorrido. Para incidência do tipo penal em questão, por essa leitura, deveria antes ocorrer que o livre exercício de quaisquer dos Poderes fosse obstado, o que não se deu. Não há, portanto, sob essa ótica, propaganda.

6. A segunda considera “propaganda” no sentido de apologia a uma ação, ou seja, de uma tentativa de instigar ou promover determinado ato, ainda que este não esteja em realização ou já consumado por terceiros.

6.1 As falas dos acusados conclamam, genericamente, que a Câmara dos Deputados, o Senado e o Supremo Tribunal Federal sejam fechados por intervenção do Presidente da República. Disso não se extrai emprego de grave ameaça ou violência que denote tentativa real ou possibilidade concreta de impedir o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos estados-membros e aptas, portanto, a agredirem de forma relevante o Estado Democrático de Direito.

6.2 Os denunciados não eram lideranças de grupos sociais, nem figuras de alta relevância ou capacidade de difusão de ideias junto a amplos públicos (ou públicos organizados). Tampouco há demonstração de que conspirassem de forma

concreta para realizar ou para inspirar atos efetivos contra os Poderes. Para que pudessem ter seus atos amoldados como “propaganda” de atos atentatórios aos Poderes da República, teriam eles de ter relevância junto a seu público-alvo de modo a sugerir um potencial concreto de lesão às instituições.

7. Há, sim, limites à liberdade de expressão protegida pelo Direito, sob pena, em tese e em determinados contextos concretos, de se caracterizar efetivo crime contra as instituições da República, a impor a atuação do direito penal e do aparato de punição estatal. No entanto, para que isso se dê no contexto específico de ataques ou invectivas a instituições, deve haver o prévio reconhecimento de um contexto de ação marcado por postura de efetiva agressão, de tentativa concreta de união de esforços (ou participação deliberada) em combate aos Poderes constitucionais, o que pressupõe discurso que escape a qualquer margem de debate, voltando-se a uma conclamação efetiva pela ação violenta, somada a uma aptidão para potencialmente obter a adesão expressiva de terceiros ou a obtenção de efeitos desestabilizadores.

8. As instituições devem conviver com pensamentos dos mais variados tipos, ainda que beirem convicções extremistas, desde que veiculados sem violência física (real ou iminente) e sem atentado à dignidade de pessoas ou grupos (culturais, étnicos, religiosos), é dizer, vedados discursos de ódio ou que tenham por único escopo inspirar de forma imediata a derrubada violenta das (ou o ataque físico às) instituições constitucionais.

9. No caso presente, as críticas divulgadas pelos acusados, conquanto extremadas e dissonantes da tripartição de Poderes insculpida como cláusula pétrea do ordenamento pátrio, encontram-se dentro dos limites da liberdade de expressão próprios de um regime de democracia constitucional. Portanto, a manutenção da decisão que rejeitou a denúncia é medida que se impõe.

10. Recurso em sentido estrito desprovido.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, ReSe [5004096-26.2020.4.03.6119](#), Desembargador Federal José Lunardelli, j. 31/01/2022, Intimação via sistema 04/02/2022)

HABEAS CORPUS CRIMINAL

5000336-25.2022.4.03.0000

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO "STATUS". REDESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE FORMA VIRTUAL. EXCEPCIONAL SITUAÇÃO DA SAÚDE MUNDIAL COM O AUMENTO DO NÚMERO DE CASOS DE COVID-19. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

- Os impetrantes postulam a suspensão das audiências de instrução de forma virtual designadas nos autos da ação penal nº 0000962-16.2018.4.03.6000 para os 21, 26, 31.01 e 04.02.2022 para a oitiva das testemunhas de acusação e defesa arroladas pelos réus presos, e interrogatório destes e do réu EMÍDIO MORINIGO XIMENEZ, e, nos dias 07 a 11.02.2022, para interrogatório dos demais réus e oitivas de suas testemunhas, por afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

