



Revista

DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO



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. 35	n. 159	Jan./Jun. 2024

CONSELHO EDITORIAL

DIRETORIA DA REVISTA (Ato nº 12, de 14 de março de 2024)

Desembargador Federal Carlos Francisco - Diretor da Revista
Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP)

Desembargadora Federal Inês Virgínia - Vice-Diretora da Revista
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP)

MEMBROS DO CONSELHO (Portaria REVS nº 14, de 19 de junho de 2024)

Ana Paula Zavarize Carvalhal - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (DF)
André Ramos Tavares - Universidade de São Paulo (SP)
Andrea Pisaneschi - Università di Siena (Itália)
Aricia Fernandes Correia - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ)
Carlos Magno de Souza Paiva - Universidade Federal de Ouro Preto (MG)
Catarina Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa (Portugal)
Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP)
Francisco Humberto Cunha Filho - Universidade de Fortaleza (CE)
Ingo Wolfgang Sarlet - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS)
Laura Magalhães de Andrade - Universidad de la Rioja (Espanha)
Liana Amin Silva - Universidade Federal da Grande Dourados (MS)
Lorenzo Mateo Bujosa Vadell - Universidad de Salamanca (Espanha)
Luis Carlos Hiroki Muta - Universidade de Brasília (DF)
Mairan Gonçalves Maia Júnior - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP)
Melina Girardi Fachin - Universidade Federal do Paraná (PR)
Nelton Agnaldo Moraes dos Santos - Universidade de São Paulo (SP)
Neuro José Zambam - Atitus Educação (RS)
Paulo Henrique da Silveira Chaves - Universidade Federal de Uberlândia (MG)
Paulo Sérgio Domingues - Goethe Universität Frankfurt am Main (Alemanha)
Rogerio Schietti Machado Cruz - Universidade Nove de Julho (SP)
Talden Queiroz Farias - Universidade Federal da Paraíba (PB)
Tania Groppi - Università di Siena (Itália)
Walber de Moura Agra - Universidade Federal de Pernambuco (PE)

EX-DIRETORES DA REVISTA

Desembargador Federal Grandino Rodas (30/03/1989 a 11/04/1993)
Desembargadora Federal Diva Malerbi (02/05/1993 a 01/05/1995)
Desembargadora Federal Ana Scartezzini (02/05/1995 a 27/03/1998)
Desembargadora Federal Suzana Camargo (19/06/1998 a 01/05/2001)
Desembargadora Federal Marli Ferreira (02/05/2001 a 04/05/2003)
Desembargadora Federal Salette Nascimento (05/05/2003 a 01/05/2005)
Desembargador Federal Newton De Lucca (10/06/2005 a 01/05/2007)
Desembargador Federal Fábio Prieto (21/06/2007 a 03/03/2010)
Desembargadora Federal Eva Regina (04/03/2010 a 31/03/2011)
Desembargador Federal Márcio Moraes (12/05/2011 a 07/03/2012)
Desembargador Federal Antonio Cedenho (08/03/2012 a 14/03/2014)
Desembargadora Federal Lucia Ursaia (15/03/2014 a 02/03/2016)
Desembargador Federal Nery Júnior (03/03/2016 a 14/03/2018)
Desembargador Federal André Nekatschalow (15/03/2018 a 11/03/2020)
Desembargador Federal Baptista Pereira (12/03/2020 a 09/03/2022)
Desembargador Federal Souza Ribeiro (09/03/2022 a 06/12/2023)
Desembargador Federal Sérgio Nascimento (06/12/2023 a 19/02/2024)

EQUIPE DO GABINETE DA REVISTA

Editora-Chefe

Simone de Alcantara Savazzoni - Assessora

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 no Brasil 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 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 este Gabinete da 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

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.

v. 1 (jan./mar. 1990) a v. 86 (nov./dez. 2007) [publicação Impressa] - ISSN 1414-0586

Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - v. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506

Separata de artigos doutrinários, publicação impressa parcial a partir do v. 107 (maio/jun. 2011) -

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Diretoria da Revista	13

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>Células-tronco, clonagem terapêutica e a inclusão social de pessoas com deficiência: por uma releitura do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005)</i> Rodrigo Zacharias	15
<i>Contratação temporária de pessoal pela Administração Pública: a incompatibilidade das teses jurídicas fixadas nos temas 916 e 551 do STF</i> Marc Philippe de Abreu Arciniegas; Andre Studart Leitão	37
<i>O direito fundamental social à saúde como qualidade de vida: a experiência da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares</i> Gabriela Pavoski; José Carlos Kraemer Bortoloti; Simone Paula Vesoloski.....	51
<i>O Ativismo Judicial e o Processo Civil</i> José Luís Bonifácio Ramos	69
<i>Mulheres no cárcere: uma breve discussão sobre a realidade de gênero no sistema prisional brasileiro</i> Martina Bueno da Silva; Maria Cristina Kurtz de Lima; Neuro José Zambam	101
<i>Ambiguidades na regulamentação do Sistema Nacional de Cultura: contraste entre o antes e o depois da Lei nº 14.835/2024</i> Allan Carlos Moreira Magalhães; Diana Moreira Gondim; Francisco Humberto Cunha Filho	123
<i>O caráter evolucionário das leis: com base na filosofia de Charles Sanders Peirce</i> Luciana David de Oliveira	141
<i>Análises jurídico-conceituais comparadas entre Brasil e Portugal sobre os migrantes ambientais à luz do Quadro de Sendai</i> Laura Magalhães de Andrade	153
<i>A modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade e a segurança jurídica em face da ação rescisória</i> Paulo Henrique da Silveira Chaves	175
<i>O caráter instrumental do inventário do patrimônio cultural no Brasil: diferentes perspectivas a partir das políticas públicas e do Direito</i> Carlos Magno de Souza Paiva; Ana Paula Trindade Gomes	191

JURISPRUDÊNCIA

ÓRGÃO ESPECIAL

Recurso Extraordinário. Negativa de seguimento. Imunidade tributária. CEBAS. Ausência. Temas 459 e 32 do STF. Inaplicabilidade ao caso dos autos. Ag ApCiv 0005297-98.2006.4.03.6000 Desembargador Federal Nelton dos Santos	217
Projeto de Súmulas. Comissão de Jurisprudência. Estudo. Precedentes. Órgãos Fracionários da 1ª e 2ª Seções. Aprovação. PRSU 0047384-92.2020.4.03.8000 Desembargador Federal Baptista Pereira	219

Agravo Interno. Negativa de seguimento: Tema 779 e 780. Inviabilidade de elevar ao STJ discussão acerca da natureza e efeitos (como despesas essenciais ou relevantes) de bens e serviços, para fim de serem considerados insumos, a fim de permitir efeitos fiscais no PIS-COFINS pago por empresa. ApCiv [5003245-83.2021.4.03.6108](#)

Desembargador Federal Johansom Di Salvo 220

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Interesse e legitimidade concorrente da parte para discutir verba honorária advocatícia sucumbencial. Matéria comum a mais de uma Seção deste Tribunal. Competência para processamento e julgamento do Órgão Especial. Questão processual controvertida. Multiplicidade de ações. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

IRDR [5011902-34.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Antonio Cedenho 222

Suspensão de Liminar e de Sentença. Ação Civil Pública. Fiscalização e correção de irregularidades em unidades habitacionais do programa “Minha Casa Minha Vida”. Reunião de processos ou suspensão do julgamento improcedente. Determinação de vistoria *in loco* pelo município. Riscos à ordem pública e economia municipal não verificados. Inércia. Inobservância dos deveres de cooperar e envidar esforços para solução do litígio.

SLS [5019580-03.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Carlos Muta 224

PRIMEIRA SEÇÃO

Ação rescisória. Artigo 966, inciso V, do CPC. Servidor público. Demissão. Processo administrativo disciplinar. Irregularidade não comprovada. Improcedência.

AR [5013698-31.2021.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Renato Becho 227

Conflito Negativo de Competência. Ação revisional de contrato de financiamento imobiliário. Ação pessoal. Competência territorial e relativa. Declínio de ofício. Impossibilidade. Cláusula de foro de eleição. Irrelevância.

CCCV [5005197-20.2023.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Renata Lotufo 228

Primeira Turma

Alienação de imóvel pela CEF. Edital com informação sobre pendência judicial. Ciência do comprador. Indenização indevida.

ApCiv [5001049-95.2022.4.03.6144](#)

Desembargador Federal David Dantas 229

Reintegração de posse. Tutela de urgência. Requisitos. Desocupação e demolição de edificações existentes na faixa de domínio ou na faixa *non aedificandi* de rodovia.

AI [5023834-19.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Herbert de Bruyn 230

Ação de conhecimento. Agravo de instrumento. FIES. Processo seletivo. Critério da melhor nota no ENEM. Nota de corte. Legalidade.

AI [5004070-13.2024.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Antonio Morimoto 231

Segunda Turma

Ação Civil Pública. Programa de Arrendamento Residencial. Contratação de empresas para administração dos condomínios. Ausência de demonstração de ilicitude por parte da CEF.

ApCiv [0009233-92.2015.4.03.6105](#)

Juíza Federal Convocada Diana Brunstein 232

Execução Fiscal. Prosseguimento com a realização de atos constitutivos de bens. Recuperação judicial. Tema 987/STJ. Penhora no juízo da execução. Cabimento.

AI [0001011-49.2017.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 233

Programa de Regularização Tributária Rural - PRR. Lei nº 13.606/2018. Inclusão de contribuição ao SENAR. Impossibilidade. Falta de previsão legal. Verba honorária. Redução. Regra do escalonamento.

ApCiv [5005575-48.2019.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Alessandro Diaferia 234

Execução fiscal. Grupo econômico familiar reconhecido. Grupo Canhedo. Desconsideração da personalidade jurídica. Ilegitimidade passiva de sócia minoritária sem poderes de gestão.

AI [5001775-71.2022.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Audrey Gasparini 235

Ação Anulatória. FGTS. Lei nº 8.036/1990. Lei Complementar nº 110/2001. Clube de futebol profissional. Direito de imagem. Natureza jurídica. Incidência. Aspectos de fato. Indícios de fraude.

AI [5028850-51.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Carlos Francisco 236

SEGUNDA SEÇÃO

Conflito negativo de competência. Ação objetivando a emissão de diploma em curso superior e danos morais. Competência do Juizado Especial Federal. Massa falida no polo passivo da ação.

CCCV [5030076-28.2022.4.03.0000](#)

Desembargador Federal André Nabarrete 237

Conflito negativo de competência. Juízo Federal e JEF. RE 590.409/RJ (Tema 128), de Repercussão Geral. Súmula 428/STJ. Ação anulatória de débito fiscal. Sociedade de advogados. Polo ativo. Impossibilidade de litigar perante o JEF. Não enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte. Alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014.

CCCV [5019252-73.2023.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Marcelo Saraiva 238

Terceira Turma

ANP. Agência reguladora e fiscalizadora. Poder de polícia. Álcool combustível. Cooperativa de produtores. Ausência de autorização de distribuição de combustíveis líquidos. Veracidade e legalidade do auto de infração. Multa administrativa. Devido processo legal administrativo.

ApCiv [0001168-31.2014.4.03.6142](#)

Desembargadora Federal Adriana Pileggi 240

Imposto de renda. Omissão de receita. Inocorrência. Percepção acumulada de benefícios previdenciários em decorrência de sentença judicial transitada em julgado. Tributação pelo regime de competência. Tema 351 do STJ. Tema 368 do STF. CDA. Nulidade. Novo cálculo. Não cabimento em grau recursal.

ApCiv [5633339-97.2019.4.03.9999](#)

Desembargador Federal Rubens Calixto 241

Estrangeiro. Pedido de autorização de residência com base em reunião familiar. Documentos. Apresentação. Dispensa. Descabimento.

ApelRemNec [5002584-31.2021.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Carlos Delgado 242

ANATEL. Aplicação do art. 10 do anexo do Ato 10.413/2021. Exigência de utilização do código 0303 no exercício da atividade de telemarketing. Ponderação entre os interesses em conflito. Prevalência do interesse da coletividade consumidora.

AI [5018281-25.2022.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 244

Mandado de Segurança. PIS. COFINS. Receitas financeiras. Não cumulatividade. Tributação. Decreto nº 11.322/2022. Revogação antes do início da vigência. Inaplicabilidade. Decreto nº 11.374/2023. ADC 84. Creditamento. Impossibilidade. Direito líquido e certo não comprovado.

ApCiv [5002192-23.2023.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Nery Júnior 246

Quarta Turma

Fornecimento de medicamentos. Alteração do tratamento em cumprimento de sentença. Impossibilidade. Coisa julgada. Imutabilidade. Violação ao contraditório.

ApCiv [0004456-97.2011.4.03.6107](#)

Desembargadora Federal Marli Ferreira 248

Ação Civil Pública. Suposto ato de improbidade administrativa decorrente da ilegalidade na aplicação de verbas do Programa Nacional De Alimentação Escolar - PNAE. Aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021. Possibilidade. Art. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (redação dada pela lei nova). Ausência da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito (dolo).

ApCiv [0005082-36.2013.4.03.6111](#)

Desembargadora Federal Mônica Nobre 249

Mandado de Segurança. Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas do Estado de São Paulo - SP. Exigência. Inscrição. Lei nº 14.242/2021. Graduação em curso de tecnólogo. Reconhecimento pelo MEC. Inexistência. Restrição indevida.

RemNecCiv [5000077-63.2022.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Wilson Zauhy 252

Sexta Turma

Ação Civil Pública. MPF. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Status de Emenda Constitucional. Omissão do Estado. Cabível a intervenção do Judiciário. Conselho Nacional de Trânsito. DETRAN/SP. Centro de formação de condutores. Disponibilização de intérprete de libras sem cobrança adicional. Pluralidade e igualdade material.

ApCiv [0016100-87.2013.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Valdeci dos Santos 253

Apelação em Mandado de Segurança. Autos de infração fiscal. Reexame pela autoridade autuante. Legitimidade. Violação ao dever de impessoalidade. Não ocorrência. Lançamento. Isenção do tributo reconhecida administrativamente. Obrigação acessória. Autonomia.

ApCiv [5001387-60.2020.4.03.6105](#)

Desembargadora Federal Marisa Santos 256

IPI. Isenção. Lei nº 8.989/1995. Veículo sinistrado. Recuperação de salvados. Transferência da propriedade à seguradora. Inexigibilidade do tributo.

ApCiv [5004813-61.2021.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Mairan Maia 257

Ação anulatória de débito fiscal. Imposto de renda. Erro na declaração. Irregularidade da notificação. Não comprovação. Intimação por edital. Honorários de advogado. Cabimento.

ApCiv [5033401-44.2022.4.03.6100](#)

Desembargador Federal Souza Ribeiro 258

Execução fiscal. Penhora de vaga de garagem. Possibilidade. Suspensão da exigibilidade do crédito. Hipóteses do artigo 151 do CTN. Taxatividade.

AI [5034705-11.2023.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Giselle França 259

TERCEIRA SEÇÃO

Aposentadoria por idade. Ação Rescisória. Preliminar. Reexame da ação subjacente. Violação a norma jurídica caracterizada. Períodos de auxílio-doença intercalados. Carência. Hipótese de rescisão configurada. Juízo rescisório. Trabalhador urbano. Requisitos preenchidos.

AR [5002996-60.2020.4.03.0000](#)

Desembargador Federal Erik Gramstrup 260

Conflito Negativo de Competência. Justiça Estadual e Justiça Federal. Ação previdenciária ajuizada na justiça estadual. Superveniente instalação de vara federal no município. Execução do julgado.

CCCiv [5010276-77.2023.4.03.0000](#)

Desembargadora Federal Daldice Santana 263

Sétima Turma

Auxílio-doença. Restabelecimento. Conversão em aposentadoria por invalidez. Anulatória de indébito. Incapacidade definitiva para a atividade habitual. Idade avançada. Demais requisitos preenchidos. Incapacidade preexistente não configurada. Termo inicial do benefício.

ApCiv [0007337-37.2016.4.03.6183](#)

Desembargadora Federal Inês Virgínia 264

Pensão por morte. Menor sob guarda. Óbito do mantenedor após EC 103/19. Legislação especial aplicável. ECA. Proteção do menor vulnerável. Jurisprudência do STJ. Repercussão geral. Tema 1271.

ApCiv [5005531-30.2023.4.03.9999](#)

Desembargador Federal Jean Marcos 267

Auxílio reclusão. Condição de baixa renda do segurado demonstrada. Honorários de advogado. Prescrição. DIB. Verba honorária. Custas. Autodeclaração.

ApCiv [5077156-27.2023.4.03.9999](#)

Desembargador Federal Marcelo Vieira 268

Oitava Turma

Irrepetibilidade de valores recebidos de boa fé. Tema 979 do STJ. Modulação de efeitos. Não incidência da tese nos processos ajuizados em data anterior à decisão. Ausência de comprovação de má-fé. Ônus probatório. Desnecessidade de demonstração de boa-fé por parte do segurado.

ApCiv [0005155-42.2017.4.03.9999](#)

Desembargadora Federal Silvia Rocha 269

Pensão por morte. Revisão decorrente de ação judicial que revisou benefício instituidor. Termo inicial dos efeitos financeiros. Prescrição.

ApCiv [5004155-53.2020.4.03.6106](#)

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 271

Aposentadoria por tempo de contribuição. Atividade rural. Regime de economia familiar parcialmente comprovada na seara administrativa. Requisitos cumpridos mediante reafirmação da DER.

ApCiv [0003005-76.2021.4.03.6304](#)

Desembargador Federal Toru Yamamoto 272

Aposentadoria por tempo de contribuição. Aeronauta. Exposição à pressão atmosférica anormal. Prova emprestada. Tempo especial. Reconhecimento. Reafirmação da DER.

ApCiv [5001231-27.2021.4.03.6141](#)

Desembargadora Federal Louise Filgueiras 274

Cumprimento de sentença. Multa diária correspondente a 1/30 avos do valor do benefício. Descumprimento de ordem judicial. Obrigação de fazer pelo INSS. Valor.

AI [5023530-88.2021.4.03.0000](#)

Desembargador Federal João Consolim 275

Nona Turma

Incidente de Juízo de Retratação. Artigo 1.040, II, do CPC. Tema 1.018. Recurso Especial repetitivo 1767789/PR e 1803154/RS. Benefício mais vantajoso. Opção. Parcelas pretéritas. Execução. Possibilidade. Juízo de retratação positivo.

ApCiv [0043237-89.2010.4.03.9999](#)

Juiz Federal Convocado Denilson Branco 276

Seguro-desemprego. Transação posterior à sentença. Homologação. Recursos prejudicados. Multa diária. Redução.

ApCiv [0005345-20.2012.4.03.6106](#)

Desembargador Federal Fonseca Gonçalves 277

Aposentadoria por idade urbana. Recolhimento de contribuições previdenciárias. GFIP. Responsabilidade do tomador de serviço. Carência cumprida. Termo inicial na data do requerimento administrativo.

ApCiv [5004818-77.2021.4.03.6102](#)

Desembargador Federal Gilberto Jordan 278

Benefício por incapacidade. Auxílio-acidente. Redução da capacidade verificada. Tema 416 STJ.

ApCiv [5006099-19.2022.4.03.6301](#)

Desembargadora Federal Cristina Melo 279

Décima Turma

Aposentadoria por tempo de contribuição. Tempo comum. Guarda-mirim. Prestação de serviços. Ausente remuneração. Segurado contribuinte individual. Recolhimentos com alíquota reduzida. Complementação da diferença. Dever do segurado. Reafirmação da DER. Tema 995/STJ. Opção ao melhor benefício.

ApCiv [5000442-98.2019.4.03.6108](#)

Desembargadora Federal Leila Paiva 280

Auxílio por incapacidade temporária. Incapacidade total e permanente para as funções habituais. Laudo médico pericial favorável. Auxílio até a reabilitação.

ApCiv [5004927-88.2021.4.03.6103](#)

Juiza Federal Convocada Raecler Baldresca 283

Seguro-desemprego. Sócio de empresa. Ausência de comprovação de renda. Presença do direito líquido e certo. Benefício concedido.

ApCiv [5002780-59.2022.4.03.6134](#)

Desembargador Federal Marcus Orione 284

Pensão por morte. Óbito ocorrido após a vigência das Leis nºs 13.135/2015 e 13.846/2019. Aplicação do artigo 77 da Lei nº 8.213/91. Duração do relacionamento por período superior a dois anos comprovada. Benefício vitalício.