- As audiências foram redesignadas para a realização de forma virtual tendo em vista a excepcional situação da saúde mundial com o aumento do número de casos de COVID-19; especialmente em relação à nova variante do Sars-Cov-2 (mais transmissível), somado ao grande número de internações por síndrome respiratória aguda grave, e as consequentes restrições para a realização dos atos processuais, principalmente presenciais, em decorrência dos provimentos atinentes às cautelas para evitar contaminação pelo referidos vírus (PRES/CORE nº 26, de 05.01.2022). Insta salientar, nesse ponto, que desde o início da situação de pandemia, diversas foram as normativas e provimentos editados visando a regulamentação dos serviços forenses, permitindo, assim, a continuidade da atividade jurisdicional nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que observadas as regras de isolamento e distanciamento social em razão da excepcional situação da saúde pública.

- É nesse contexto que foram editadas normativas permitindo a realização das audiências virtuais, a fim de viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, mormente considerando que a pandemia da Covid-19, instaurada no Brasil e no mundo, é uma situação excepcional e que não se sabe quando será resolvida. Aliás, na atual situação, a audiência virtual não é só recomendada, como se revela uma forma de enfrentamento da emergência de saúde pública mundial, sem a paralisação ou postergação do transcurso processual. Assim, não há se falar que a designação de audiência virtual implica em prejuízo ao exercício do contraditório e à garantia da ampla defesa.

- De fato, não se vislumbra, sequer em estado de asserção, qualquer nulidade a ser declarada nessa via constitucional, não havendo que se falar que a realização de audiência virtual, por si só, implicaria em violação a garantias e princípios constitucionais.

- Os §§ 1º e 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei 11.900/2009, dispõem sobre a possibilidade do interrogatório do réu ser realizado por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens, entre outros, por motivo de ordem pública (inc. IV), como no caso, a impossibilidade do ato presencial, em decorrência da pandemia do Covid-19, que assola gravemente o país. A par disso, o § 3º do artigo 222, igualmente

introduzido pela citada lei, repete as mesmas palavras ao autorizar expressamente não apenas a oitiva de testemunha por meio dos referidos recursos tecnológicos, como também a realização integral do ato.

- Destaca-se que em recente julgado, o C. Superior Tribunal de Justiça afastou o argumento de que a realização de audiência virtual implicaria, por si só, em cerceamento de defesa ou violação a outras garantias constitucionais, destacando a lisura do referido ato processual, se realizado em conformidade com as diversas normativas editadas visando assegurar a sua máxima equivalência às audiências presenciais (STJ, HC 590.140/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j. em 22/09/2020, DJe 25/09/2020)

- Não havendo comprovação do efetivo prejuízo, merece ser confirmada a liminar que manteve a realização das audiências designadas na forma telepresencial.

- Em relação ao alegado excesso de prazo na duração da custódia cautelar, tampouco prospera a pretensão dos impetrantes. Sobre o tema, consigno que é assente no C. Superior Tribunal de Justiça que só configura constrangimento ilegal por excesso de prazo apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, o que não ocorre no presente caso. (TRF3. HC 00003186520174030000. Relatora Cecilia Mello. Décima Primeira Turma. e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017; STJ. HC 201304026895. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 29/08/2014).

- Da análise dos documentos que instruem a impetração, constata-se que a douta autoridade indicada como coatora não tem poupado esforços visando à regular instrução do feito em tempo hábil. E, na espécie, o feito tramita com velocidade compatível com as suas particularidades e com a excepcional situação da saúde mundial que acarretou a suspensão do expediente forense presencial, dificultando a realização de audiências e, por conseguinte, a célere marcha processual.

- Não se demonstrou nem mesmo a existência de indícios de violação ao direito de entrevista reservada do réu com sua defesa ou a incomunicabilidade das testemunhas. Outrossim, conforme já mencionado acima, a designação da audiência telepresencial de instrução mostra-se legítima na medida em que a entrega da prestação jurisdicional é, agora, iminente.