ApCiv [5031257-76.2022.4.03.6301](#)

Desembargador Federal Nelson Porfírio 285

QUARTA SEÇÃO

Embargos infringentes. Lavagem de capitais. Art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/1998. Divergência sobre a corporificação delitiva. Inocorrência de demonstração de dolo na conduta da acusada. Art. 615, § 1º. Lei nº 14.836/2024.

EIfNu [0004963-49.2015.4.03.6000](#)

Desembargador Federal Ali Mazloun 286

Embargos Infringentes. Crime de racismo. Art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989. Publicação em rede social. Conteúdo de antissemitismo. Dados históricos distorcidos. Comunidade neonazista. Dolo específico configurado. Prevalência do voto vencedor.

EIfNu [5001229-79.2019.4.03.6124](#)

Desembargador Federal José Lunardelli 287

Conflito de jurisdição. Operação Westminster. Conexão probatória. Risco de decisões conflitantes. Possibilidade de reconhecimento do instituto da continuidade delitiva. Precedente do C. Órgão Especial. Declarada a competência da E. 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP.

CJ [5000624-83.2024.4.03.6181](#)

Desembargador Federal Fausto De Sanctis 289

Quinta Turma

Apelação Criminal. Artigo 273, § 1º-B, incisos I e II, do Código Penal. Importação e falsificação de medicamentos sem registro na ANVISA. Preceito secundário. Lei nº 9.677/1998. Readequação da dosimetria.

ApCrim [0008727-04.2015.4.03.6110](#)

Desembargador Federal Maurício Kato 290

Apelação criminal. Associação criminosa. Absolvição do réu mantida. Crime de extorsão. Desclassificação do delito para o previsto no art. 345 do Código Penal. Pedido referente à prisão provisória prejudicado.

ApCrim [5007779-25.2020.4.03.6102](#)

Desembargador Federal Paulo Fontes 291

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Requisitos: *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Liberdade provisória. Requisitos subjetivos. Insuficiência. Prisão domiciliar. Mulheres presas.

HCCrim [5002928-71.2024.4.03.0000](#)

Desembargador Federal André Nekatschalow 293

Décima Primeira Turma

Corrupção de testemunha. Crime do artigo 343 do Código Penal. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Dosimetria. Legalidade.

ApCrim [0001504-80.2014.4.03.6127](#)

Desembargador Federal Hélio Nogueira 294

Agravo em Execução Penal. Cláusula de doação de sangue em ANPP. Voluntariedade. Ilegalidade não configurada. Cláusula restabelecida.

AgExPe [5000454-98.2023.4.03.6132](#)

Desembargador Federal Nino Toldo 296

Turmas Recursais do Juizado Especial Federal

Recurso Inominado Cível. CEF. Pix. Restituição de valores debitados indevidamente na conta bancária. Falta de segurança na prevenção e combate às fraudes. *Compliance*.

0012320-25.2021.4.03.6306

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales 297

SENTENÇAS

Procedimento Comum Cível. Benefício por incapacidade temporária. Acidente com amputação. Cessação administrativa. Pleito de restabelecimento ou, conversão em aposentadoria por invalidez.

5000359-53.2022.4.03.6116

Juiz Federal Caio Cezar Maia de Oliveira 309

Procedimento Comum Cível. Aposentadoria por tempo de contribuição. Seminarista. Situação equiparada à de aluno-aprendiz. Padre. Apresentador. Inexistência de relação de emprego.

5000904-78.2022.4.03.6131

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite 314

Procedimento Comum Cível. Ditadura militar. Pleito de anistia política com reparação econômica por danos materiais e morais.

5011536-62.2022.4.03.6100

Juiz Federal Marcelo Guerra Martins 325

Procedimento Comum Cível. CEF. Lotérica. Revogação do contrato de permissão. Notificação por irregularidades. Pleito de religação das máquinas de sua unidade lotérica e a declaração da ilegalidade dos atos de rescisão contratual e fechamento.

5020760-24.2022.4.03.6100

Juíza Federal Denise Aparecida Avelar 332

Mandado de Segurança Cível. Admissão de *amicus curiae*. Possibilidade. Envasilhamento de recipiente de GLP de terceiro. Requalificação. Ausência de comprovação de cumprimento de exigências. Regularidade da autuação.

5001505-46.2023.4.03.6100

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento 341

SÚMULAS

Súmulas do TRF da 3ª Região 349

Súmulas da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região 357

APRESENTAÇÃO



APRESENTAÇÃO

A nova gestão da Diretoria da Revista, designada para atuar no biênio 2024/2026, primeiramente cumprimenta as gestões anteriores pelo empenho, que culminou numa trajetória estruturada para qualificar este periódico progressivamente.

Em continuidade a esse trabalho, o compromisso agora assumido visa consolidar os resultados e aperfeiçoar as práticas editoriais, contando com a contribuição de um Conselho Editorial com perfil acadêmico notável, composto por membros qualificados, inclusive com participantes vinculados a instituições de outras unidades da federação e estrangeiras.

Na busca da excelência nos requisitos editoriais e científicos, o periódico compromete-se com a divulgação de artigos inéditos no Brasil, selecionados mediante processo de *blind review* (avaliação duplo-cega por pares), efetuado por um corpo de pareceristas especializado, com vistas à seleção de artigos que fomentem reflexão e diálogo multidisciplinar.

Para promover celeridade na disponibilização dos artigos para pesquisa, a partir deste número, adotou-se o sistema de fluxo contínuo para o recebimento de material e sua respectiva publicação, com divulgação tão logo os originais sejam aprovados, sem a necessidade de aguardar prazo determinado para o fechamento de um próximo número.

Também com o propósito de ampliar a difusão do conteúdo, está em andamento o cadastro do periódico em diversas bases de indexação, cujos acervos impulsionam a visibilidade das publicações, interligando a comunicação científica.

Essas iniciativas, juntamente com o processo anteriormente executado, com a implementação da plataforma *Open Journal Systems* (OJS) de editoração eletrônica, com veiculação livre, gratuita e digital de todo o conteúdo, proporcionam o aprimoramento da qualidade do periódico com o escopo de atender a padrões nacionais e internacionais estabelecidos para publicações científicas, notadamente a estratificação Qualis.

No ensejo, esta Diretoria consigna sinceros agradecimentos pela valorosa contribuição de todos os envolvidos no projeto, especialmente aos dignos(as) autores(as), conselheiros(as), pareceristas e demais colaboradores(as), cujo esforço foi essencial para a concretização desta edição.

Por fim, deseja-se uma proveitosa leitura e, desde já, registra-se um convite para que profissionais das mais diversas carreiras jurídicas colaborem com a apresentação de trabalhos para publicação neste periódico, para a construção de um canal dinâmico e robusto para pesquisa, que favoreça o debate e reflexão sobre os assuntos jurídicos mais relevantes para a sociedade.

Desembargador Federal Carlos Francisco (Diretor da Revista)

Desembargadora Federal Inês Virgínia (Vice-Diretora da Revista)

ARTIGOS



Células-tronco, clonagem terapêutica e a inclusão social de pessoas com deficiência: por uma releitura do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005)

Stem cells, therapeutic cloning and the social inclusion of persons with disabilities: through a rereading of art. 5th of the Brazilian Biosafety Law (Law no. 11.105/2005)

Data de submissão: 19 out. 2023

Data de aprovação: 11 mar. 2024

Rodrigo Zacharias

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2022). Juiz Federal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1718136906103220>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3869-6165>

RESUMO: O trabalho, realizado mediante pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, levado a efeito pelo método dedutivo, sustenta a imperiosidade da realização de pesquisas com células-tronco, para propiciar a pessoas com deficiência, que sofrem de determinadas doenças (cardiopatias, diabetes, cegueira, demência etc.), uma chance de melhorar sua qualidade de vida. Para além do *direito constitucional à saúde*, o texto prega a necessidade de analisar a questão sob a ótica da *inclusão social* de pessoas com deficiência, consoante preconizado em *princípio* hospedado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Propõe, com isso, um giro hermenêutico em torno do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, que disciplina os limites da pesquisa com *células-tronco embrionárias*, tema já objeto de acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510 no sentido da constitucionalidade da norma. Conclui que a clonagem terapêutica não opera *instrumentalização* de uma pessoa em favor de outrem, portanto, não contrastando com a ética de Kant. Ademais, o artigo ainda propõe uma releitura do artigo 26 da Lei nº 11.105/2005, preconizando-se a atipicidade da conduta de realizar a clonagem terapêutica.

PALAVRAS-CHAVE: clonagem terapêutica; deficiência; inclusão; células-tronco.

ABSTRACT: The work, carried out through bibliographic, legislative and jurisprudential research, carried out by the deductive method, supports the imperative of conducting research with stem cells, to provide people with disabilities who suffer from certain diseases (cardiopathies, diabetes, blindness, dementia etc.), a chance to improve their quality of life. In addition to the *constitutional right to healthcare*, the text preaches the need to analyze the issue from the perspective of *social inclusion* of persons with disabilities, as recommended in *principle* hosted in article 3 of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, signed in New York, on March 30, 2007. So It proposes a hermeneutic turn around art. 5 of Law 11.105/2005, which regulates the limits of research with embryonic *stem cells*, a topic already object of a decision by the Supreme Court in ADI 3.510, when judges ruled for the *constitutionality* of the article. It concludes that therapeutic cloning does not *instrumentalize* a person in favor of others, therefore not contrasting with Kant's ethics. The article also proposes a reinterpretation of art. 26 of Law 11.105/2005, when it comes to therapeutic cloning.

KEYWORDS: therapeutic cloning; deficiency; inclusion; stem cells.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Tecnologia e vida humana. 3 Células-tronco. 4 Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica. 5 Pessoas com deficiência e inclusão social. 6 O artigo 5º da Lei de Biossegurança. 7 Do direito à vida e instrumentalização. 8 Relatividade (da inviolabilidade) do direito à vida. 9 Solidariedade e progressividade na proteção às pessoas com deficiência. 10 Clonagem e norma penal incriminadora. 11 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O intuito primordial deste trabalho é inserir o tema da clonagem terapêutica na problemática da inclusão social das pessoas com deficiência (PcD) e dos contornos da liberdade científica.

Nesse contexto, imprescindível ressaltar que o artigo 5º, IX, da Constituição Federal estabelece que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Enquanto direito fundamental, não constitui direito absoluto, de modo que seus contornos devem conviver com outros regramentos constitucionais.

Ademais, o Texto Magno fomenta a ciência e a liberdade científica no Capítulo IV do Título VIII, que trata “Da ciência, tecnologia e inovação”, de acordo com certos critérios. Consoante a regra contida no *caput* do artigo 218, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 85/2015, “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Em seu § 1º, estabelece que “a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação”¹.

De uma parte, a pesquisa científica básica e tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado. De outro, a ciência deve permear-se pela ética, pela responsabilidade do cientista, pelo respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse aspecto, pondera Juliana Gonzáles (1996, p. 97): “El saber no vale por sí, desprendido de sus fines éticos, y con ellos de su responsabilidad ante la vida y la existencia, y ante el porvenir del hombre. No vale si es ajeno o contrario a su misión de paz, de conservación y creación”².

Dentre os objetivos da ciência, impõe-se a necessidade de propiciar à população brasileira mais vulnerável uma melhor qualidade de vida, por meio de acesso a tratamentos e medicamentos obtidos pelo desenvolvimento científico. Já se estimou que, ao menos 10% da população brasileira seja constituída por pessoas com deficiência (Araujo, 2011, p. 12; Mazzilli, 1997, p. 79), afigurando-se lícito inferir que o notório e rápido envelhecimento da população brasileira tende a aumentar esse percentual³.

No Brasil, causas como a subnutrição, o subdesenvolvimento, os acidentes ecológicos, acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, o uso indevido de substâncias entorpecentes, a falta de uma política pré-natal adequada há tempos contribuem para o surgimento de pessoas com deficiências mentais, sensoriais, orgânicas, comportamentais e sociais (Mazzilli, 1997, p. 79).

Assegurar direitos e garantias às pessoas com deficiência, sobretudo a isonomia com os demais cidadãos, visando à sua *inclusão social* e cidadania, não

¹ O nome do Capítulo IV e os artigos citados tiveram a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 85/2015.

² Tradução livre: “O conhecimento não é válido em si mesmo, desprendido dos seus propósitos éticos e, com eles, da sua responsabilidade para com a vida e a existência, e para com o futuro do homem. Não é válido se for alheio ou contrário à sua missão de paz, conservação e criação.”

³ Segundo as Nações Unidas, a proporção de idosos na população brasileira irá quadruplicar de 7% para 28% em apenas 50 anos (entre 2010 e 2060). A mesma ONU estima que países mais desenvolvidos, como a França e Suécia, levarão quatro vezes mais tempo: 200 anos para quadruplicar a população de idosos de 7% para 28%. Para EUA e Reino Unido, a estimativa é superior a 150 anos (NERY, 2021).

constitui apenas um valor ético, fruto da conscientização da sociedade acerca de pessoas marginalizadas em razão de sua constituição física e mental. Mais que isso, cuida-se de um objetivo magno estabelecido no Texto Supremo, que em várias oportunidades disciplina os direitos e garantias das pessoas com deficiência.

A *inclusão social* de pessoas que vivem em desvantagem em relação às demais é de ser evocada em quaisquer discussões em torno dos limites da ciência no Brasil – país que enfrenta históricas crises e em que ainda vigora dramática desigualdade social –, sobretudo depois da internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Essa mesma *inclusão na sociedade* é prevista como um dos princípios da Convenção, consoante delineado em seu artigo 3º.

Propõe-se, assim, analisar as possibilidades de inclusão das pessoas com deficiência por meio do tratamento decorrente de pesquisas em células-tronco, sobretudo quando levado a efeito pela terapia de transferência nuclear, mais conhecida por *clonagem terapêutica*, primeiramente fazendo a necessária distinção entre a clonagem reprodutiva e essa última, a fim de evitar mal-entendidos e preconceitos.

O *direito à saúde* também está constitucionalmente consagrado, no artigo 196 do Texto Supremo, como direito de todos. Digno de registro que, a despeito de merecer críticas sobretudo pela conotação utópica (Segre; Ferraz, 1997), no ver da Organização Mundial de Saúde a definição de saúde envolve não apenas a ausência de doença, mas uma *perfeita situação de bem-estar físico, mental e social*. Logo, nesse introito, se foca no aspecto *social* do conceito de saúde.

2 Tecnologia e vida humana

Ao se lidar com a relação entre tecnologia e a vida humana, parte-se do pressuposto de que os valores albergados na Constituição Federal são compatíveis com a utilização da ciência não apenas para fins de desenvolvimento, mas também em favor das pessoas vulneráveis. A partir do momento histórico em que o homem adquiriu conhecimento para criar tecnologia, passando a não mais depender do acaso e da indiferença da natureza, forjando mecanismos de domínio sobre ela e sobre ele próprio, novas indagações exsurtem.

A discussão em torno das pesquisas com células-tronco suscita inúmeras questões jurídicas, políticas, éticas e religiosas. O que é o homem? Para que existimos? Há um sentido para a vida? Mais especificamente no campo da bioética, aparecem outras: Quando surge a vida humana? A clonagem terapêutica acaba por instrumentalizar um ser humano em prol de outro? Haverá violação à concepção do ser humano na ótica de Kant, segundo o qual o homem deve ser concebido como um fim em si mesmo, nunca como um meio? Sejam quais forem as respostas preferidas pelo leitor, é importante ressaltar desde logo: o presente texto trabalha com uma abordagem laica e secular da bioética⁴.

⁴ Pontifica, numa visão científica do ser humano, Richard Dawkins (2009, p. 37): “Os seres vivos já existiam na Terra há mais de 3 bilhões de anos, sem ter a menor ideia do porquê, antes que finalmente a verdade ocorresse a um deles. O seu nome era Charles Darwin. Para ser justo, é preciso dizer que

São todas questões relacionadas ao tema, conquanto extravasem o propósito deste artigo, que usa o método dedutivo e se pretende dogmático, no sentido de que trabalha com a inegabilidade do ponto de partida representado pela norma jurídica existente, válida e eficaz. Não obstante, tais indagações inserem o homem no contexto de um dilema: avançar nas pesquisas científicas ou instalar a proibição de pesquisas em determinados campos?

Segundo Volnei Garrafa, coordenador da Cátedra Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) de Bioética da Universidade de Brasília (UnB), a medicina da antiguidade era curativa, mas hoje fala-se da medicina preventiva: "A medicina do futuro vai ser preditiva, o médico vai prever o que o futuro bebê terá. É terapia celular. O tratamento em vez de ser com antibióticos, anti-inflamatórios, vai ser com células do próprio indivíduo" (Clonagem, 2011).

A abordagem do tema sob o enfoque jurídico não prescinde da dialeticidade dos argumentos a favor e contrários às propostas aqui ventiladas, por uma razão simples: como bem pontua Ronald Dworkin (2005, p. 609-611), a questão é de ser enxergada sob uma abordagem de *custo-benefício*, mesmo porque, como o próprio autor concluiu, há um *valor intrínseco* no desenvolvimento da ciência e do conhecimento humano, de modo que "evitar deliberadamente o conhecimento sacrifica alguma coisa de importância intrínseca" (Dworkin, 2019, p. 102).

Urge, assim, gerar novas reflexões sobre a questão à luz dos valores e objetivos traçados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e também na Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, com olhos voltados ao princípio da *progressividade* na proteção de tais vulneráveis.

É preciso registrar que o fomento da técnica da *terapia por transferência nuclear* pode implicar uma significativa melhoria das condições de vida de milhões de brasileiros, inclusive porque a maior parte das pessoas com deficiência são pessoas pobres⁵.

O prognóstico de melhorias em prol delas é significativo, mas depende do progresso da ciência numa área em que há ambiguidades e incertezas. Por conta disso, há quem sustente que essa biologia atual, denominada pós-moderna, em razão de seu componente de incerteza, complementarà a velha biologia, assim como a física quântica complementou a física newtoniana⁶.

laivos da verdade já haviam ocorrido a outros antes dele, mas foi Darwin quem, pela primeira vez, construiu uma explicação coerente e convincente da razão por que existimos. Devemos a ele a possibilidade de dar uma resposta racional à criança curiosa cuja pergunta serve de título a este capítulo. Não precisamos mais recorrer à superstição quando confrontados com questões profundas como as seguintes: 'Há um sentido para a vida?'; 'Para que existimos?'; 'O que é o homem?'.

⁵ O fato é referido no próprio preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, no item "t": "(t) *Salientando* o fato de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecendo a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência".

⁶ "Um dos novos desenvolvimentos mais interessantes no que tem sido chamado de 'biologia pós-moderna' é o estudo de fatores responsáveis pela incerteza e pelo comportamento 'estocástico' na estrutura e função das células. Neil Thiese, do Albert Einstein College of Medicine, explicou que 'se o microambiente ao redor de uma célula (ou se o citoplasma ao redor de um núcleo) for alterado, então a natureza da célula, ou seja, seu padrão de expressão gênica, provavelmente mudará também'. Não é isso que os naturopatas vêm reivindicando há décadas? Thiese hipotetizou que a biologia da incerteza complementarà a velha biologia como a física quântica complementou a física newtoniana em que qualquer tentativa de observar ou manipular a célula irá, por definição, alterá-la – o princípio da

Tal desiderato não seria possível se não estivesse em plena sintonia com os valores constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), previstos na Constituição da República.

3 Células-tronco

Muitos enxergam as células-tronco como maravilhosas entidades, com potencial para se transformar em qualquer tecido corporal. Se o atual estágio do conhecimento fosse bastante, esse potencial poderia ser aproveitado para cura de qualquer coisa, desde lesões na medula espinhal até câncer, de doenças cardíacas a diabetes, até demência. A ideia de que as células-tronco podem viver para sempre e a morte pode, portanto, ser evitável tornou-se dogma. E gerou projetos de pesquisa em busca desse Santo Graal, muitas vezes em desconsideração de questões éticas ou falta de evidências⁷.

As células-tronco são classificadas em dois tipos: *embrionárias* e *adultas*. As primeiras (CTEHs: células tronco embrionárias humanas) são mais importantes porque multifuncionais, podendo ser diferenciadas em diversos tipos de células. Assim, podem ser usadas para restaurar a função de um órgão ou tecido, transplantando novas células para substituir as células perdidas pela doença, ou substituir células disfuncionais por um defeito genético. São exemplos desse caso doenças neurológicas, diabetes, problemas cardíacos, derrames, lesões da coluna cervical e doenças sanguíneas, geradoras de toda a sorte de deficiências.

As células-tronco adultas não possuem a capacidade de se transformar em qualquer tecido. As células musculares vão originar células musculares, as células de fígado vão originar células de fígado, e assim por diante. Feitas essas singelas considerações acerca das células-tronco, o próprio passo é tratar dos dois tipos de clonagem reconhecidos pelo Direito brasileiro.

4 Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica

O termo *clone* foi criado em 1903 pelo botânico Herbert J. Webber, oriundo do grego *Klón*, que significaria broto, rebento, ramo pequeno, que ao ser rompido acaba por crescer como o original. Um clone consiste em uma réplica, de genes, células, tecidos ou de organismos, obtida a partir de um único ancestral comum, mediante técnicas de manipulação genética. Logo, clonagem é um processo de

incerteza de Heisenberg transferido para o comportamento dos genes e células” (BELL, s.d., tradução nossa).

⁷ Contudo, como qualquer atividade humana, a ciência pode estar sujeita a enganos, fraudes e exageros. Esses desvios são analisados em inúmeros artigos jornalísticos e científicos. Conferir, por muitos, Rasko; Power, 2021. Os autores revelam personagens imperfeitos e charlatões, com histórias de vida com começos ambiciosos, virando celebridades e a inevitável queda em desgraça. Embora os autores cheguem à conclusão de que as células-tronco têm falhado em corresponder à expectativa exagerada até agora, com exceção dos transplantes de medula óssea e do tratamento de câncer de sangue, inferem que elas conseguem manter uma esperança mais realista no potencial das células-tronco e o que elas nos ensinam sobre doença, tratamento e cura.

reprodução assexuada visando obter indivíduos geneticamente iguais a partir de uma célula-mãe (Kelch, 2009, p. 49).

A *clonagem reprodutiva* pretende obter a cópia de um indivíduo já existente e é executada pela técnica de transferência nuclear (TN); remove-se o núcleo de um óvulo para substituí-lo por um outro núcleo, oriundo de outra célula somática. Com a fusão, ocorre a duplicação e a diferenciação das células, sendo que, aos cinco dias de fecundação, o embrião contará com 200 a 250 células, o que é chamado de blastocisto, quando ocorrerá a implantação do embrião na cavidade uterina⁸. Com a gestação surge o clone, um indivíduo com patrimônio genético idêntico ao do doador da célula somática⁹.

É um mecanismo comum de propagação de espécies de plantas, bactérias e protozoários¹⁰. Em humanos, os clones naturais são gêmeos univitelinos, seres que compartilham do mesmo DNA, ou seja, do mesmo material genético originado pela divisão do óvulo fertilizado.

Desde o advento da ovelha Dolly, em 1996, a técnica que vem sendo objeto de ampla discussão é a da *transferência nuclear* ou *substituição nuclear*, a qual envolve DNA adulto. Explica Marcos de Almeida (2003, p. 7-8) que, por esta técnica, o DNA de um óvulo é removido e substituído pelo DNA de uma célula adulta de um animal, de modo que, após algumas divisões, o zigoto é implantado no útero de um animal equivalente e deixado desenvolver-se até o nascimento.

Em inúmeros documentos legais internacionais, a clonagem reprodutiva é proibida. No Brasil, o artigo 6º, IV, da Lei de Biossegurança proíbe a “clonagem humana”, expressão a ser compreendida como “clonagem reprodutiva”.

Por outro lado, a *clonagem terapêutica*, como bem explica Eduardo Leite, é um procedimento cujos estágios iniciais são idênticos à clonagem para fins reprodutivos, diferindo-se dessa última no fato de o blastocisto não ser introduzido em um útero. Ele é utilizado em laboratório para a produção de células-tronco (totipotentes) a fim de produzir tecido ou órgão para transplante.

Isto é, esta técnica tem como objetivo produzir uma cópia saudável do tecido ou do órgão de uma pessoa doente, a ser transplantada nela própria. Faz-se a transferência de um núcleo de uma célula, contendo as informações genéticas da pessoa, para uma célula desnucleada, que se reproduzirá. Quando em fase de blastocisto (um embrião muito jovem, de oito a doze dias), antes de se especializarem, tais células possuem a aptidão de gerar tecidos humanos, aptos a serem utilizados para transplante nos doentes ou nas pessoas com deficiência. O

⁸ O blastocisto apresenta as células divididas em dois grupos: camada externa (trofoectoderma), que vai formar a placenta e o saco amniótico; e camada interna que dará origem aos tecidos do feto.

⁹ Células somáticas são todas as células diversas dos gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo).

¹⁰ A clonagem embrionária ou clonagem por fissão gemelar está presente na natureza, enquanto técnica que produz gêmeos monozigóticos (idênticos). Eis a lição de Marcos de Almeida (2003, p. 7-8): “Ela duplica o processo que a natureza usa para produzi-los. Uma ou mais células são removidas de um embrião fertilizado, em fase bem precoce, e estimuladas a desenvolver-se em uma ou mais réplicas de embriões. Gêmeos, trigêmeos etc. são, portanto, formados com DNA idêntico. Isso tem sido feito há muitos anos com várias espécies de animais. Até onde se sabe, a experiência com seres humanos tem sido muito limitada. A clonagem embrionária deveria, mais apropriadamente, ser chamada de gemelaridade artificial, já que ela aciona o mecanismo pelo qual os gêmeos naturalmente surgem. A própria natureza é o maior agente clonador. Em cerca de uma de cada 75 concepções humanas que dão certo, o ovo fertilizado, por alguma razão, divide-se e produz gêmeos monozigóticos (idênticos). Cada um deles possui configuração genética, absolutamente igual à do outro. Na clonagem, a mesma operação é realizada, só que intencionalmente”.

risco de rejeição do órgão é muito inferior se comparado a um órgão oriundo de outra pessoa.

Enfim, a clonagem terapêutica se dá pela retirada de células-tronco de embriões clonados a partir de uma célula somática. O embrião clonado é descartado após a retirada das células-tronco e é por isso que a terapia é proibida em vários países, por levantar uma pletora de questões jurídicas, morais, políticas e religiosas.

No Direito brasileiro, há permissão para a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Porém, há *severa restrição* imposta pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança, que somente permite a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Pondera-se que, diferentemente da clonagem reprodutiva, que gerou veemente oposição em diversos continentes, sobretudo depois da criação por escoceses da ovelha Dolly, em 1996, a clonagem terapêutica não é voltada a se levar a efeito uma cópia de outro ser humano. O artigo 3º, X, da Lei de Biossegurança, define-a da seguinte forma: "clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica".

Como bem pontua Mayana Zatz (2004), muitos cientistas e representantes de famílias veem nessa nova tecnologia uma esperança futura de cura para inúmeras doenças neurodegenerativas, muitas vezes letais ou gravemente incapacitantes.

Outrossim, a escassez de órgãos é um problema grave no Brasil e no mundo, razão por que a clonagem terapêutica se apresenta como mais uma alternativa, enriquecida com todas suas possibilidades regenerativas, sem o problema da rejeição (Sá, 2017, p. 11).

Dito isso, é chegada a hora de identificar quem são as pessoas com deficiência à luz do Direito internacional e nacional.

5 Pessoas com deficiência e inclusão social

A preocupação com as pessoas com deficiência cresceu a partir da segunda metade do século XX, tendo em vista a necessidade de reabilitar pessoas atingidas por guerras. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1955, editou a Recomendação nº 99, cuidando da adaptação e da readaptação profissional dos "inválidos". O movimento de integração social das pessoas com deficiência resultou na Carta Social Europeia, de 1961, e na Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1975.

A mesma OIT adotou, em 1983, a Convenção nº 159¹¹, ratificada em 1991 por 39 países, bem como a Recomendação nº 168, quando se propugnou pelo direito das pessoas com deficiência a uma adaptação ou readaptação profissional, instituições específicas ou em postos de trabalho junto a não-deficientes.

¹¹ Guilherme José Purvin de Figueiredo (1997, p. 50) informa que a Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do art. 1º, I, do Decreto Legislativo nº 51, de 1989.

No Direito interno brasileiro, até a edição da Carta de 1969, não houve maiores preocupações do legislador constitucional com as pessoas com deficiência, mas o contexto se alterou partir da Emenda Constitucional nº 12/1978, que buscou assegurar “aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica”¹².

Em várias oportunidades a Constituição de 1988 tratou das pessoas com deficiência. No artigo 7º, XXXI, preconiza a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador. No artigo 23, II, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública, bem como da proteção e da garantia às pessoas com deficiência.

No artigo 24, XIV, outorga a competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para legislar sobre sua proteção e integração social. No artigo 37, VIII, determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Atribuiu-se, no artigo 203, IV, o direito à *habilitação e à reabilitação* das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária¹³.

No artigo 208, III, garante o atendimento educacional especializado para as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. No artigo 244, remete à lei as disposições sobre a adaptação de logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de lhes garantir o acesso adequado.

Na legislação infraconstitucional, foi editada a lei federal de proteção às pessoas com deficiência, Lei nº 7.853/1989, estabelecendo *normas gerais* que lhes asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, bem assim sua efetiva integração social.

Após, o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001. O Decreto nº 3.956/2001 promulgou a referida Convenção.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e depois

¹² O artigo único tinha a seguinte redação: “Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.”

¹³ Houve, aqui, importante progresso em relação ao sistema anterior, quando apenas os segurados da Previdência Social tinham direito à habilitação e reabilitação profissional. A Lei nº 8.742/1993, em seu teor original, não dispôs sobre medidas efetivas, o que possibilitava a aplicação das disposições análogas da Lei nº 8.213/1991 sobre habilitação e reabilitação profissional e social, hospedadas nos artigos 89 a 92. Cf., nesse sentido, Dias (2001, p. 636). Posteriormente, a Lei nº 12.435/2011 incluiu algumas regras a respeito da habilitação e reabilitação na LOAS. Por fim, a Lei nº 13.146/2015 disponibilizou o Capítulo II para tratar do “do direito à habilitação e reabilitação”, estatuidando, no parágrafo único do artigo 14 que: “O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.” Doravante, tais serviços passaram a constituir direito perante a Assistência Social, independentemente de qualquer contribuição.

promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. Mercê do § 3º do artigo 5º da Constituição, a Convenção integra o *ponto alto da pirâmide normativa*, ocupando posição hierárquica equivalente a uma emenda constitucional (Araujo; Costa Filho, 2016, p. 14).

Dentre outros valores, a Convenção reconhece que:

[...] convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos.

A Convenção, já internalizada no Direito positivo brasileiro, também reconhece “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”, devendo lhes ser assegurada “oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente”.

Seu artigo 19 trata da “vida independente e inclusão na comunidade”:

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.

Por fim, a Lei nº 13.146/2015 instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), consagrando e introduzindo direitos, adequando finalmente o próprio conceito de pessoa com deficiência àquele da Convenção de Nova Iorque. O artigo 2º da Lei de Inclusão apresenta a seguinte definição de pessoa com deficiência:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

E o artigo 5º da mesma lei, após pontificar a proteção contra a negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento

desumano ou degradante, em seu parágrafo único reconhece: “Para os fins da proteção mencionada no *caput* deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.”

Frequentemente as causas de uma deficiência, à luz da definição contida na Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, decorrem de uma doença grave ou de uma malformação, que eventualmente poderia ser tratada por meio da clonagem terapêutica.

Cumpra registrar que foi abandonado no Estatuto da Pessoa com Deficiência o *conceito médico* de deficiência, lastreado em incapacidades. Como bem apontam Araujo e Costa Filho (2016, p. 21):

Seguindo a intenção precípua de efetivar muitos princípios e regras trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a EPCD procura fazer um giro linguístico e conceitual ao adotar o modelo biopsicossocial de deficiência, ao direcionar que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só, e sim que essas barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente, sendo fundamentais estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas permitindo às pessoas com deficiência demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social.

Como se vê, se por um lado os impedimentos só por si não implicam deficiência, por outro integram o conceito juntamente com as barreiras a serem enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Amenizar ou eliminar os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais, dessarte, pode colaborar para a cura da doença ou para a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, numa diversidade de maneiras concebíveis relativamente aos aspectos de locomoção, comunicação, convivência, inclusive no aspecto laboral.

6 O artigo 5º da Lei de Biossegurança

Diante do quanto já exposto, a inclusão das pessoas com deficiência na comunidade pode ser facilitada por meio dos benefícios obtidos com pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias. À vista da legislação atual sobre as pessoas com deficiência, infere-se que são credoras de medidas concretas do Estado, vale dizer, de verdadeiras políticas públicas voltadas à melhoria de suas vidas e à inclusão social. O que não pode o Estado fazer, portanto, é obstaculizar as pesquisas e terapias, utilizando-se de argumentos obscurantistas, religiosos ou contrários à ciência em si. Tal postura, de quaisquer entes políticos, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, a Lei de Biossegurança não estabelece limites para fins de pesquisa e terapia na utilização de células-tronco adultas. Mas, impõe limites para a utilização de células-tronco embrionárias, pois seu artigo 5º tem a seguinte dicção:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por

fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

[...]

Nesse ponto, é preciso esclarecer o significado da expressão “embriões inviáveis”, pois a lei não a define. Numa primeira abordagem, deve-se excluir a possibilidade de se tratar de embriões mortos, porquanto não teriam utilidade para pesquisas (Lima, s.d.). Além disso, outro problema consiste em como se identificar se o embrião é inviável ou não, havendo estudos sérios propondo critérios objetivos para tal definição (Donadio *et al*, 2005).

Sejam quais forem tais critérios, a opção do legislador merece crítica, porquanto não prestigia uma opção ideológica voltada a gerar estudos e práticas que podem implicar concreta melhoria na vida de pessoas vulneráveis. A limitação do estudo e da terapia com células-tronco embrionárias a *embriões inviáveis* exclui toda uma gama de possibilidades terapêuticas, ocasionando inegável prejuízo aos doentes e às pessoas com deficiência.

Outra possibilidade de estudos e terapia baseados com células-tronco está tipificada no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Trata-se de embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. Novamente aqui a opção legislativa está sujeita a censura, antes de tudo por limitar no tempo e pela finalidade, com base em critérios arbitrários, a possibilidade de estudos e terapias com células-tronco.

Seja como for, a lei não se refere expressamente às células-tronco não embrionárias, ou seja, adultas, de modo que há liberdade no desenvolvimento de estudos e terapias nesse campo. O problema é que as células-tronco adultas não propiciam as amplas possibilidades terapêuticas das células-tronco embrionárias, as quais podem produzir qualquer tecido humano.

Tais obstáculos impostos ao desenvolvimento científico, teoricamente capaz de ocasionar resultados concretos em favor de milhões de pessoas vulneráveis, devem ser objeto de questionamento, não apenas diante do fato de o legislador constituinte prestigiar a ciência, mas também diante da força representada pela internalização da Convenção de Nova Iorque.

De todo modo, há na doutrina vozes, como a de Edson Tetsuzo Namba (2009, p. 89-92), que sustentam a não taxatividade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o que possibilita, no futuro, a experiência com a clonagem de embriões para a cura de moléstias hoje insanáveis.

7 Do direito à vida e instrumentalização

Já foi dito que a utilização da terapia por transferência nuclear, que implica a experimentação em torno de células-tronco embrionárias, acabará por ocasionar o descarte de embriões, após a retirada das células-tronco. E é por conta desse

aspecto que muitas objeções ao procedimento são apresentadas, notadamente por doutrinas religiosas que enxergam já no embrião uma criatura humana com vida. Essa, porém, não parece ser a melhor interpretação.

Discordamos de Maria Helena Diniz (2017, p. 153), para quem a regra do artigo 5º da Lei de Biossegurança seria inconstitucional por violar as normas contidas nos artigos 1º, III, 5º, *caput*, e inciso X, do Texto Supremo.

Como bem explica Maria de Fátima Freire de Sá (2021, p. 222), sustenta-se que a clonagem terapêutica significa a *instrumentalização* do embrião humano, na esteira das tradicionais lições de Kant (2007, p. 69), segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, nunca como um meio.

A despeito da proteção aos direitos do nascituro¹⁴, o embrião não pode ser equiparado a uma pessoa ou a um nascituro, por conter apenas a *potencialidade da vida*, na medida em que depende, para tanto, de sua introdução no útero de uma mulher. Nascituro é o nome dado ao ser humano já concebido, que se encontra em estado fetal dentro do ventre materno (Silva; Alonso, 2013, p. 207)¹⁵.

A Constituição Federal de 1988, com efeito e sabiamente, não disciplina o momento em que surge a vida do ser humano, nem quando surge sua personalidade jurídica. As várias teorias sobre o começo da vida, longamente discutidas na doutrina – teorias da concepção, da nidação, da formação cerebral – não resolvem o problema ético que exsurge com o descarte de embriões. O que não se pode aceitar, insista-se, é considerar o embrião já como um nascituro titular de direitos públicos subjetivos.

Também discordamos da “ética da não pesquisa”, proposta por Jacques Testart, um crítico da ciência, segundo o qual a permissividade quanto às pesquisas científicas pode levar à triagem de embriões e à eugenia, situações vistas como um *ameaça extraordinária* (Kahn; Papillon, 1998, p. 185).

O problema do conhecimento e dos caminhos da ciência é antigo – e, como bem lembrado por Maria Garcia (2004, p. 34), encontra ecos na cultura judaico-cristã (Genesis, 3;3, 6) e grega (Prometeu roubando o fogo de Zeus) –, cabendo na modernidade de hoje uma releitura desse mesmo problema, inserindo-o também no campo da filosofia.

Afinal, é justo negar aos vulneráveis necessitados a simples possibilidade de pesquisa voltada a um tratamento mais efetivo de suas doenças e impedimentos? Qual a legitimidade do legislador em vedar o progresso de uma ciência que, em última análise, coloca-se a favor dos mais fracos? Obstaculizar o auxílio a doentes e pessoas com deficiência não seria uma forma obtusa de colaborar por um tipo de Darwinismo social, em que se assiste passivamente ao triunfo dos mais adaptados? Se a própria lei não permite a pesquisa com células-tronco de embriões, torna-se uma “incoerência sistemática” tratar a clonagem terapêutica como instrumentalização do ser humano, segundo Sá (2017, p. 10-12).

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, julgou o pedido improcedente e considerou constitucional a regra contida no artigo 5º da Lei de Biossegurança, afastando a

¹⁴ Artigo 2º do Código Civil: “Art. 2º-A A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹⁵ Para uma análise das teorias sobre quando surge a personalidade jurídica do nascituro (natalista, concepcionista e da personalidade condicional), ver Nascimento, 2020.

alegação de que a norma gera um atentado à inviolabilidade do direito à vida assegurado no artigo 5º da Constituição da República.

Contudo, é preciso avançar e promover um novo debate sobre a questão, porquanto, ainda que não padeça de inconstitucionalidade, os limites impostos no artigo 5º da Lei de Biossegurança são muito severos e não atendem à necessidade de se propiciar a doentes e, sobretudo, às pessoas com deficiência, uma proteção adequada apta a lhes permitir uma efetiva oportunidade de inclusão social.

O acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, de relatoria do ministro Ayres Britto, não levou em consideração os direitos das pessoas com deficiência, exatamente porque o julgamento é anterior à Convenção de Nova Iorque e, também, à atual Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A leitura do ordenamento jurídico em sua dimensão sistemática realmente leva à conclusão de que o descarte de um embrião não implica um atentado à vida humana. Logo, não pode sujeitar o cientista, que leva a efeito pesquisas com células-tronco e promove a clonagem terapêutica, à pena de homicídio cominada no artigo 121 do Código Penal.

A ausência da prática de crime também pode ser sustentada com base nas regras de exclusão da antijuridicidade contidas no artigo 128 do Código Penal, que excepcionam da prática do delito de aborto, quando realizado para preservar a vida da mãe e o resultado de estupro.

Não se pode, ao final de contas, considerar um embrião localizado fora do ventre materno uma pessoa humana, mas uma potencialidade de vida humana, cujo desenvolvimento depende da colocação no corpo de uma mulher.