- O trâmite da ação penal atende às formalidades constitucionais e legais editadas com o escopo de garantir ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

- Ordem denegada.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, HCCrim [5000336-25.2022.4.03.0000](#), Desembargador Federal Fausto De Sanctis, j. 25/03/2022, Intimação via sistema 18/04/2022)

SÚMULAS



SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO¹

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (REVISADA)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independentemente sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

¹ N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio esgotamento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiários da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subsequente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

- *Vide* Incidente de Uniformização de Jurisprudência Criminal nº 0014013-56.2006.4.03.6181, publicado no RTRF3R 107/161.

SÚMULA Nº 36

É incabível a redistribuição de ações no âmbito dos Juizados Especiais Federais, salvo no caso de Varas situadas em uma mesma base territorial.

- *Vide* CC nº 0011900-67.2014.4.03.0000, publicado na RTRF3R 124/95.

SÚMULA 37

Compete à 3ª Seção julgar as ações referentes à devolução dos valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, independentemente do tipo de ação proposta.

- *Vide* CC nº 0012712. 41.2016. 4 .03.0000 e CC nº 0012713-26.2016.4.03.0000 publicados na RTRF3R 134/85 e 134/93, respectivamente.

SÚMULA Nº 38

Ausente controvérsia a respeito dos requisitos para a concessão ou revisão de benefício da seguridade social, cumpre à unidade judiciária com competência cível o julgamento de demanda que verse sobre a regularidade de processo administrativo previdenciário.

- *Vide* CCCiv nº 5011468-50.2020.4.03.0000, publicado na RTRF3R 147/99.

SÚMULAS DA TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO²

SÚMULA Nº 1

Na hipótese de direito adquirido ao pecúlio, o prazo prescricional começa a fluir a partir do afastamento do trabalho. (Origem: Enunciado 02 do JEFSP; Súmula nº 02 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 2

Com a implantação do Plano de Benefício da Previdência Social, oriundo da Lei nº 8.213/91, o benefício previdenciário de prestação continuada não mais está mais vinculado ao número de salários mínimos existentes quando de sua concessão. (Origem: Enunciado 03 do JEFSP; Súmula nº 03 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 3

É devida a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário cujo período básico de cálculo considerou o salário de contribuição de fevereiro de 1994, a ser corrigido pelo índice de 39,67% (trinta e nove vírgula sessenta e sete por cento), relativo ao IRSM daquela competência. (Origem: Enunciado 04 do JEFSP; Súmula nº 04 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 4

A renda mensal “per capita” correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não constitui critério absoluto de aferição da miserabilidade para fins de concessão de benefício assistencial. (Origem: Enunciado 01 do JEFSP; Súmula nº 05 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

² **Súmulas 1 a 19** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada nos dias 30 e 31 de março de 2015, renumeradas em Sessão de 03 de junho de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 109/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 17 de junho de 2015. **Súmulas 20 a 23** aprovadas pelos membros da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região em Sessão realizada no dia 28 de agosto de 2015, numeradas em Sessão de 22 de outubro de 2015, conforme publicação no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região, Edição nº 198/2015, Publicações Judiciais II – JEF, disponibilizado em 26 de outubro de 2015.

SÚMULA Nº 5

A comprovação de tempo de serviço rural ou urbano depende de início de prova material da prestação de serviço, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91. (Origem: Enunciado 07 do JEFSP; Súmula nº 07 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 6

Nos benefícios concedidos a partir de 01.03.94, na hipótese do salário de benefício exceder ao limite previsto no artigo 29, § 2º, da Lei nº 8.213/91, aplica-se o disposto no artigo 21, § 3º, da Lei nº 8.880/94. (Origem: Enunciado 12 do JEFSP; Súmula nº 10 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 7

Em caso de morte de filho segurado, os pais têm direito à pensão por morte, se provada a dependência econômica, ainda que não seja exclusiva. (Origem: Enunciado 14 do JEFSP; Súmula nº 11 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 8

Para a concessão de aposentadoria por idade, desde que preenchidos os requisitos legais, é irrelevante o fato de o requerente, ao atingir a idade mínima, não mais ostentar a qualidade de segurado. (Origem: Enunciado 16 do JEFSP; Súmula nº 12 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 9