Assim, se se pode falar em *sacrifício solidário* do embrião, após a retirada das células-tronco, não se está cogitando do sacrifício de uma vida humana, mas de uma forma incipiente de vida que não pode ser simplesmente equiparada ao homem para fins de proteção jurídica.

8 Relatividade (da inviolabilidade) do direito à vida

A inevitável eliminação de embriões, na prática da clonagem terapêutica com células-tronco embrionárias, não implica violação à Constituição Federal de 1988.

De fato, há inúmeros argumentos que podem ser levantados para se proibir a clonagem reprodutiva, a saber: a dignidade humana, o direito de ser único (individualidade genética), o direito da diversidade genética da própria humanidade, o direito de nascer de uma reprodução sexual etc.

Apesar de assegurada a inviolabilidade do direito à vida, no *caput* do artigo 5º do Texto Magno, o próprio direito positivo, na realidade dinâmica do ordenamento jurídico, permite temperamentos na medida em que nenhum direito é absoluto – nem mesmo o direito à vida –, devendo ser trabalhado à luz de outros direitos fundamentais constitucionais.

Em várias oportunidades, forçoso é reconhecer, o Direito brasileiro permite ofensas à vida humana. Existem permissões que geram ofensa à vida humana, desde a fabricação de armas de fogo com o propósito de ataque à vida e à saúde

do próximo, até a permissão à prática de atividades perigosas, incluindo as esportivas (automobilismo, lutas de todo tipo etc.).

Vem à memória, quando se pensa em tais variantes, inclusive as permissões legais à venda de bens perigosos, como inflamáveis, carros velozes, armas brancas e toda sorte de produtos que, quando mal-usados, colocam em risco a vida humana.

Pode-se acrescentar que o risco é algo inerente a qualquer sociedade. Em outros casos, a lei permite expressamente a eliminação da vida humana, a despeito de sua sacralidade enxergada no sentido lato, ou seja, enquanto portadora de um valor inestimável.

O artigo 128 do Código Penal permite o abortamento de fetos, no caso de estupro ou para salvar a vida da gestante. A pena de morte (por fuzilamento) é permitida, quando houver guerra declarada, na forma do artigo 5º, XXX e artigos 355 e seguintes do Código Penal Militar. A tentativa de suicídio não é criminalizada no Brasil.

Sendo assim, o raciocínio comparativo mostra-se pertinente. Se tais situações não violam o direito à vida nos termos do próprio ordenamento jurídico, poder-se-ia imputar tal violação à clonagem terapêutica? Entendemos que não. Reversamente a tais permissões acima referidas, a clonagem por transferência nuclear significa um prestígio à vida, mas à vida daquele que vive um *sofrimento*; daquele que é vulnerável e necessita do amparo do Estado e da sociedade. Nesse diapasão, questiona-se a racionalidade de o Legislador limitar as pesquisas que certamente possuem o potencial de salvar milhões de vidas ou lhes permitir mecanismo de inclusão na sociedade.

Argumentos religiosos, dogmáticos, fundamentalistas – no sentido de que caberia somente ao Deus cristão a criação e a manipulação da vida – acabam por se voltar contra as pessoas que são as mais necessitadas de algum conforto espiritual, por padecerem de doenças ou deficiências.

Daí que é de ser refutado o argumento de que, na clonagem terapêutica, estar-se-ia *instrumentalizando* a vida dos embriões em favor de outrem. A prevalecerem os argumentos obscurantistas, continuará havendo, isso sim, instrumentalização dos que já sofrem, em favor da apregoada dignidade de embriões, que carregam a possibilidade de vida mas não se subsomem à definição de nascituro.

Mas na ponderação entre valores – pessoas que já existem e experimentam grande sofrimento *versus* interesses do embrião – sustentamos a opção pelos serem sensíveis, reais, que já compartilham a realidade dos demais. A escolha preconizada, assim, é em favor dos que já são titulares de direito, por serem pessoas, interpretação que atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, consoante delineado no artigo 1º, III, do Texto Magno.

Já caminhando ao final desse trabalho, resta abordar o princípio da solidariedade.

9 Solidariedade e progressividade na proteção às pessoas com deficiência

O princípio da *solidariedade* informa não apenas a seguridade social, mas todo o ordenamento jurídico nacional, à luz da norma principiológica contida no artigo 3º, I, da Constituição Federal, segundo a qual constitui objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Augusto Venturi (1994, p. 23), a *solidariedade* expressa a *força ética* em que se baseia a intervenção individual, social e coletiva aos que se encontram em cenário de necessidade. Essa intervenção requer, portanto, ação. Não há solidariedade que prescindia de ações afirmativas, positivas, em favor dos necessitados.

Solidariedade, assim, envolve tomada de medidas concretas para corrigir desvantagens vividas por vulneráveis.

Ora, as pesquisas com células-tronco embrionárias e, portanto, a terapia por transferência nuclear (clonagem terapêutica) têm o potencial de gerar significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência. A simples possibilidade de as pesquisas com células-tronco embrionárias lhes proporcionar a esperança de uma vida mais digna, já serve de alerta para a necessidade de a sociedade novamente debater o problema, conquanto já levado a julgamento na Corte Supremo na ADI 3.510.

O artigo 3º, IV, do Texto Supremo revela que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é assegurar o *bem de todos*, cabendo ao legislador dar aplicação à regra no sentido de integrar os vulneráveis aos benefícios da sociedade atual, dotada de riquezas e possibilidades de bem-estar a serem compartilhados por todos.

Assim, a questão da terapia por transferência nuclear faz com que análise do jurista extravase o ponto de vista do *direito à saúde*, o qual, aliás, é direito de todos. Claro que os doentes fazem jus aos tratamentos disponíveis no Sistema Único de Saúde, na forma da Lei nº 8.080/1990, mas quando se trata das pessoas com deficiência, urge avançar no sentido de lhes aumentar o espectro de possibilidades de inclusão na sociedade.

Um aspecto importante ainda a ser salientado neste trabalho é a necessária *progressividade* na proteção constitucional da pessoa com deficiência. Isso porque o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 2º, item 1, assim estabeleceu:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

10 Clonagem e norma penal incriminadora

No Brasil, a criminalização da clonagem é um dos raros casos em que o Direito Penal antecedeu ao próprio fato, contradizendo o antigo brocardo latino “ex facto oritur jus” (do fato nasce o direito).

A Lei de Biossegurança, após definir, no artigo 3º, as clonagens terapêutica e reprodutiva, assim tipifica o delito no seu artigo 26: “Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Uma vertente da doutrina, tal como a de Humberto Souza Santos (2020, p. 234), entende que, se Lei de Biossegurança autorizou expressamente no artigo 5º a realização da clonagem terapêutica, o tipo penal contido no artigo 26 é dirigido à prática da clonagem reprodutiva apenas.

Contudo, a lei não faz distinção, o que pode levar o intérprete a também considerar como delito a prática da clonagem terapêutica. Nesse caso, só se concebe a punição se ela ocorrer, à evidência, fora dos limites do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Entendemos, também quanto a esse tópico, que a problemática está a merecer novos debates e novas leituras, ante o advento da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, pelas razões já apontadas acima.

Levando tudo em conta, sustentamos que a criminalização da clonagem terapêutica mostra-se incompatível com a Constituição Federal, não apenas por se mostrar em contraste com o direito à saúde, trazido no artigo 196 da Constituição Federal, mas também em face das regras e princípios introduzidos pela Convenção de Nova Iorque, que assegura os direitos das pessoas com deficiência em face do Estado.

Não deve, esse mesmo Estado, por meio de todos os seus entes federados, operar contra a esperança das pessoas vulneráveis, sejam doentes ou pessoas com deficiência. Nesse diapasão, a regra contida no artigo 26 da Lei de Biossegurança merece, no tocante àquele que realiza clonagem terapêutica dentro dos parâmetros éticos de responsabilidade e com finalidade exclusivamente de cura e inclusão social de pessoas com deficiência, uma nova interpretação.

11 Conclusões

Recapitulando o quanto já exposto, este trabalho recomenda um giro hermenêutico em torno do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que limita a realização de pesquisas e terapias pela utilização de células-tronco. Tal giro se mostra imprescindível a fim de propiciar aos que sofrem de doenças graves (cardiopatias, diabetes, cegueira, demência etc.), um incremento nas chances não apenas de obtenção de cura ou de amenização dos efeitos da doença.

Para além do *direito constitucional à saúde*, assegurado no artigo 196 do Texto Supremo, mostra-se imperioso analisar a questão sob a ótica da *inclusão social*, consoante preconizado em *princípio* hospedado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo

Facultativo, que no Brasil ocupa posição hierárquica equivalente a uma emenda constitucional.

A Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), consagra direitos, dentre eles o da inclusão social das pessoas com deficiência, em compasso com a Convenção acima referida.

A utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia, voltada a auxiliar a inclusão social de pessoas com deficiência, não significa instrumentalizar o homem em favor de outrem, na medida em que os embriões não são considerados pessoa ou nascituro, embora não sejam tratados puramente como coisas.

Este trabalho sustenta a necessidade de novas interpretações sobre o artigo 5º da Lei de Biossegurança, que disciplina os limites da pesquisa com *células tronco embrionárias*, tema já objeto de acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.510, que assentou sua constitucionalidade.

Conclui, em derradeiro, pela necessidade de se empregar uma nova interpretação do artigo 26 da Lei de Biossegurança, preconizando a atipicidade da conduta de realizar a clonagem terapêutica, dentro dos parâmetros éticos de responsabilidade e com finalidade exclusivamente de melhorar a condição de saúde e de promover a inclusão social de pessoas com deficiência, limitando-se a tipicidade da conduta àquele que pratica ação voltada à clonagem reprodutiva.

Longe de depositar as esperanças da humanidade numa ciência neutra e iluminista, supostamente sem implicações éticas, à *clonagem terapêutica* não se pode imputar tradicionais objeções de cautela, apontadas por estudiosos da bioética à manipulação genética, dada a possibilidade de criar novos tipos de seres humanos a partir de modificações genéticas (eugenia) (Cortina; Martínez, 2005, p. 162).

Reversamente, a *clonagem terapêutica* pode voltar-se à melhora substancial da qualidade de vida e, portanto, à inclusão social dos que sofrem de problemas de saúde, dos que existem e vivem em condições adversas. Tais possibilidades vão ao encontro dos princípios da *solidariedade* e da *progressividade* dos direitos das pessoas com deficiência. Sem falar que a clonagem terapêutica, nos limites ora traçados, atende a uma justa abordagem de *custo-benefício* e preserva o valor inestimável na busca do desenvolvimento da ciência e do conhecimento humano, consoante as lições de Ronaldo Dworkin já referidas.

Referências

ALMEIDA, Marcos de. Clonagem: usurpação de Deus ou exercício da capacidade que ele nos conferiu? *Saúde, ética e justiça*, São Paulo, v. 8, n. 1/2, p. 7-12, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Brasília: Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas considerações. *Revista dos Tribunais*, v. 962, dez. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.05.PDF. Acesso em: 16 fev. 2021.

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência) e sua efetividade. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/298/280>. Acesso em: 16 fev. 2021.

BELL, Dean. Human cloning and international human rights Law. *The Sidney Law Review*, Sidney, v. 21, n. 2, p. 202-230, jun. 1999.

BELL, Janis. *Stem cells and naturopathy*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/14775449/stem-cell-therapy-in-naturopathy>. Acesso em: 15 nov. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. Brasília, 28 maio 2010.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Lei de Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. *Ética*. Trad. Silvana CABucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

CLONAGEM terapêutica: primeiro passo para a medicina preditiva. *Globo Ciência*, 04 jun. 2011. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/06/clonagem-terapeutica-primeiro-passo-para-medicina-preditiva.html>. Acesso em: 11 nov. 2021.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. Trad. Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Considerações sobre a seguridade social da pessoa portadora de deficiência física. *Revista de Previdência Social*, v. 25, n. 250, p. 636–639, set. 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO, Nilson; CELESTINO, Carlos Oliveira; AOKI, Tsutomu. Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisas de células-tronco. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia* v. 27, n. 11, nov. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgo/a/zJHJbpy4jLrd7cSQpTssJvt/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Brincar de Deus: genes, clones e sorte. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O que é sagrado? Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdade individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FACHINI, Enzo Vasquez Casavola; SMITH, Henry Bryan. *A clonagem humana e os fundamentos da sua vedação na ordem jurídica brasileira*. Disponível em: <https://henrysmith.jusbrasil.com.br/artigos/243069169/a-clonagem-humana-e-os-fundamentos-de-sua-vedacao-na-ordem-juridica-brasileira>. Acesso em: 01 out. 2021.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONZÁLEZ, Juliana. *El Ethos, destino del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

KAHN, Axel; PAPILLON, Fabrice. *Copies conformes. Le clonage en question*. S/C. NiL Éditions, 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELCH, Rita. *Direitos da personalidade e clonagem humana*. São Paulo: Método, 2009.

LEME, Renata Salgado; SANTOS, Márcia Fuchs dos. Clonagem terapêutica: direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade humana. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 1, 2019.

LIMA, Hugo Camargos. Embrião (in)viável? Disponível em: <http://arquivos.integrawebsites.com.br/71771/3e7f6e9ddfd949f75b32764e7cb98f18.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

MARTINS, Leonardo (Coord.). *Bioética à luz da liberdade científica*. Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa portadora de deficiência e o ministério público. In: FIGUEIREDO, Guilherme José (Coord.). *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

NAMBA, Edson Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Larissa. O status do nascituro perante o ordenamento jurídico brasileiro e sua proteção constitucional por meio dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 118, p. 207-226, fev. 2020.

NERY, Pedro Fernando. Com o envelhecimento da população, é preciso pensar em formas de financiar o SUS. *Estadão*, 28 set. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/com-o-envelhecimento-da-populacao-e-preciso-pensar-em-formas-de-financiar-o-sus,70003852761>. Acesso em: 28 set. 2021.

RASKO, John; POWER, Carl. *Flesh made new: the unnatural history and broken promise of stem cells*. ABC Books, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Escassez de órgãos e clonagem terapêutica: uma conexão possível? *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 03, p. 01-13, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 5. ed. rev. atual. e amp. Indaiatuba/SP: Foco, 2021.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, n. 31 (5), out. 1997. Disponível em: www.scielo.br/j/rsp/a/ztHNk9hRH3TJhh5fMgDfCFj/?lang=pt. Acesso em: 10 nov. 2021.

SILVA, João Felipe; ALONSO, Ricardo Pinha. O Estatuto do Nascituro – avanço ou retrocesso na proteção aos direitos humanos? In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando (Orgs.). *Estudos contemporâneos de bioética e biodireito*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p. 205-228.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder. *Direito penal genético e a lei da biossegurança: Lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Trad. Gregorio Tudela Cambroner. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994.

ZATZ, Mariana. Clonagem e células-tronco. *Ética e ciências da vida*. Estud. av. 18 (51), ago. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/sDtmSJfCv3cYLjcDg94NW4n/?lang=pt>. Acesso em: 28 set. 2021.

Contratação temporária de pessoal pela Administração Pública: incompatibilidade das teses jurídicas fixadas nos temas 916 e 551 do Supremo Tribunal Federal e a divergência nos Tribunais

Temporary hiring of staff by the Public Administration: incompatibility of the legal theses established in themes 916 and 551 of the Federal Supreme Court and the divergence in the Courts

Data de submissão: 20 maio 2024.

Data de aprovação: 26 jun. 2024.

Marc Philippe de Abreu Arciniegas

Mestrando em Direito com ênfase em Processo pelo Centro Universitário Unichristus (Ceará). Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Ceará.

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6536574657939461>

Andre Studart Leitão

Pós-doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e pela Universidade de Fortaleza. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor no programa de pós-graduação *stricto sensu* do Centro Universitário Unichristus (Ceará). Procurador Federal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8110407668631447>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>

RESUMO: Com o escopo de prestar serviços públicos de qualidade e eficazes, o Poder Público necessita realizar concurso público a fim de compor seu quadro de servidores efetivos. Entretanto, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a Constituição admite a contratação temporária de pessoas minimamente capacitadas, submetidas a processos seletivos simplificados, observadas determinadas formalidades e respeito aos princípios que regem a Administração Pública. A análise dessa questão será objeto deste trabalho, especialmente no que tange à divergência jurisprudencial e interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca dos parâmetros de legalidade, das hipóteses de nulidade, bem como dos direitos decorrentes dessas contratações excepcionais, consoante previsto nos temas 916 e 551.

PALAVRAS-CHAVE: contratação temporária; nulidade; efeitos da contratação; direitos residuais.

ABSTRACT: In order to provide quality and effective public services, the government needs to hold public tenders in order to make up its permanent staff. However, in order to meet the temporary need of exceptional public interest, the Constitution admits the temporary hiring of minimally qualified people, subject to simplified selection processes, observing certain formalities and respecting the principles that govern the Public Administration. The analysis of this issue will be the subject of this work, especially with regard to the divergence of case law and the interpretation of the Federal Supreme Court on the parameters of legality, the hypotheses of nullity, as well as the rights arising from these exceptional hirings, as provided for in themes 916 and 551.

KEYWORDS: temporary hiring; nullity; effects of hiring; residual rights.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As contratações de pessoal na Administração Pública e a interpretação do Supremo Tribunal Federal. 3 Divergência da interpretação jurisprudencial nos Tribunais. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O Poder Público, assim como qualquer empresa privada, necessita de material humano para realizar suas atividades, tanto as de meio, quanto as finalísticas. No caso da Administração Pública, ela visa exercer as competências definidas na Constituição Federal e legislação local no intuito de prestar serviços públicos de qualidade e eficientes aos administrados.

Para tanto, as pessoas jurídicas de direito público devem, em regra, realizar concurso público para compor seu quadro de servidores efetivos¹, com a ressalva de nomear livremente pessoas qualificadas para ocupar cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento; e, excepcionalmente – visando atender necessidades temporárias da Administração – contratar, mediante processo seletivo simplificado, colaboradores interessados e capacitados para atender à necessidade transitória por períodos que evidenciem a provisoriedade da situação fática.

Esta última hipótese encontra amparo constitucional no artigo 37, inciso IX², que remete ao legislador ordinário a definição de tais hipóteses excepcionais e temporárias, quando autoriza que a lei estabeleça os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Assim, consideradas a eficácia limitada do dispositivo e a autonomia federativa, a norma constitucional remete a cada ente o poder de legislar sobre os casos de contratação por prazo determinado, inclusive observando as suas necessidades locais (Carvalho Filho, 2009, p. 574; Di Pietro, 2009, p. 513).

No âmbito da Administração Federal direta e indireta, o Congresso Nacional decretou a Lei nº 8.743, de 9 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, elenca as hipóteses que entende existir necessidade temporária de excepcional interesse público e respectivos prazos máximos, dando especial atenção à contratação de professores substitutos e visitantes, e revela preocupação, também, com contratações para atender necessidades decorrentes de calamidade pública, emergência ambiental e emergências em saúde pública, como ocorreu durante a pandemia de Covid-19. Não há dúvidas, portanto, da importância desta forma excepcional de contratação de pessoal no âmbito público utilizada em situações e períodos de anormalidade.

Contudo, esse mecanismo tem sido utilizado com bastante frequência pelos entes públicos, sobretudo em municípios de pequeno porte – mas não restrito a eles – em todo o território nacional, e acabam, por assim dizer, tratando a exceção como regra, uma vez que, para a Administração Pública,

¹ CF/88: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]"

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

² CF/88: "Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

parece não existir limites às possibilidades de contratação por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, causando prejuízos sociais inconcebíveis.

Para combater tais práticas e após inúmeras provocações, o Poder Judiciário, por meio do intérprete último do texto constitucional, fixou teses jurídicas que tocam à problemática decorrente da má utilização dessa possibilidade excepcional de contratação, tais como aquelas fixadas nos Temas 308³, 551⁴, 612⁵ e 916⁶, todos do Supremo Tribunal Federal (STF) – quantidade que evidencia a preocupação que a matéria causa na Corte Constitucional.

Ocorre que, mesmo após elucidação das controvérsias nos precedentes vinculantes sobreditos, juízes e órgãos fracionários de todo o país vêm – ao que parece equivocadamente – interpretando a tese jurídica fixada no Tema 551 como uma evolução jurisprudencial da tese que decorre do Tema 916, conferindo mais direitos que aqueles admitidos na interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como desconsiderando as situações fáticas que deram origem aos julgados⁷.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, a exemplo do RE nº 1.410.677/MG, vem realizando o que chama de “interpretação conjugada das teses fixadas nos Temas 551 e 916” para reconhecer a contratados temporários de forma irregular direito a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas de um terço, além do levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nesse caso último, importante deixar claro que a condenação não é para levantar tais valores, mas sim depositá-los, uma vez que os entes contratantes não o fazem por entender indevida verba fundiária em tais contratações.

³ Tese firmada no Tema 308 do STF: “A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS”.

⁴ Tese firmada no Tema 551 do STF: “Servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações”.

⁵ Tese firmada no Tema 612 do STF: “Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração”.

⁶ Tese firmada no Tema 916 do STF: “A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS”.

⁷ A título de exemplo os seguintes acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará: Agravo Interno Cível - 0050232-40.2021.8.06.0130, Rel. Desembargador(a) TEODORO SILVA SANTOS, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 27/03/2023, data da publicação: 27/03/2023; Apelação / Remessa Necessária - 0050904-27.2021.8.06.0040, Rel. Desembargador(a) FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 22/05/2023, data da publicação: 23/05/2023.

Assim, o presente trabalho tem como objeto de pesquisa a análise das contratações temporárias de pessoal pela Administração Pública, precisamente a jurisprudência constitucional acerca do tema, e visa concatenar a moldura fática dos casos concretos com as respectivas teses jurídicas, a fim de trazer embasamento para aplicação dos temas de maneira apropriada, evitando a entrega aos jurisdicionados direitos sociais que a interpretação constitucional não alberga.

Posto isso, é possível sustentar o desalinho das teses jurídicas fixadas nos Temas nº 551 e 916 do STF, que não poderão, em hipótese alguma, ser aplicados na mesma situação fática por incompatibilidade de regimes jurídicos, cabendo aos Tribunais, através de mecanismos existentes na legislação instrumental, afastar tais divergências e uniformizar a compreensão da temática.

2 As contratações de pessoal pela Administração Pública e a interpretação do Supremo Tribunal Federal

Como sabido, a Administração Pública precisa de pessoas investidas em funções públicas e bens que integrem a coisa pública para viabilizar a entrega à sociedade dos mais variados serviços previstos no ordenamento jurídico. Para tanto, as pessoas jurídicas de direito público devem realizar concursos públicos de provas ou de provas e títulos visando atender aos princípios da impessoalidade (objetivação da escolha), da isonomia (iguais chances de acesso a todos os interessados) e da eficiência (seleção dos melhores candidatos).

A Administração Pública passa a se vincular ao texto constitucional através da observância dos princípios previstos em seu artigo 37, bem como aqueles dispersos na legislação vigente, e, por força do princípio da estrita legalidade, só lhe é permitida convocação de pessoas que sejam submetidas a escrutínio na forma prevista em lei, ressalvadas as hipóteses de nomeação de cargos em comissão ou funções de confiança⁸ – os primeiros a serem preenchidos por qualquer pessoa ou servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento; e as últimas exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, nos termos do artigo 37, inciso V, da Constituição.

Contudo, essas formas de acesso aos quadros do serviço público podem não ser suficientes à eficiente prestação dos serviços públicos – um dos princípios norteadores do Direito Administrativo – não se podendo negar, também, a existência de situações excepcionais que justifiquem a necessidade temporária de força de trabalho durante esses períodos de anormalidade⁹ a fim de manter a engrenagem administrativa funcionando.

⁸ As funções de confiança e os cargos em comissão guardam similitudes, pois ambas são criadas por lei e são reservadas para atribuições de direção, chefia e assessoramento em caráter transitório, mas não se confundem entre si. Aquelas são exclusivas de servidores públicos de carreira ocupantes de cargo efetivo e que se submeteram a concurso público para ingressar no serviço público, enquanto estes são de livre nomeação de pessoas de confiança da autoridade competente para preenche-los que não integram os quadros da Administração.

⁹ A título de exemplo recente podemos relembrar a pandemia de Covid-19 que assolou praticamente todo o planeta e afetou praticamente todos os serviços públicos e privados, exigindo uma atenção especial

Trata-se aqui do princípio da continuidade do serviço público¹⁰, cuja origem se deu na França a partir da sistematização feita por Louis Rolland de premissas obrigatórias para os serviços públicos conhecidas como “Leis de Rolland”, e, segundo Gilles J. Guglielmi (*apud* Di Pietro, 2015, p. 346-347), este princípio possui *status* constitucional:

O princípio da continuidade dos serviços públicos é a versão administrativa do princípio da continuidade do Estado. Para a teoria do serviço público que não considerava o Estado senão como um feixe de serviços públicos, o valor deste princípio é fundamental. Hoje, o princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio com valor constitucional. O Conselho de Estado igualmente sublinhou sua importância qualificando-o como “princípio fundamental, o que significa, certamente, que se trata de um princípio geral do direito”.

Para tanto, a Constituição Federal, no inciso IX de seu artigo 37, permitiu que o legislador ordinário estabelecesse as hipóteses de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Assim, servidores efetivos e comissionados (estatutários ou celetistas), bem como os cargos temporários¹¹ (regime especial), são espécies de servidor público, que abrange todos aqueles que desempenham funções públicas de forma remunerada e não eventual¹², sendo o vínculo, daqueles últimos, caracterizado pela necessidade provisória da Administração visando atender o interesse público através de contratações excepcionálíssimas.

Isso não pode levar o administrador a entender pela possibilidade de livre contratação de agentes temporários, desacompanhada de critérios avaliativos mínimos, pois, ainda que excepcione a regra do concurso público, a contratação deve respeitar os princípios do Direito Administrativo com realização prévia de

nas contratações pertinentes a serviços essenciais que lidam com saúde pública. Para tanto, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente da pandemia.

¹⁰ “O princípio da continuidade do serviço público, como é de se depreender, significa que os serviços públicos não devem ser interrompidos, dada a sua natureza e relevância, pois são atividades materiais escolhidas e qualificadas pelo legislador como tais em dado momento histórico, em razão das necessidades de determinada coletividade. Como a qualificação, por lei, de determinadas atividades como serviços públicos tem o condão de retirá-las do domínio econômico por afigurarem-se imprescindíveis à coletividade – motivo pelo qual sua titularidade passar a ser do Estado e consequentemente o seu regime jurídico norteador, regime de direito público – devem as mesmas ser contínuas, consistindo tal dever em um dos princípios jurídicos próprios desse regime, qual seja o princípio da continuidade”. (Harb, 2021)

¹¹ A rigor, não existe uma categoria denominada “cargo temporário”, sendo mais adequado o “contratado por tempo determinado”, sobre o que a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, dispõe: “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal”. O termo “temporário”, largamente utilizado pelos operadores do Direito, no entanto, ainda que não seja o termo mais preciso para este vínculo, foi o mais difundido e é frequentemente visto na doutrina e jurisprudência.

¹² “Os servidores públicos representam a grande maioria dos agentes públicos. São aqueles que possuem vínculos profissionais variados com o Estado e desempenham a função pública de forma remunerada e não eventual. São espécies de servidores públicos: estatutários, celetistas (empregados públicos) e temporários”. (Oliveira, 2021, p. 673)

processo seletivo simplificado¹³, exigência da Lei nº 8.745/1993¹⁴, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal.

Ocorre que muitos gestores públicos enxergaram essa necessidade como uma oportunidade para manipular, utilizando-a como um mecanismo de livre contratação, o que se tornou “moeda de troca”, inclusive para angariar eleitores, apoiadores e correligionários. Além dessa distorção, evidencia-se também o desrespeito ao princípio da valorização do trabalho, pois muitos desses colaboradores temporários são dispensados imotivadamente – assim como foram contratados.

Nesse panorama, o STF recebeu um grande volume de processos proveniente das cortes inferiores que discutiam as hipóteses em que as contratações temporárias seriam consideradas nulas, estabelecendo parâmetros de legalidade, bem como os direitos decorrentes dessas relações jurídicas excepcionais.

Restou pacificado e decidido, em sede de repercussão geral (Tema 612¹⁵), que somente seria válida a contratação temporária envolvendo:

[...] a) casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

Estes parâmetros, apesar de vincularem as possibilidades de contratação temporária, não foram suficientes a encerrar os problemas decorrentes dessas relações. De certo, servem como um divisor de águas para distinguir entre a contratação lícita e aquela eivada de nulidade, entretanto, existem, para cada uma dessas situações, consequências específicas – e aqui nasce a divergência interpretativa objeto deste estudo.

Para os casos de contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do artigo 37, IX (Tema 916¹⁶), o STF entendeu que essa relação:

[...] não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do artigo 19-A da Lei nº 8.036/1990, ao

¹³ Os critérios mínimos exigidos em processo seletivo simplificado guardam relação com os princípios da publicidade, isonomia, impessoalidade e eficiência, daí a necessidade de edital público prevendo atribuição dos cargos, período de inscrições e prazo para interposição de recursos, critérios objetivos de avaliação e pontuação previamente definida, publicação do resultado respeitada a ordem de classificação dos candidatos e eventual contratação dos aprovados.

¹⁴ Lei nº 8.745/1993: “Art. 3º. O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público”.

¹⁵ Tema 612 do STF: “Constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária servidores públicos”. (*Leading Case*: RE 658026)

¹⁶ Tema 916 do STF: “Efeitos jurídicos do contrato temporário firmado em desconformidade com o art. 37, IX, da Constituição Federal”. (*Leading Case*: RE 765320)

levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Esse entendimento (Tema 916), que trata dos efeitos jurídicos do contrato temporário firmado em desconformidade com o artigo 37, IX, da Constituição Federal/1988, transitou em julgado em 17/10/2017, e está em harmonia com a tese jurídica fixada no julgamento do RE nº 705.140 (Tema 308¹⁷), que transitou em julgado em 24/11/2014, e com a Súmula 363¹⁸ do TST, que conferem ao servidor temporário – aqui equiparado ao trabalhador regido pela CLT – o recolhimento da verba fundiária e saldo de salário – se houver – a fim de evitar o locupletamento indevido da Administração Pública.

Desde então, os órgãos jurisdicionais vêm aplicando, aos rompimentos de contratações temporárias, a tese trabalhista enunciada na Súmula 363, sobretudo pelo fato de que, em grande parte dos casos judicializados, não há sequer norma prevendo as hipóteses de contratação temporária, e, em havendo, elas não observam os demais parâmetros fixados pelo STF no Tema 612.

A questão parecia pacificada até que a Corte Constitucional foi novamente provocada, e, após reconhecer repercussão geral (Tema 551¹⁹), própria do procedimento dos recursos extraordinários repetitivos, afetou temática que guarda relação com a “extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público”. Importante notar que este novo precedente trata de contratações que nascem regulares, mas que transpassam à irregularidade por desvirtuamento da contratação – situação distinta daquela que versa sobre contratos nulos em sua origem²⁰.

Para estes casos específicos, o STF adotou a seguinte tese jurídica, cujo trânsito em julgado ocorreu em 21/10/2020:

[...] servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

Ou seja, só seriam devidos direitos sociais (férias anuais remuneradas e décimo terceiro salário) aos servidores temporários caso houvesse previsão

¹⁷ Tema 308 do STF: “Efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública de empregado não submetido à prévia aprovação em concurso público”. (*Leading Case*: RE 705140)

¹⁸ “Súmula 363 do TST: “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

¹⁹ Tema 551 do STF: “Extensão de direitos dos servidores públicos efetivos aos servidores e empregados públicos contratados para atender necessidade temporária e excepcional do setor público”. (*Leading Case*: RE 1066677)

²⁰ Aqui se faz importante diferenciar a contratação regular que transpassa a irregularidade em razão de sucessivas renovações, daquela que já nasce nula por não atender aos critérios dispostos na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Na contratação temporária regular, há vedação legal expressa de nova contratação com mesmo fundamento antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses de encerramento de seu contrato anterior (art. 9º, inciso III) e desde que observados os prazos máximos dispostos no art. 4º, incisos I a V, e as prorrogações previstas em seu parágrafo único.

expressa na lei que viesse a estabelecer os casos excepcionais de contratação temporária ou quando o ente prorrogasse/renovasse indefinidamente a contratação, a ponto de desvirtuar a provisoriedade da necessidade.

Essa cronologia dos julgados levou alguns intérpretes do Direito a considerarem o Tema 551 uma evolução jurisprudencial da tese jurídica fixada no Tema 916 – o que é um erro – e passaram a entregar aos servidores temporários, indistintamente, direitos próprios dos empregados celetistas – FGTS nas contratações nulas – e do vínculo estatutário – férias e décimo terceiro salário por equiparação aos servidores públicos nos casos de desvirtuamento da necessidade temporária.

3 Divergência da interpretação jurisprudencial nos Tribunais

Como apresentado anteriormente, o STF foi reiteradamente provocado e, diante das controvérsias fáticas observadas nas repercussões gerais apreciadas, afetou, em momentos distintos, 4 (quatro) temas que versam sobre contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, sendo, os 2 (dois) mais recentes, aplicados em relações jurídicas não similares. Contudo, mesmo estando a construção jurisprudencial atenta às peculiaridades de cada caso, muitos aplicadores do Direito ainda divergem na aplicação da tese jurídica fixada em cada um deles.

Esse comportamento dos órgãos fracionários traz insegurança jurídica ao jurisdicionado, pois se equivocam na aplicação dos temas. Enquanto grande parte interpretou o Tema 551 como uma evolução da tese jurídica fixada no Tema 916, outra parcela, detida a *ratio decidendi*²¹ dos precedentes vinculantes, dividiu, acertadamente os casos de acordo com suas peculiaridades; ou seja, em contratações nulas e contratos regulares com desvirtuamento da necessidade temporária.

Inclusive - a título de exemplo - o Centro de Inteligência da Justiça de Minas Gerais (CIJMG), em 12 de janeiro de 2023 lançou Nota Técnica nº 05/2023 – CIJMG²², diante de grande controvérsia a respeito da interpretação

²¹ A *ratio decidendi* pode ser compreendida como a identificação dos fundamentos centrais de uma decisão judicial; é o núcleo daquilo que foi alegado pelas partes e debatido no processo, e sobre o qual o julgador se debruça e fundamenta o precedente, chegando a ser mais importante que a parte dispositiva da decisão. É ela que impõe força ao precedente pois veicula sua eficácia obrigatória.

²² "A controvérsia envolve, de um lado, a tese firmada no Tema nº 916, segundo o qual: 'A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. (RE nº 765.320/MG-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 23/09/2016)'.

De outro lado, a polêmica diz respeito também ao Tema nº 551, no qual o STF concluiu que 'servidores temporários não fazem jus a décimo terceiro salário e férias remuneradas acrescidas do terço constitucional, salvo (I) expressa previsão legal e/ou contratual em sentido contrário, ou (II) comprovado desvirtuamento da contratação temporária pela Administração Pública, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações'.

Formou-se, no âmbito deste Tribunal, relevante corrente interpretativa segundo a qual o Tema nº 551 é destinado apenas aos casos de nulidade superveniente da contratação, em razão de sucessivas e reiteradas renovações e/ou prorrogações.

e aplicação dos Temas nº 551 (RE nº 1.066.677/MG) e 916 (RE nº 765.320/MG) em grande parcela dos processos nos quais se discute sobre os direitos devidos aos servidores contratados pela Administração Pública sem aprovação em concurso público, cujo vínculo tenha sido desvirtuado em virtude das reiteradas e sucessivas renovações e/ou prorrogações, ou tenha sido realizado, desde o início, em desconformidade com a Constituição Federal ou com a respectiva legislação de regência. O objetivo da referida nota técnica é, através da sistemática da repercussão geral, afastar quaisquer dúvidas acerca de como as teses jurídicas devem ser aplicadas aos casos concretos.

Essa cortina de fumaça precisa ser afastada e a ordem social adequadamente reequilibrada pelos meios disponibilizados pelo *direito instrumental*²³, uma vez que a perturbação causada pela divergência interpretativa não pode permanecer trazendo insegurança ao jurisdicionado. Deve, pois, ser observado o instrumento adequado para atingir e realizar o objetivo que, na espécie, seria a pacificação interpretativa no âmbito do Poder Judiciário através de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Conforme defende Dinamarco (2009, p. 179): “a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação”, portanto, pacificar uma divergência interpretativa é alcançar um dos escopos metajurídicos do Estado.

O Estado-juiz, ao exercer sua função primordial e impor seu poder, profere decisões munidas de imperatividade e que podem influir no significado dos textos, inclusive na interpretação das teses jurídicas fixadas em precedentes vinculantes, o que reflete nas diretrizes políticas e sociais²⁴, e exige harmonia na interpretação do sistema normativo.

Nesta senda, o Poder Judiciário deve buscar todos os meios possíveis para pacificar os conflitos e utilizar os instrumentos adequados a harmonizar as divergências interpretativas considerando os escopos da jurisdição: social, que visa pacificar com justiça e educar a sociedade; político, como instrumento

Por outro lado, segundo esse entendimento, a tese firmada no Tema nº 916 confere apenas o direito aos depósitos do FGTS e ao saldo de salário nos casos de contratação temporária “realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal”, destinando-se, portanto, aos contratos originariamente nulos, ou seja, celebrados fora das situações excepcionadas pelo Texto Constitucional (nulidade da contratação desde o seu início), o que incluiria, por exemplo, os servidores da LCE nº 100/2007.

Outra parte considerável dos membros deste Tribunal aplica indistintamente as conclusões de ambos os temas em conjunto, independentemente do momento em que ocorreu a nulidade à qual se submeteu a contratação.

Considerando-se que a excepcionalidade dessa questão não foi objeto de enfrentamento no julgamento do paradigma e que o tema se repete em milhares de feitos no âmbito deste Tribunal, surgiu a necessidade de seleção de recursos representativos da controvérsia para que se possa resguardar a racionalidade e a efetividade da sistemática dos precedentes vinculantes”.

²³ “O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental”. (Lacerda, 2008, p. 252)

²⁴ “Apesar da separação dos *Poderes* do Estado (não competindo ao juiz legislar ou mesmo complementar a lei ou a Constituição) e não obstante a aplicação do exercício da função jurisdicional exclusivamente a casos concretos, a interpretação judicial tem sido apontada como instrumento de mutação constitucional (inclui-se, com isso, entre os ‘processos informais de mudança da Constituição’). Exercendo o poder nacional em nome do Estado, o juiz dita decisões que são providas de imperatividade (provimento) e que, por mais de um modo, podem influir no conteúdo da Constituição ou das leis, ou, no significado dos textos, ou mesmo nas diretrizes políticas do Estado”. (Dinamarco, 2009, p. 44-45)

estatal para consecução de um de seus objetivos e preservação das liberdades públicas; e jurídico, que busca a produção e a imposição/efetivação das decisões judiciais.

Assim, o aspecto teleológico da adequação deve ser observado de modo a garantir a obtenção de uma solução jurídica objetiva, ou seja, que desborde do caso concreto, cuja tese obtida se estenda às demais demandas que envolvam as mesmas questões fáticas. Para tanto, deve ser instaurado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) perante o Presidente do Tribunal²⁵ com ordem de sobrestamento das ações em trâmite em caso de admissão do incidente²⁶, uma vez que presente controvérsia sobre questão de direito, bem como ofensa à isonomia e à segurança jurídica²⁷.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi uma das inovações processuais trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e tem o objetivo de assegurar tratamento isonômico aos jurisdicionados, prestigiando a segurança jurídica e a confiança no Poder Judiciário após fixação de uma tese que pacifique eventual divergência entre os órgãos fracionários. É justamente o que os tribunais do país precisam fazer acerca do objeto em estudo, ou mesmo os Tribunais Superiores, em âmbito nacional, em eventual requerimento na hipótese de interposição de recurso especial ou extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR (art. 987 do CPC/2015).

O legislador ordinário criou a possibilidade de se uniformizar a interpretação e a aplicação do direito material ou processual em demandas que se repetem, e, para tanto, devem os operadores do Direito fazer uso de tal instrumento a fim de levar segurança jurídica ao jurisdicionado e acreditar o Judiciário perante a sociedade.

4 Conclusão

As contratações temporárias, exceção à regra constitucional do concurso público, autorizadas pelo inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal para atender necessidade temporária de excepcional interesse público da Administração, mostram-se indispensáveis à continuidade da prestação do serviço público e encontram parâmetros de efetivação na jurisprudência do STF.