Em matéria de comprovação de tempo de serviço especial, aplica-se a legislação vigente à época da prestação de serviço. (Origem: Enunciado 17 do JEFSP; Súmula nº 13 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 10

É possível a expedição de precatório no Juizado Especial Federal, nos termos do artigo 17, § 4º, da Lei nº 10.259/2001, quando o valor da condenação exceder 60 (sessenta) salários mínimos. (Origem: Enunciado 20 do JEFSP; Súmula nº 16 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 11

A qualidade de segurado, para fins de concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, deve ser verificada quando do início da incapacidade. (Origem: Enunciado 23 do JEFSP; Súmula nº 18 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 12

Incide a contribuição previdenciária sobre o 13º salário nos termos do § 2º do artigo 7º da Lei nº 8.620/93. (Origem: Enunciado 33 do JEFSP; Súmula nº 27 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 13

Os requisitos para concessão do benefício de aposentadoria por idade não precisam ser cumpridos simultaneamente. (Origem: Súmula 05, do JEFMS; Súmula nº 28 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 14

O valor do benefício equivalente a um salário mínimo, concedida a idoso, a partir de 65 anos, também não é computado para fins do cálculo da renda familiar a que se refere o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93. (Origem: Súmula 12 do JEFMS; Súmula nº 30 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 15

O recolhimento de 1/3 (um terço) do número de contribuições, relativo à carência do benefício pretendido, permite a contagem de todas as contribuições anteriores, ainda que correspondentes a períodos descontínuos. (Origem: Súmula 15 do JEFMS; Súmula nº 31 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 16

É devida a correção monetária nos pagamentos administrativos de valores em atraso desde a data do início do benefício e a partir do vencimento de cada parcela. (Origem: Súmula 01 do JEFAME; Súmula nº 32 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 17

É quinquenal a prescrição para pleitear a correção do saldo de contas vinculadas de PIS-PASEP. (Origem: Súmula 02 do JEFAME; Súmula nº 33 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 18

A garantia constitucional de reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, inserta no § 4º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, não confere ao Judiciário o poder de modificar critérios de reajustamento eleitos pelo legislador, substituindo-os por outros que entenda mais adequados para repor as perdas geradas pela inflação, sob pena de ingerência indevida de um Poder na esfera do outro. (Origem: Súmula 08 do JEFAME; Súmula nº 35 das Turmas Recursais da Seção Judiciária de São Paulo)

SÚMULA Nº 19

A regra definidora do período de carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade do filiado ao Regime Geral Previdenciário antes de 24/07/1991 é a do art. 142 da Lei 8.213/91, ainda que tenha havido perda da qualidade de segurado. (Origem: Enunciado nº 06 da Turma Recursal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul)

SÚMULA Nº 20

Não cabe mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais federais. Das decisões que põem fim ao processo, não cobertas pela coisa julgada, cabe recurso inominado. (Origem: processo 0000146-33.2015.4.03.9300; processo 0000635-67.2015.4.03.9301)

SÚMULA Nº 21

Na concessão do benefício assistencial, deverá ser observado como critério objetivo a renda *per capita* de ½ salário mínimo gerando presunção relativa de miserabilidade, a qual poderá ser infirmada por critérios subjetivos em caso de renda superior ou inferior a ½ salário mínimo. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 22

Apenas os benefícios previdenciários e assistenciais no valor de um salário mínimo recebidos por qualquer membro do núcleo familiar devem ser excluídos para fins de apuração da renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)

SÚMULA Nº 23

O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil. (Origem: processos 0000147-18.2015.4.03.9300, 0000148-03.2015.4.03.9300, 0000149-85.2015.4.03.9300, 0000150-70.2015.4.03.9300, 0000151-55.2015.4.03.9300, 0000152-40.2015.4.03.9300; processos 0000920-19.2014.4.03.6319, 0001666-45.2014.4.03.6331, 0006066-92.2014.4.03.6302, 0010812-03.2014.4.03.6302, 0063790-91.2013.4.03.6301, 0092610-33.2007.4.03.6301)