Deveras, diante da maliciosa utilização do instituto da contratação por prazo determinado por gestores públicos, os Tribunais pátrios receberam nas últimas décadas²⁸ milhares de ações contendo discussões acerca de questões envolvendo essas contratações. Na esmagadora maioria dos casos, os servidores temporários sustentam seus pedidos em contratos nulos, mas, em

²⁵ CPC: "Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal".

²⁶ CPC: "Art. 313. Suspende-se o processo:

[...];

IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas;"

²⁷ CPC: "Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica."

²⁸ Após entrada em vigor da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

algumas hipóteses, há contratações cujos casos excepcionais estão previstos em lei, com prazo de contratação predeterminado, demonstração da necessidade temporária, do excepcional interesse público e da indispensabilidade da contratação, que não toca serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração (Tema 612/STF). Ocorre que, nestes últimos casos, a transitoriedade é maculada pela prorrogação/renovação excessiva, trespassando a contratação para a irregularidade.

Tais situações fáticas não podem ser interpretadas da mesma forma ou como se uma evolução fosse. Não há como entendê-las como semelhantes, e, menos ainda, entregar os mesmos direitos dos titulares de um contrato natimorto àqueles que foram, pelo menos inicialmente, contratados regularmente, tanto que, para cada situação, o STF afetou um tema e, após julgamento da causa piloto, fixou teses jurídicas distintas.

Entretanto, mesmo com a atuação precisa do STF, os Tribunais pátrios continuam divergindo na interpretação dos julgados, pois se equivocam quanto à aplicação das teses jurídicas aos casos concretos ao interpretar o Tema 551 como uma evolução jurisprudencial do Tema 916, quando seriam, tais teses, aplicáveis a situações fáticas distintas.

Assim, mais uma vez nota-se que os operadores do Direito não estão atentos às peculiaridades dos casos concretos e às razões de decidir manifestadas pelos Ministros do STF no julgamento dos recursos extraordinários que deram origem às teses jurídicas fixadas nos Temas 916 e 551, o que mantém nebulosidade sobre o Poder Judiciário.

Por isso, torna-se imprescindível que essa divergência jurisprudencial seja superada e o instrumento adequado oferecido pelo Direito instrumental, que atende os escopos jurisdicionais, é o IRDR, previsto no artigo 976 do CPC/2015.

É importante salientar que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará recentemente arquivou dois pedidos formulados com fundamento no dever de uniformização de jurisprudência previsto no art. 926 do CPC/2015, ambos sob a relatoria da Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale²⁹, por terem sido deflagrados de forma equivocada. É que o IRDR é processo autônomo, ainda que vinculado a uma causa piloto, não podendo, portanto, tramitar como apenso de um processo já decidido pelo tribunal local, o que motivou o arquivamento. De toda sorte, as Câmaras de Direitos Público, após extensa discussão, inclusive com ampliação de quórum, decidiu pela inaplicabilidade concomitante dos dois Temas³⁰, o que se coaduna ao objeto em estudo.

Neste passo, apesar de tratar de controvérsia unicamente de Direito para instauração do IRDR, os atores da resolução da divergência devem se atentar às questões fáticas que serviram de alicerce para a construção das teses jurídicas fixadas no STF, sob pena de malferir o escopo social da jurisdição e alimentar a insegurança jurídica no que diz respeito aos efeitos das contratações sobre os servidores temporários.

²⁹ IRDR nº 0634866-74.2022.8.06.0000 e nº 0632995-09.2022.8.06.0000.

³⁰ APC nº 0004606-75.2017.8.06.0085.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 308*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4283567&numeroProcesso=705140&classeProcesso=RE&numeroTema=308>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 551*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5240485&numeroProcesso=1066677&classeProcesso=RE&numeroTema=551>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 612*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4144344&numeroProcesso=658026&classeProcesso=RE&numeroTema=612>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 916*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4445850&numeroProcesso=765320&classeProcesso=RE&numeroTema=916>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARB, Karina Houat. Princípio da continuidade do serviço público e interrupção. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-2/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>. Acesso em: 21 out. 2023.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado *et al* (Coords.). *Meios de impugnação ao julgamento civil*: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252-258.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. Curso de direito administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

O direito fundamental social à saúde como qualidade de vida: a experiência da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares

The fundamental social right to health: the experience of the National Policy of Integrative and Complementary Practices

Data de submissão: 03 jun. 2024
Data de aprovação: 26 jun. 2024

José Carlos Kraemer Bortoloti

Pós Doutor pela Atitus Educação (RS). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ), com Doutorado em Sanduíche na Universidade de Lisboa. Docente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Atitus Educação (RS). Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4437137331139098>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4231-0923>

Gabriela Pavoski

Graduada em Direito pela Escola de Direito da Atitus Educação (RS). Advogada.

Simone Paula Vesoloski

Mestra em Direito pela Atitus Educação (RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Verbo Educacional (RS). Especialista em Desenvolvimento Sustentável pela UERGS (RS). Bacharela em Direito pela URI (RS). Tecnóloga em Gestão Ambiental pela UERGS (RS). Advogada.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355468920025819>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2836-512X>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo compreender a qualidade de vida no direito fundamental social à saúde no Brasil como elemento empírico ofertado pela Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) do Sistema Único de Saúde (SUS). A problemática está organizada na forma da provocação: qual a importância de uma abordagem político-jurídica para a efetivação da qualidade de vida como parte indissociável do direito fundamental social à saúde? Trata-se de pesquisa qualitativa, exploratória, delineada pelo procedimento bibliográfico, com emprego do método indutivo. Como conclusões à pesquisa, demonstra-se que as práticas integrativas e complementares em saúde (PICS), já disponibilizadas pelo SUS, se revelam como opção inicial e alicerce da conceitualização e efetivação do direito social à saúde enquanto qualidade de vida, guarnecendo relevante caminho de proteção ao complexo contexto da saúde no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental; saúde; qualidade de vida; políticas públicas.

ABSTRACT: This article aims to understand the quality of life in the fundamental social right to health in Brazil as an empirical element offered by the National Policy of Integrative and Complementary Practices (PNPIC) of the Unified Health System (SUS). The problem is organized in the form of a provocation: how important is a political-legal approach to achieving quality of life as an inseparable part of the fundamental social right to health? This is qualitative, exploratory research, outlined by the bibliographic procedure, using the inductive method. As conclusions to the research, it is demonstrated that integrative and complementary health practices (PICS), already made available by the SUS, are revealed as an initial option and foundation for the conceptualization and implementation of the social right to health as a quality of life, providing a relevant path to protection to the complex health context in Brazil.

KEYWORDS: fundamental law; health; quality of life; public policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Saúde como direito fundamental social. 2.1 Direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2.2 Direito à saúde em uma perspectiva jurídica e prática no Brasil. 3 Parâmetros interpretativos para a saúde enquanto qualidade de vida a partir do Sistema Único De Saúde (SUS). 3.1 Da relação qualidade de vida como conceito de saúde: ratificando aproximações. 3.2 Políticas públicas voltadas à qualidade de vida: a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC). 4 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

No período contemporâneo, a relação-conexão entre saúde e qualidade de vida, sobretudo a partir da pandemia, gravou o referido direito fundamental social com atenção e necessária repactuação de sua efetividade. Conhecer e refletir sobre aspectos sociais, individuais e jurídicos garantidos por meio da Constituição Federal de 1988, tornou-se tema de extrema relevância, confiando o resgate da compreensão de que a saúde não se refere somente à cura e prevenção de doenças, mas soma-se à qualidade de vida como parte indissociável de seu conceito.

Qualidade de vida é um aspecto fundamental para se ter uma boa saúde. Em razão de aspectos culturais, educacionais e econômicos, inverte-se a compreensão, acreditando que o principal foco está em elementos financeiros, para depois ocorrer a busca de uma vida saudável e com qualidade. Torna-se, portanto, um verdadeiro desafio trazer em pauta esse tema em meio a tantos outros que talvez tenham mais aclamação social e pareçam ser mais importantes de debater. Assim, falar sobre qualidade de vida e saúde plena, mostra-se relevante para a sociedade e configura-se patente responsabilidade do Estado contemporâneo.

Por se tratar de um assunto que varia de acordo com a cultura de cada região do Brasil, envolvendo, do mesmo modo, individualidade, realidade, instrução familiar e social, o tema cria raízes para pensamentos distintos, maneiras diferentes de viver, tornando-se mais complexo. Talvez seja por isso que referido tema é pouco abordado na área jurídica, justamente por depender do que cada indivíduo concebe como viver bem, e o que considera fundamental para sua existência.

Outro fator que retira a atenção da qualidade de vida no Brasil é o fosso de pobreza no país, o qual suscita a perspectiva de que a qualidade de vida seria um aspecto posterior, acessório ao direito fundamental à saúde, quase como um capricho, pois, considerando a necessidade histórica brasileira de erradicar a pobreza, reprimir e remediar enfermidades parece ser a única atenção possível no âmbito de proteção do direito à saúde.

Tais fatores geram um perigoso afastamento da percepção sobre a qualidade de vida, o que impede um avanço efetivo das políticas públicas e resulta na falta de zelo com a vida das pessoas, ao intervir no desenvolvimento de aspectos de saúde inconsistentes e incoerentes, desconsiderando a diversidade de estrutura de vida das pessoas, o que acaba sobrecarregando o Poder Público apenas com a demanda de garantir à população medicação, atendimento médico e, de modo geral, o suporte minimamente necessário para a recuperação da saúde.

Mas e o cuidar das pessoas para que não adoçam? E as consequências financeiras ao Estado que arca com a falta de condições de vida das pessoas? Há perspectiva para as gerações futuras neste mesmo padrão de gastos originários com as consequências pela falta de qualidade de vida?

Como objetivo central deste artigo, parte-se da definição de qualidade de vida considerando a concepção de saúde estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que inclui o bem-estar físico, emocional, mental e social. A ausência de doença, disfunção ou enfermidade, portanto, não é o único indício de bem-estar (OMS, 2015).

Sendo assim, diante da abordagem já recomendada pela OMS para implementação das práticas integrativas e complementares em saúde (PICS) junto às medicinas tradicionais, a abertura deste artigo busca promover a maior compreensão do ser humano e da dicotomia entre a percepção de saúde *versus* doença no sistema nacional de saúde. Fomenta-se, aqui, a reciprocidade em garantir a integralidade na atenção à saúde, sendo essas práticas integrativas, voltadas para prevenção de agravos, manutenção, e recuperação da saúde.

A problemática do presente texto parte da provocação: qual a importância de uma abordagem político-jurídica para a efetivação da qualidade de vida como parte indissociável do direito fundamental social à saúde? Trata-se de uma pesquisa qualitativa, exploratória, delineada pelo procedimento bibliográfico, com emprego do método indutivo.

A abertura interpretativa da pesquisa inicia com o delineamento da saúde como direito fundamental social, estabelecendo relação entre os avanços de compreensão da OMS até a recepção constitucional da saúde como direito fundamental, registrando a basilar importância do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro, como sistema universal de zelo à saúde.

Na sequência, são estabelecidos parâmetros interpretativos viáveis para a conexão da saúde enquanto qualidade de vida, logo, sustentando a qualidade de vida como parte indissociável do direito fundamental social à saúde, explorando a experiência da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC) como abertura político-jurídica para vincular a qualidade de vida como parte efetiva desse direito e, inclusive, apresentando o que já disponibilizado pelo SUS brasileiro nesse âmbito.

2 Saúde como direito fundamental social

A OMS conceitua saúde como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Partindo-se deste ponto, saúde vai muito além do estado físico do indivíduo, devendo ser considerada a junção de atividades físicas e hábitos alimentares saudáveis, contemplando toda parte mental, no que tange a um bem-estar em que a pessoa é capaz de desenvolver as suas habilidades pessoais, realizar seu trabalho de maneira satisfatória e produtiva, e sente-se capacitado a dar sua contribuição como indivíduo em sociedade (Seidl; Zannon, 2004).

Saúde também é sinônimo de bem-estar social, que se refere a uma sintonia indivíduo-sociedade, e engloba questões econômicas, acesso a bens e serviços, liberdade, saúde ambiental e também ambiente individualizado com família e pessoas em geral, pois a interação entre indivíduos também se mostra fundamental para o bem-estar individual (Morais; Nascimento, 2007).

Outro ponto que cabe destaque, refere-se a um entendimento de saúde em seu sentido mais amplo, abrangendo todos os povos, sem qualquer tipo de discriminação, conforme segue:

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é

essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. (OMS, 1946).

Dessa forma, todos os Estados devem ter por objetivo priorizar direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, como um meio de garantir todos os recursos necessários para subsistência, qualidade de vida, e bem-estar.

Nesse contexto originário, faz-se, então, necessária a incorporação do direito à saúde como direito fundamental social, o que, na experiência brasileira, ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988.

2.1 Direitos fundamentais na Constituição de 1988

Os direitos fundamentais são aqueles intrínsecos à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Estão expostos na Constituição Federal de 1988 e advêm dos mesmos parâmetros relativos aos direitos humanos. Entretanto, entende-se não ser possível comparar os direitos fundamentais às categorias não condizentes às suas particularidades. Assim, os direitos fundamentais são reconhecidos como uma expressão dos direitos humanos, conforme Duque (2014).

Vale dizer que “os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos”, haja vista que o titular de ambas as categorias, independentemente do modo de representação, é sempre a pessoa (Sarlet, 2006, p. 35). Contudo, Duque (2014, p. 52-53) elucida que:

[...] mesmo sendo plausível aproximá-los conceitualmente, não é correto afirmar que os direitos fundamentais são, na mesma proporção, direitos humanos, ou que ambos não representam outro instituto que não os direitos do homem. Contudo, aproximá-los não significa igualá-los. Isso porque, em sua natureza, os direitos humanos antecedem o Estado, bem como possuem característica universal e extra positiva (mesmo em caso de eventual escrituração legal). Diferentemente, quando se fala de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa de que o Estado é condição para a existência desses direitos.

Sendo assim, os direitos fundamentais, em sentido amplo, caracterizam-se por serem aqueles direitos positivamente reconhecidos pelo Direito Constitucional, ao passo que os direitos humanos fazem referência à posição jurídica do Direito Internacional (Sarlet, 2006).

Desse modo, as concepções de liberdade, justiça, igualdade, solidariedade e dignidade do homem estão presentes em todas as sociedades, portanto, esses direitos são tão antigos quanto a existência da sociedade, sendo assim, configuram valores ligados à dignidade da pessoa humana, existentes pelo simples fato de ser humano (Marmelstein, 2009, p. 30).

Estudar os tratados internacionais sobre direitos humanos revela-se uma abordagem intrigante para compreender a força jurídica dos demais direitos fundamentais, dado que estes tratados conferem direitos subjetivos aos seus titulares. Os tratados internacionais, ao estipularem normas e princípios, não apenas protegem os direitos humanos em um âmbito global, mas também

influenciam o ordenamento jurídico interno dos países signatários, promovendo um alinhamento das legislações nacionais com os padrões internacionais.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfatizou a importância de reconhecer, mesmo que os tratados de direitos humanos não possuam a mesma força normativa que a Constituição, a necessidade de lhes conferir um valor interpretativo significativo. Isso significa que, ao interpretar os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, deve-se levar em consideração os tratados internacionais de direitos humanos, de modo a garantir uma maior efetividade e proteção desses direitos. Essa abordagem contribui para o fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais, garantindo que os princípios e normas internacionais sejam integrados e respeitados no âmbito jurídico nacional (Marmelstein, 2009).

Em suma, a análise dos tratados internacionais sobre direitos humanos não só enriquece a compreensão da força jurídica dos direitos fundamentais, mas também reforça a necessidade de uma interpretação que amplie sua efetividade. A posição do STF sublinha a importância de integrar os princípios desses tratados ao ordenamento jurídico nacional, garantindo uma proteção robusta e consistente dos direitos humanos. Dessa forma, a consideração dos tratados internacionais como ferramentas interpretativas contribui significativamente para a promoção da justiça e a proteção dos direitos individuais, consolidando o compromisso do Brasil com os valores universais de dignidade e igualdade.

Entretanto, considerando a célebre contribuição de Bobbio (2004), denota-se que a problemática atual diz respeito à proteção dos direitos da pessoa, e não somente à sua fundamentação. Portanto, o problema não é filosófico e sim jurídico e, ainda, político, pois se busca uma maneira segura de garantir tais direitos, dado que, em que pese o ponto de partida tenha sido a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, como marco da história dos direitos humanos, é necessário continuamente buscar um aperfeiçoamento, para garantir que o disposto ali não seja violado e os direitos sejam efetivamente implementados.

Cabe destacar que os direitos fundamentais devem ser assegurados em todas as esferas, pública e privada, pois todos estão inteiramente subordinados aos liames da Constituição Federal. Nesse aspecto, muito embora não sendo o único espaço do texto constitucional dedicado ao tema, o artigo 5º elenca considerável rol de direitos fundamentais, abrindo, em seu emblemático *caput*, o intento interpretativo dado pelo constituinte:

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 [...] (Brasil, 1988).

Noutro ponto, ao buscar um conceito dos chamados direitos sociais, torna-se de suma importância destacar a conexão que existe entre o conceito e a finalidade desses direitos. Acerca da conceituação e objetivo dos direitos sociais, conforme Moraes (2003, p. 154):

[...] são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes,

visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Pode-se, assim, elencar uma pergunta a ser respondida: “a quem se atribui a responsabilidade para implementação dos direitos sociais, dentre eles, a saúde?” (Morais; Nascimento, 2007, p. 259).

Como resposta, o constituinte brasileiro elencou a saúde como direito fundamental social em seu artigo 6º, compartilhando a sociabilidade registrada aos direitos fundamentais, somando espaço com outras gamas de direito¹:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) (Brasil, 1988).

Da previsão constitucional que elevou os direitos sociais como direitos fundamentais, evidencia-se que a responsabilidade de implementação-efetivação dos direitos fundamentais sociais parte do Estado para a sociedade, como plataforma principal dos objetivos da República Federativa do Brasil, como quer o artigo 3º, inciso III, da Constituição, focando na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades (Brasil, 1988).

Nessa perspectiva, a teoria das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais é essencial para compreender o desenvolvimento dos direitos sociais como parte integrante dos direitos fundamentais. Esta teoria classifica os direitos em três gerações: a primeira geração inclui os direitos civis e políticos, que focam na liberdade e na proteção contra abusos do Estado; a segunda geração engloba os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma atuação positiva do Estado para sua efetivação; e a terceira geração abrange os direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável e à paz.

A elevação dos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais insere-se na segunda geração, demandando do Estado e da sociedade uma ação coordenada para sua realização. Conforme o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos centrais da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). Essa perspectiva não só reforça a importância dos direitos sociais, mas também destaca a necessidade de políticas públicas eficazes e da participação ativa da sociedade para garantir a plena realização desses direitos.

¹ Jairo Schäfer (2013, p. 95-96) elenca postulados para uma compreensão unitária dos direitos fundamentais, consubstanciados em um “caráter incindível dos direitos fundamentais [...]”, “Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferenças expectativas [...]”, “Interligação [...] entre todas as espécies de direitos fundamentais [...]”, o entendimento dos direitos fundamentais como “mandados de otimização”, adotando a ideia de Alexy na perspectiva da realização na maior medida possível, e, por fim, “Inadequação das teorias classificatórias que tenham por embasamento teórico a compartimentalização estanque dos direitos fundamentais”.

Logo, significar a saúde a partir do contexto brasileiro, precisa ser um exercício equilibrado entre duas vertentes conceituais, as quais englobam um significado negativo, entendendo-se saúde quando o indivíduo está com suas funções fisiológicas, ou seja, físicas, mentais e orgânicas, na normalidade, cujo significado iguala-se ao utilizado pelos dicionários médicos; e, também uma interpretação positiva, como estabelece a OMS, que traz a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se restringindo apenas à ausência de alguma enfermidade ou doença (OMS, 1946).

Apesar desse conceito ter constituído uma evolução, ele não está livre de pensamentos contrários. É o que afirma Schwartz (2001), quando argumenta que a expressão bem-estar envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável, não podendo se comparar como um objetivo concreto, uma vez que o perfeito bem-estar para um indivíduo é diferente para outro.

Sob uma perspectiva inerente ao princípio da integralidade da assistência à saúde, Cruz *et al* (2020) alegam a necessidade de se estabelecer a complementação entre prevenção e cura, bem como a atuação do Estado de maneira resolutiva. Isso serve para que se atue preferencialmente antes que o usuário adoça, ou, por outro lado, caso constatada a enfermidade, assisti-lo independentemente do nível gravoso e da complexidade do tratamento que será exigido.

Morais e Nascimento (2007, p. 259) entendem, que “por óbvio, emerge como bem maior a vida [...], porém, aqui, já não se está diante da dualidade morte/vida, mas da certeza de que se está diante do compromisso de realizar a vida como dignidade, como qualidade de vida”. Por isso, exige-se atenção para o fato de que a saúde não deve ser vista sob uma perspectiva isolada, mas sim diante de um contexto, assegurando que o ambiente de vida também seja marcado por bem-estar.

É justamente neste contexto de conexão compartilhada de saúde que reside o objetivo do presente trabalho, o qual perpassa pelo viés prático-jurídico, da experiência brasileira pós-1988, sobretudo pela vociferação de efetividade que tais direitos buscam no país desde a opção constituinte de elevação da saúde como direito fundamental social.

2.2 Direito à saúde em uma perspectiva jurídica e prática no Brasil

Pode-se considerar que políticas públicas são criações de projetos sociais ou ações promovidas pelo Estado em parceria com a comunidade para melhorar a qualidade de vida das pessoas, tendo por consequência uma transformação social (Fritzen, 2018).

Nesse aspecto, Bortoloti e Pavan (2018, p. 294) afirmam que “para iniciar o diálogo acerca do regime jurídico privilegiado dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, importante atentar para a abertura para um rol sem número – previamente – de direitos fundamentais assim defendidos pela Constituição”, principalmente decorrentes do rol estipulado pelo artigo 5º, demonstrando a opção do constituinte por positivar, na maior especificidade, a previsão de direitos fundamentais, embora não somente no referido artigo, mas reconhece “a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes

do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais” (Sarlet, 2012, p. 57).

Ademais, imprescindível pontuar acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais positivados, observando que:

[...] o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal define que as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, acentuando Sarlet que tal característica é ponto diferencial e de deferência dos direitos fundamentais, pois atribui aos direitos fundamentais uma “juridicidade reforçada” (Sarlet, 2012, p. 58), diferenciando-os das demais normas constitucionais, e causando destaque no sistema constitucional brasileiro. Ainda, em razão desse princípio (da aplicabilidade imediata) enseja uma juridicidade diretamente aplicável, da mesma forma, como ocorre, então com o direito fundamental social à saúde, que em ineficiência (omissão ou ação insuficiente) das políticas públicas, enseja uma tutela jurisdicional de tal direito (daí também porque podem os direitos fundamentais ser justiciáveis) (Bortoloti; Pavan, 2018, p. 294).

Nessa linha, há uma relação conflitante entre Estado e cidadão, no que se refere às políticas públicas que muitas vezes são ineficientes, insuficientes ou ainda inexistentes, resultando em obstáculos para que os cidadãos consigam acessar o direito social à saúde. Essas dificuldades, geralmente, aferem-se nas classes menos favorecidas, justamente aquelas que estão no foco do inciso III do artigo 3º da Constituição de 1988².

Desse cenário de previsão jurídica, os elementos jurídicos precisam estar vinculados à constância de mutação das estruturas sociais, quer dizer, a problemática jurídica está alicerçada em uma constante onde a mudança precisa estar no patamar de evolução, lendo-se isso como: efetivação. Veja, por exemplo, diante do padrão de vida dos indivíduos e suas respectivas expectativas de vida, tem-se observado um número expressivo de aumento na idade média da população, ou seja, idade adulta até velhice, e por consequência o número de doenças desta faixa etária.

Padrões de mudanças demográficos com uma acentuada longevidade são tendências que tem redesenhado a estrutura etária da população no mundo e no Brasil. Conforme este cenário, exige-se uma melhora na infraestrutura e oferta de serviços fundamentais que garantam a mínima qualidade aos idosos para não somente viver mais tempo, mas de forma saudável e ativa (Cruz *et al*, 2020).

Com base nesse paradigma do envelhecer saudável, surge a necessidade de adaptações do sistema de saúde para garantir qualidade de acesso e utilização dos serviços de saúde. As adequações reformulam políticas de saúde e novas formas de cuidado, pautadas na melhoria na qualidade de vida, manutenção da habilidade funcional e prevenção às condições crônicas em saúde (Cruz *et al*, 2020).

No patamar específico dos direitos fundamentais sociais, neste caso específico a saúde, existe um grande impasse quando colocado na prática da vida das pessoas, uma vez que a previsão do direito estabelece conexão direta com a

² Veja-se, na íntegra: “À guisa dessa concepção neoconstitucional, os poderes públicos estão amarrados pelo que dispõe a Constituição e pelo seu *ethos*, superando o pensamento liberal-individualista pré-Constituição de 1988 (onde direitos de segunda e terceira dimensão eram desconhecidos), e uma concepção de Constituição como documento político, significando opções de atuação do Poder Público” (Bortoloti; Pavan, 2018, p. 295).

necessidade de sua efetivação; entretanto, na prática, a efetivação se depara com dificuldades históricas relativas ao exercício de tais direitos pelos seus titulares. Nesse âmbito da saúde, como prestação positiva do Estado, a típica Constituição Dirigente brasileira (Canotilho, 1994)³ ainda alicerça seu principal desafio na dualidade: (1) previsão – eficácia; (2) eficiência das políticas públicas – efetivação.

A partir desse aspecto dirigente, Dimoulis e Martins (2020) afirmam que a garantia de direitos fundamentais não pode ser concretizada com a simples existência do direito obtido, mas sim deve-se haver a prestação de meios para a realização e utilização desses direitos por intermédio de políticas públicas concretas criadas pelo Estado, com o poder de assegurar de fato o que se propõe.

Nesse contexto, sobre a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais:

[...] especificamente no que tange ao Poder Legislativo, deve o legislador dar ensejo a concretização dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que deve promulgar e editar normas infraconstitucionais que estejam emolduradas nos direitos fundamentais positivados pela Constituição Federal Brasileira. No entanto, pontua também que, mesmo que sem regulamentação infraconstitucional, ainda assim teriam aplicabilidade imediata, pelo simples fato de serem normas constitucionais (Branco; Mendes, 2014).

Diante disso, tem-se a regulamentação de políticas públicas capazes de gerar uma maior eficácia na qualidade de adequação de direitos fundamentais sociais, inclusive a saúde, podendo, ainda, existir uma contrapartida e parceria de entes privados para a realização destas medidas, que venham a favorecer os indivíduos mais necessitados⁴.

A política de assistência social, por exemplo, tornou-se uma política pública para a garantia da proteção social para quem dela precisar, ela deve ser construída por programas, serviços e equipamentos para atuar com a população em situação de vulnerabilidade ou que esteja com a vida sob ameaça. Integra também todo o envolvimento do governo, dos trabalhadores e da população usufruidora (Brasil, 2005).

Ademais, no sentido de política pública no âmbito da saúde, pode-se mencionar o acesso à acolhimento, desenvolvimento de ações de promoção de saúde mental, psicoterapia individual e em grupo, intervenções terapêuticas coletivas, regime de atenção diária, acompanhamento contínuo, atenção hospitalar, urgências e reabilitação psicossocial (Brasil, 2004).

Entretanto, imperioso observar que:

[...] a promoção com efetividade – frise-se – exige do Estado a dispensa de um esforço econômico considerável, bem como somente será aproveitado para

³ Obra basilar para a contextualização do período constituinte brasileiro.

⁴ Oportuno, nesse contexto, a referência ao Programa Mais Médicos, que “busca resolver a questão emergencial do atendimento básico ao cidadão, mas também cria condições para continuar a garantir um atendimento qualificado no futuro para aqueles que acessam cotidianamente o SUS. Além de estender o acesso, o programa provoca melhorias na qualidade e humaniza o atendimento, com médicos que criam vínculos com seus pacientes e com a comunidade”, com a vinda – provisória – de médicos cubanos para ajudar na crise sanitária brasileira. (Programa..., 2024).

aquele direito, ou seja, é caro efetivar de maneira suficiente e satisfatória o direito à saúde. Contudo, tais constatações não são justificativas para a ineficácia e insuficiência das políticas públicas brasileiras e da situação deplorável da saúde brasileira (Bortoloti; Pavan, 2018, p. 297).

Nessa perspectiva, para uma adequada compreensão da saúde como direito fundamental social no Brasil, imprescindível, portanto, considerar a saúde como a obrigatória reciprocidade entre a abertura conceitual dada pela OMS (e sua prática), o complexo – embora vital – objetivo de erradicação da pobreza trazido pela Constituição de 1988 (inciso III, art. 3º), a necessidade de mutação da relação entre políticas públicas e novos parâmetros sociais, e, de forma muito peculiar, a formação de uma maturidade de efetividade dos direitos fundamentais sociais como um projeto viável para as gerações futuras: quer dizer, a relação entre eficácia, efetivação e custos (custeio) dos direitos fundamentais deve ser proporcionalmente adequada para sua própria continuidade.

3 Parâmetros interpretativos para a saúde enquanto qualidade de vida a partir do Sistema Único De Saúde (SUS)

Muito embora vislumbre-se um país com muita desigualdade econômica, é extremamente importante ter uma noção apurada sobre o direito fundamental social à saúde e, dentro deste direito fundamental, encontra-se a qualidade de vida, como forma primordial e estrutural de garantir uma saúde adequada.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro garantir os direitos fundamentais a todos os indivíduos, falta uma clareza tanto no ordenamento quanto na prática cotidiana social de compreender o que é qualidade de vida, a qual não pode ser desvinculada do direito fundamental social à saúde, nem ser futilizada devido à sua extrema relevância.

Em que pese ser um grande desafio falar de qualidade de vida relacionada à saúde no Brasil, pelas condições sociais e culturais, deve-se uma maior atenção para o fato de remediar as doenças através do incremento da qualidade de vida, que precisa ser compreendida por alguns parâmetros, principalmente aqueles que podem ser cobrados por meio de políticas públicas, ou mesmo, uma educação em relação aos direitos fundamentais, especificamente a saúde. Portanto, qualidade de vida é fundamental quando relacionada com direito fundamental à saúde, devendo a sociedade tratá-la como digna de efetivação nas práticas diárias.

3.1 Da relação da qualidade de vida como conceito de saúde: ratificando aproximações

Há uma grande diferença ao se abordar a questão da qualidade de vida para uma nação que tenha suas questões sociais resolvidas, e para outra em que isso não ocorra. Quando, em 1984, foi realizada uma enquete em Toronto, no Canadá, em que se perguntava às pessoas como queriam que fosse sua cidade, as respostas foram: limpa, verde, com vida própria, e agradável para viver (Lee, 1994). Sendo essa pergunta repetida no Brasil, os brasileiros, provavelmente, incluiriam nas respostas renda, saúde, educação e segurança.

Conforme o aumento da preocupação relacionada ao assunto qualidade de vida, que parte da área das ciências humanas e biológicas, buscando priorizar o controle de sintomas e o aumento da expectativa de vida, bem como do controle da mortalidade, evidencia-se que qualidade de vida é algo muito mais amplo do que simplesmente um sinônimo de saúde.

Entretanto, deve-se reconhecer que há grande dificuldade e complexidade de utilização do conceito de qualidade de vida pelas diversas áreas de estudo, pois “a forma como é abordada e os indicadores adotados estão propriamente ligados aos interesses científicos e políticos de cada área de investigação, bem como das possibilidades de operacionalização e avaliação” (Pereira; Teixeira; Santos, 2012, p. 67).

Considerando a variação da percepção de cada indivíduo em relação aos seus objetivos e expectativas, padrões e preocupações, torna-se um verdadeiro obstáculo denominar uma conceitualização precisa do que é qualidade de vida, uma vez que existe uma variação gigantesca multifatorial, cultural e econômica, que impossibilita denominar como algo pronto e simples de se seguir (Dantas; Sawada; Malerbo, 2003; Seidl; Zannon, 2004).

Decerto, ao referir ao tema qualidade de vida, instantaneamente pensa-se em algo com características positivas, porém não de fácil acesso, esse sentido conta com o apoio de cientistas para desenvolver metodologias alternativas para melhor entendimento sobre o assunto (Dantas; Sawada; Malerbo, 2003; Seidl; Zannon, 2004). Assim, classificam os estudos sobre qualidade de vida de acordo com quatro abordagens gerais: econômica, psicológica, biomédica e geral ou holística.

O principal elemento apontado pelas abordagens socioeconômicas são os indicadores sociais. Os discursos da época abordavam o compromisso da sociedade em assegurar às pessoas estruturas sociais mínimas que lhes permitissem seguir sua felicidade (Day; Jankey, 1996).

Em relação às abordagens psicológicas, estas buscam indicadores que regem reações abstratas e emocionais de acordo com suas experiências do que entendem por viver com qualidade de vida, conforme as próprias vivências e sentimentos. Nesse sentido, qualidade de vida deveria ser estudada em detrimento da realidade atual, levando em consideração todas as adversidades contemporâneas, percebendo-se, assim, que a abordagem psicológica está envolvida em constante mudança, devendo acompanhá-las.

Quanto às abordagens médicas, tratam de questões de melhorias das condições de vida de enfermos. Delineando o termo qualidade de vida, na literatura médica, atualmente, como associado a diversos significados, como condições de saúde e funcionamento social (Minayo; Hartz; Buss, 2000).

Quando se fala em abordagens gerais ou holísticas, estão baseadas nas premissas de que qualidade de vida abrange um conceito multidimensional, apresentando uma organização complexa e dinâmica dos seus componentes, que pode diferir de pessoa para pessoa de acordo com seu ambiente/contexto e mesmo entre duas pessoas inseridas em um contexto similar. Algumas características como valores, inteligência, interesses são importantes de serem considerados.

Assim, embora saúde e qualidade de vida sejam, muitas vezes, expressões utilizadas como sinônimos, ambas apresentam suas especificidades, ou seja, não

se dão como um conceito único, mas sim como um complemento de relação entre si. Ademais, há diferentes ideais reais de vida entre os povos (Day; Jankey, 1996).

Em uma tentativa de análise da qualidade de vida de forma mais ampla, saindo principalmente do reducionismo biomédico, Minayo, Hartz e Buss (2000) abordam qualidade de vida como uma representação social criada a partir de parâmetros subjetivos (bem-estar, felicidade, amor, prazer, realização pessoal).

3.2 Políticas públicas voltadas à qualidade de vida: a Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares (PNPIC)

O incentivo da OMS para que os Estados-Membros formulem e implementem políticas públicas para a utilização racional e integrada das Práticas Integrativas e Complementares, definidas como medicina tradicional e complementar/alternativa (MT/MCA) na atenção primária em saúde não é recente (OMS, 2006).

No Brasil, desde 2006, com o lançamento da PNPIC no SUS, tem-se buscado incorporar na atenção primária em saúde as seguintes práticas: plantas medicinais, fitoterapia, homeopatia, medicina tradicional chinesa, acupuntura, medicina antroposófica e termalismo-crenoterapia (Queiroz, 2006).

Com a inclusão das PICS na atenção primária em saúde, percebe-se que a PNPIC colabora para a efetivação prática do SUS, favorecendo os princípios e direitos fundamentais como a universalidade, acessibilidade, continuidade do cuidado, integralidade da atenção, humanização, equidade e participação das pessoas em geral (OMS, 2006).

Assim, observa-se a existência das PICS juntamente com a humanização na atenção básica, o requerimento de mudanças, como uma alteração do processo de trabalho, cabendo repensar o tempo dos atendimentos, a forma de abordagem dos profissionais com os usuários e a relação da equipe de trabalho. Pode-se afirmar, que a inclusão de PICS na atenção básica tem obtido papel fundamental para promover espaços de saúde mais humanizados (Brasil, 2011).

Hodiernamente, o SUS dispõe, de forma integral e gratuita, de alguns dos procedimentos de PICS. Os atendimentos começam na atenção básica, a qual é a principal porta de entrada para atendimentos no SUS.

Indicadores científicos têm mostrado os benefícios do tratamento integrado entre medicina convencional e PICS. Além do exposto, existe crescente número de profissionais capacitados e habilitados e melhor valorização dos conhecimentos tradicionais de onde se originam grande parte dessas práticas (Brasil, 2019).

Dentre as práticas integrativas e de extensão para com os cuidados a saúde da população, pode-se utilizar como exemplo, para melhor compreensão dessas políticas, a yoga, tratada como uma prática que impacta diretamente na redução dos níveis de ansiedade, conforme alegam seus praticantes, ajudando no controle emocional e, em consequência, seu equilíbrio psiconeuromuscular.

A yoga é originada na Índia e trabalha diversos aspectos do corpo, da mente e do espírito. Conforme alguns dos primeiros estudos científicos surgiram e foram conduzidos, em 1924, pelo pioneiro da yogaterapia Swami Kuvalayananda. A prática, ainda, apresenta técnicas específicas, como hatha-yoga, mantra-yoga,

laya-yoga, que se referem a tradições especializadas, e trabalham os aspectos físico, mental, emocional, energético e espiritual do praticante (Yoga, 2021).

O custo para a realização desta modalidade é, em média, praticando por duas horas semanais, de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Contudo, usuários que queiram ou necessitem praticá-la e não possam pagar, devem procurar o SUS. Os cidadãos podem participar por meio das PICS da atenção primária do SUS (Yoga, 2021).

Sabendo-se que, desde sua implementação junto às PICS, no ano de 2017, cerca de 100 mil atendimentos foram realizados, conforme o Ministério da Saúde. A pasta explica que cabe ao gestor municipal elaborar normas técnicas para inserção das PICS nos serviços de saúde e definir recursos orçamentários e financeiros para implementação dessa política, além da contratação dos profissionais que atuarão nas atividades (Yoga, 2021). Além dos benefícios individuais, a yoga pode ser realizada com poucos equipamentos, não sendo necessário mais do que um tapete e um pequeno ambiente.

Observa-se, portanto, que o Brasil é referência mundial na área de PICS na atenção básica, modalidade esta que visa à prevenção e promoção à saúde, com o objetivo de evitar que as pessoas fiquem doentes (Brasil, 2019). Apesar do avanço das políticas públicas na última década, continua sendo condição fundamental para sua efetiva implantação, incentivar espaços de fortalecimento do debate sobre as práticas e trocar experiências com gestores de outros municípios/estados que ofereçam as PICS pelo SUS (Brasil, 2019).

Por fim, é relevante salientar que existe um bojo extenso de PICS já fornecidas pelo SUS, e mesmo com tamanhas dificuldades na sua introdução pelas diversidades culturais e econômicas, precisam ser incrementadas na sociedade, para auxiliar no incremento da qualidade de vida com o escopo de que as pessoas tenham uma saúde plena.

Desse modo, a ampliação e o fortalecimento das PICS fornecidas pelo SUS são essenciais para enfrentar as diversidades culturais e econômicas que dificultam sua implementação. Ao integrar essas práticas de forma mais ampla na sociedade, contribui-se para o aumento da qualidade de vida e para a promoção de uma saúde plena para todos. Assim, o compromisso com a efetivação dessas práticas reflete um passo significativo na direção de um sistema de saúde mais inclusivo e holístico, que atenda às diversas necessidades da população brasileira.

Além disso, é fundamental reconhecer o papel das PICS na promoção da saúde preventiva e na redução do uso de medicamentos e procedimentos invasivos. Ao adotar essas práticas, o SUS não apenas amplia as opções de tratamento disponíveis à população, mas também fomenta uma abordagem mais humanizada e integrativa do cuidado à saúde. Isso pode resultar em uma maior satisfação dos usuários, uma melhor adesão aos tratamentos e, conseqüentemente, em melhores resultados de saúde. A valorização das PICS reflete um entendimento mais amplo de saúde, que vai além do tratamento de doenças e inclui a promoção do bem-estar geral, atendendo às necessidades físicas, emocionais e sociais dos indivíduos.

4 Considerações finais

O presente estudo notabiliza que a elevação do direito fundamental à saúde como direito social trouxe a responsabilidade de criação de políticas públicas que contemplam ações promovidas pelo Estado juntamente com a comunidade, a fim de melhorar a qualidade de vida para a sua população, atrelando uma consequência de transformação social gradual.

Assim, fica evidenciada a importância e responsabilidade do Estado para com os cidadãos, priorizando direitos fundamentais sociais, principalmente no que concerne à saúde, como um meio de garantir-lhes todos os recursos necessários para subsistência, qualidade de vida, e bem-estar, assegurando inclusive proteção às gerações futuras.

Nesse aspecto, rememora-se que a OMS estabelece que “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Nesse sentido, as PICS harmonizam a ideia de prevenção e cura com a qualidade de vida, observando uma maior responsabilidade do Estado para oferecer a todas as pessoas uma saúde física, mental e psíquica de qualidade.

A partir do diálogo sobre direitos fundamentais sociais à saúde, tendo como base as PICS aliadas à medicina convencional, as quais são garantidas aos cidadãos por meio do SUS, conclui-se que a sistemática de organização da saúde no Brasil já considera em seu conteúdo prático a qualidade de vida como intrínseca à saúde.

Desse modo, a implementação da PNPIC, caracterizada por medidas alternativas para a melhora da qualidade de vida das pessoas, sejam elas, particulares, familiares ou até mesmo no ambiente de trabalho, figura como alicerce para efetivação da universalidade, acessibilidade, continuidade do cuidado, integralidade da atenção, humanização, equidade e participação das pessoas no cuidar de si.

A perspectiva necessária é a mudança de educação em relação ao cuidar da saúde, dando conta de compreender e implementar em suas rotinas práticas de qualidade de vida, como as práticas da PNPIC como forma de desenvolvimento humano saudável.

Conclui-se, assim, que a PNPIC embasa a conceituação da saúde como qualidade de vida, evidenciando que, muito mais que uma expressão com possível conteúdo subjetivo, qualidade de vida é elemento empírico e já sistematizado pelo SUS, criando possibilidade de que os titulares do direito fundamental à saúde compreendam sua dinâmica complexa de acesso universal e que deve partir do cuidar de si como elemento basilar de manutenção da saúde.

Nesse sentido, a implementação e valorização das PICS dentro do SUS representam não apenas uma ampliação do acesso aos cuidados de saúde, mas também um reconhecimento da integralidade e da diversidade de abordagens necessárias para promover o bem-estar integral da população. A inclusão das PICS não se limita a complementar a medicina convencional, mas sim a integrar práticas que respeitam e valorizam as dimensões física, mental, emocional e social da saúde. Este movimento não só fortalece os direitos sociais, especialmente o direito

à saúde, como também promove uma visão mais inclusiva e holística do cuidado com a saúde no Brasil.

É essencial avançar nesse caminho, garantindo que todos tenham acesso a abordagens de saúde que não apenas tratam doenças, mas que também promovem a qualidade de vida e o bem-estar duradouro. Este compromisso não só fortalece os direitos fundamentais à saúde, mas também solidifica o papel do SUS como um pilar central na promoção do bem-estar e da qualidade de vida no Brasil.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; PAVAN, Guilherme Pavan. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no Brasil. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018, p. 281-302.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Práticas integrativas e complementares (PICS): quais são e para que servem*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/saude-de-a-z/praticas-integrativas-e-complementares>. Acesso em: 7 abr. 2024.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, 2004.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Política Nacional de Assistência Social PNAS/2004*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social, 2005.
- BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 7 abr. 2024.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CRUZ, Priscila Karolline Rodrigues *et al.* Dificuldades do acesso aos serviços de saúde entre idosos não institucionalizados: prevalência e fatores associados. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, v. 23, n. 6, 2020.
- DANTAS, Rosana Aparecida Spadoti; SAWADA, Namie Okino; MALERBO, Maria Bernadete. Pesquisas sobre qualidade de vida: revisão da produção científica das universidades públicas do estado de São Paulo. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 11, n. 4, 2003.
- DAY, Hy; JANKEY, S Sharon G. Lessons from the literature: toward a holistic model of quality of life. In: RENWICK, Rebecca; BROWN, Ivan; NAGLER, Mark (eds.). *Quality of life in health promotion and rehabilitation: conceptual approaches, issues and applications*. Thousand Oaks: Sage, 1996.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FRITZEN, Nicole. Para entender a importância das políticas públicas. *Beta*, 2018. Disponível em: <https://medium.com/betaredacao/para-entender-a-import%C3%A2ncia-das-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-e54810540669>. Acesso em: 7 abr. 2024.

LEE, J. *Cidade saudável*. Porto Alegre: UFRGS, 1994.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; HARTZ, Zulmira Maria de Araújo; BUSS, Paulo Marchiori. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232000000100002>. Acesso em: 7 abr. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os "limites" do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 12, n. 2, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. New York: OMS, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 7 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Estratégia sobre medicina tradicional 2002-2005*. Genebra: OMS, 2006.

PEREIRA, Érico Felden; TEIXEIRA, Clarissa Stefani; SANTOS, Anderlei dos. Qualidade de vida: abordagens, conceitos e avaliação. *Revista Brasileira de Educação Física e Esporte*, v. 26, n. 2, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1807-55092012000200007>. Acesso em: 7 abr. 2024.

PROGRAMA mais médicos. Conheça o programa. Disponível em: <http://maismedicos.gov.br/conheca-programa>. Acesso em: 24 maio 2024.

QUEIROZ, Marcus S. O sentido do conceito de medicina alternativa e movimento vitalista: uma perspectiva teórica introdutória. In: NASCIMENTO, Marilene Cabral (Org.). *As duas faces da montanha: estudos sobre medicina chinesa e acupuntura*. São Paulo: Hucitec, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEIDL, Eliane Maria Fleury; ZANNON, Célia Maria Lana da Costa. Qualidade de vida e saúde: aspectos conceituais e metodológicos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 20, n. 2, p. 580-588, abr. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2004000200027>. Acesso em: 7 abr. 2024.

YOGA chega à rede pública. *Jornal Cruzeiro do Sul*, 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jornalcruzeiro.com.br/suplementos/guia-saude/2021/06/674620-yoga-chega-a-rede-publica.html>. Acesso em: 7 abr. 2024.

O Ativismo Judicial e o Processo Civil

Judicial Activism and Civil Procedure

Data de submissão: 06 jul. 2024
Data de aprovação*: 12 jul. 2024

José Luís Bonifácio Ramos

Professor Associado da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa (Portugal).

RESUMO: O presente artigo procura estudar algumas vertentes do ativismo judicial no processo civil. Em especial, na aquisição da prova, na cooperação processual e na repartição do ónus da prova. Assim, apesar das tendências que desvalorizam o crescente protagonismo da actividade do juiz cível, existem aspectos onde resulta evidente o acréscimo de poderes e de protagonismo deste sujeito processual.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; aquisição da prova; cooperação processual; ónus da prova; teoria dinâmica do ónus da prova.

ABSTRACT: This paper seeks to study aspects of judicial activism in civil procedure. In particular, in the acquisition of evidence, in procedural cooperation, burden of proof, and the dynamic theory of burden of proof. Thus, despite the tendencies that devalue the growing protagonism of the activity of the civil judge, there are aspects where it is evident the increase of powers and protagonism of this procedural subject.

KEYWORDS: judicial activism; acquisition of evidence; procedural cooperation; burden of proof; dynamic theory of burden of proof.

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais. 2 Aquisição oficiosa da prova: uma espécie de ativismo? 3 O garantismo. 4 O negacionismo. 5 Outras vertentes activistas. 5.1 A comunidade de trabalho. 5.2 A dinamização do ónus da prova. Referências.

* Trata-se de artigo encaminhado por professor convidado, cujo conteúdo foi publicado anteriormente, em língua inglesa, no periódico "International Journal of Research in Humanities and Social Studies", v. 8, n. 3, 2021, p. 12-32. Disponível em: <https://www.ijrhss.org/papers/v8-i3/3.pdf>.

1 Considerações gerais

De acordo com o *leit-motiv* anunciado, julgamos revestir-se de extrema actualidade e importância o estudo do activismo judicial, numa óptica processualista. Assim, se o direito não é, nem pode ser, aquilo que o intérprete quer que ele seja², um juiz pratica activismo sempre que decidir com base nas suas crenças políticas, religiosas ou mesmo nas suas próprias convicções, relegando a lei positiva para um segundo plano³. Com efeito, se existe alguma reflexão acerca do estudo dos poderes do juiz e da conformidade legal, destinada a justificar uma determinada actuação⁴, o problema coloca-se, naturalmente, quando o exercício dos poderes do juiz ultrapassa, ou pode ultrapassar, aquilo que é consagrado no direito positivo. Aliás, o assunto tem estado de tal modo na ordem do dia que até se reconheceu que o activismo judicial se alcandorou na ideologia dominante do processo civil⁵. Por conseguinte, devemos reflectir sobre esta problemática, no intuito de compreender se estamos em presença de concretizações de activismo em determinados aspectos do direito processual civil. Designadamente, a propósito da aquisição probatória ou da repartição do ónus da prova.

2 Aquisição oficiosa da prova: uma espécie de activismo?

Se a reflexão sobre a amplitude dos poderes inquisitórios do juiz emerge, com particular acutilância, em sede probatória⁶, é natural, que se indague, nesse contexto, acerca do activismo judicial. Com efeito, a iniciativa do juiz nem sempre se encontra claramente fixada na lei e, ainda assim, o magistrado tem desempenhado um papel activo na aquisição de prova⁷. Em conformidade, o magistrado assume um papel interveniente e até liderante, ainda que a norma o não diga expressamente. Quanto muito não o impede de promover, oficiosamente, a aquisição de meios de prova⁸ ou, de algum modo, lhe atribui poderes de iniciativa probatória⁹.

² Cf. LÊNIO STRECK, *O Que É isto: Decido Conforme Minha Consciência?*, Porto Alegre, 2010, p. 25.

³ Cf. LÊNIO STRECK, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4ª ed., São Paulo, 2011, p. 598.

⁴ Em conformidade, é particularmente impressiva a defesa das regras formais do processo, promovida por GIUSEPPE CHIOVENDA, no sentido de evitar o arbítrio do juiz. Cf. "Le Forme nella Difesa Giudiziale del Diritto" in *Saggi di Diritto Processuale*, Vol I, Roma, 1930, pp. 367 e segs.

⁵ Acerca deste tópico, GIOVANNI VERDE, admite que o activismo tem sido a ideologia dominante, no direito processual civil italiano, dos últimos cinquenta anos. Cf. "Le Ideologie del Processo in un Recente Saggio" in *Rivista di Diritto Processuale*, Ano 62, nº 3, 2002, p. 684.

⁶ Cf. JUAN AROCA, *La Prueba...* op. cit., pp. 528 e segs; LUIZ MARINONI, "Do Processo Civil Clássico à Noção de Direito a Tutela Adequada ao Direito Material e à Realidade Social" in *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, in www.abdpc.org.br, pp. 1 e segs.

⁷ Segundo MICHELE TARUFFO, seria esse o modelo do Direito inglês e espanhol. Cf. "Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 60, nº 2, 2006, pp. 465 e segs.

⁸ Ainda de acordo com a opinião de MICHELE TARUFFO, seria o modelo que corresponde ao direito francês. Cf. "Poteri..." in op. cit., pp. 459 e segs.

⁹ Seria o caso do direito italiano ou mesmo do direito germânico. Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 461 e segs

Ao dilucidar a questão de saber se o juiz pode dispor de poderes autónomos de instrução sem que esteja limitado ou condicionado pela actividade das partes, dela pode emergir um inadiável raciocínio acerca do activismo judicial. Por conseguinte, desde que o monopólio das partes foi abolido em prol de uma complexa tensão entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório¹⁰, tem sido aceite, de modo cada vez mais pacífico, que o juiz cível assume poderes de natureza investigatória. Ademais, após a antinomia entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório¹¹, houve necessidade de reconstruir os poderes inquisitórios, no intuito de os conciliar com o princípio do dispositivo¹², dado não ser aceitável substituir, sem mais, o monopólio das partes pelo monopólio do juiz. Logicamente, mantendo o inelutável direito à prova¹³, consolida-se o entendimento de que a prossecução deste direito não implica atribuir o exclusivo da actividade probatória às partes, nem representa um sério entrave à iniciativa instrutória do juiz¹⁴. Ora, aí entra, de algum modo, o activismo, uma vez que a lei não delimita, de um modo geral, os poderes de actuação do magistrado, no que à aquisição da prova diz respeito.

A propósito, devemos atentar, com mais pormenor, no direito português. Efectivamente, ultrapassada a ideia de aquisição probatória limitada às partes, onde o julgador era reconduzido ao papel de juiz-árbitro, a iniciativa do magistrado não restringe ou sequer condiciona a actividade dos outros sujeitos processuais. Aliás, tendo sido ultrapassado o princípio da controvérsia, as partes devem colaborar na descoberta da verdade¹⁵. Por conseguinte, não pode haver atropelo ou disputa entre a iniciativa probatória do juiz e aquela que as partes decidam empreender, pois o dever de colaboração vem sendo integrado num amplo dever de cooperação. Sob pena de, nos termos do nº 2 do artigo 519º da reforma do CPC de 1995/1996, actual artigo nº 2 do artigo 417º CPC, determinar que aqueles que recusem cooperar devem ser condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos aplicáveis. Ademais, se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa, sem prejuízo da inversão do ónus da prova, decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 344º do Código Civil.

Numa perspectiva estritamente diacrónica, incluindo um período mais vasto do actual CPC, notamos um evidente acréscimo de poderes atribuídos ao juiz, em sede de aquisição probatória. Assim, desde a consagração na reforma de 1926, do princípio da autoridade do magistrado¹⁶, ultrapassando uma postura de inércia e passividade, muito evoluímos até aos dias de hoje. Com efeito, na versão inicial do CPC, o artigo 264º primeiramente atribuía às partes, o poder de iniciativa e de impulso processual e, mais tarde, ao juiz a possibilidade de ordenar oficiosamente,

¹⁰ Sobre a dualidade e a contraposição entre aqueles dois princípios, no que tange à iniciativa das partes e do juiz, na aquisição probatória, UGO FERRONI, *Il Processo Civile Moderno*, Cápua Vetere, 1912, pp. 138 e segs; BRUNO CAVALLONE, *Il Giudice...* op. cit., pp. 12 e segs; ERNESTO FABIANI, *I Poteri Istruttori del Giudice Civile*, Nápoles, 2008, pp. 108 e segs; JÜRGEN DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen sei der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975, pp. 110 e segs; Knut Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976, pp. 38 e segs.

¹¹ Relativamente a este assunto, TITO CARNACINI, "Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo" in *Studi in Onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milão, 1951, pp. 759 e segs.

¹² A este propósito, ERNESTO FABIANI, *I Poteri...* op. cit., pp. 186 e segs.

¹³ Cf MICHELE TARUFFO, "Il Diritto alla Prova nel Processo Civile" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol...., 1984, pp. 75 e segs

¹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, "Il Diritto..." in op. cit., pp. 90-11.

¹⁵ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., p. 178.

¹⁶ Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...* vol. III, op. cit., p. 8.

as diligências e actos que entendesse necessários para a descoberta da verdade. Isto significava a enunciação de dois momentos, diferenciando a iniciativa de instrução das partes e a iniciativa do juiz¹⁷. Em conformidade, o juiz só devia usar da prerrogativa de ordenar diligências e actos de instrução quando as partes o tivessem requerido e, assim, não se bastassem no sentido de assegurar o exacto conhecimento dos factos necessários para a boa decisão da causa¹⁸.

Porém, a reforma de 1961 deu maior destaque ao princípio do inquisitório. Efectivamente, além da epígrafe do artigo 264º colocar, lado a lado, o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório, temos o conteúdo normativo, densificado em dois números, o nº 1 e o nº 3. Assim, o nº 3 determina que o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer. Compreendendo-se as palavras de Antunes Varella no sentido de destacar um corte umbilical, perante o anterior preceito¹⁹, concluindo que o novo clarificava, mais adequadamente, os limites de iniciativa do juiz²⁰. Porém, mais do que os limites, interessa notar que o juiz deixou de desempenhar um papel subsidiário, podendo agir em concorrência ou em concomitância com a actividade probatória das partes. Logo, basta o magistrado considerar necessárias determinadas diligências, para as poder realizar ou as ordenar oficiosamente, no intuito de contribuir para o apuramento da verdade.

Na reforma de 1995-1996, as partes continuaram a perder poderes de supremacia sobre a acção, ainda que não tenha sido vedado o indeclinável direito à prova²¹. No entanto, o tribunal assumiu uma postura mais activa, no intuito de prosseguir a justa composição do litígio. Assim, se houve uma separação de preceitos, devemos ainda notar que o conteúdo do nº 3 do artigo 265º, relativamente aos poderes do tribunal, era equivalente ao nº 3 do anterior artigo 264º. Porém, a novidade avulta do alcance dos números 2 e 3 do artigo 264º²², onde, claramente, se aumentam os poderes do juiz concernentes à matéria de facto. Deste modo, o juiz pode investigar, mesmo oficiosamente, os factos instrumentais. Logo, como admite Teixeira de Sousa, existe um claro activismo judiciário, não apenas porque as partes repartem com o tribunal o domínio do processo, mas porque o tribunal assume poderes instrutórios, tanto sobre os factos essenciais, como sobre os factos instrumentais, probatórios e acessórios²³.

¹⁷ Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...*vol. III, op. cit., p. 9.

¹⁸ Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...*vol. III, op. cit., p. 11.

¹⁹ Na verdade, ANTUNES VARELA defendeu que a reforma de 1961 cortava o cordão umbilical da fórmula anterior que ainda procurava prender a instrução ao princípio do dispositivo. Cf. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, 1985, p. 475.

²⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *Manual...*op. cit., p. 475.

²¹ Acerca deste assunto, Lemos Jorge dá nota disso mesmo, demonstrando como a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do TC, têm dado razão, de um modo geral, às partes, face à limitação dos meios de prova, por parte de alguma legislação sectorial. Cf. "Direito à Prova: Brevíssimo Roteiro Jurisprudencial" in *Julgar*, nº 6, 2008, pp. 100 e segs.

²² Como refere ISABEL ALEXANDRE, se o teor do nº 3 do artigo 265º não representa, propriamente, uma inovação, o preceito apresenta nova regulamentação, ao suprimir alguns entraves aos poderes do juiz. Cf. "A Fase da Instrução no Processo Declarativo Comum" in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa, 1997, pp. 288-9.

²³ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, 1996, pp. 59 e segs. Ainda sobre os poderes inquisitórios sobre factos instrumentais, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, 1997, pp. 322 e segs.

Mas as alterações mais relevantes²⁴, no que respeita a este tópico foram introduzidas na reforma do CPC de 2013. Aí encontramos uma clara ruptura entre o princípio do inquisitório, propriamente dito, e uma das novidades daquela reforma, a gestão processual. Assim, enquanto o artigo 411º, subordinado à epígrafe, princípio do inquisitório, acolhe o anterior nº 3 do artigo 265º, o artigo 6º, em sede de gestão processual, integra os anteriores números 1 e 2 do preceito. Destarte, se o anterior nº 3 é acolhido na íntegra, no artigo 411º, o mesmo não sucedeu com os números 1 e 2. Assim, se o nº 2 do artigo 265º, agora nº 2 do artigo 6º, sofre algumas alterações, o mesmo não poderemos dizer do nº1. Realmente, ele faz acrescer, à redacção anterior, a adopção de mecanismos de simplificação e de agilização processual. Por isso, independentemente de saber se este acréscimo se afigura ou não uma redundância, relativamente à adequação formal²⁵, ou se existe uma verdadeira utilidade na gestão processual²⁶, interessa apurar se esta última reforma atribui ainda mais poderes ao juiz em sede de aquisição probatória.

No intuito de elucidar este aspecto, importa esclarecer questões já detectáveis na reforma de 1995/1996 e que emergem, com maior premência, após a reforma de 2013. Uma delas é, sem dúvida alguma, saber o que significa a expressão *incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade*, que antes integrava o nº 3 do artigo 265º e que agora integra o articulado do artigo 411º CPC. Será que esta iniciativa de prova, consiste numa mera faculdade, ou, ao invés, é mais do que isso? A este propósito, Lemos Jorge recusa que a intenção do legislador tenha ido no sentido de disponibilizar um instrumento, cujo uso fique dependente da vontade discricionária do juiz²⁷. Em sua opinião, será antes um dever vinculado, uma vinculação, um poder-dever, no desiderato de prosseguir uma postura mais interventora²⁸, no intuito de contribuir, mais activamente, para apurar a verdade. Por nossa parte, concordando com esta fundamentação, em detrimento da mera faculdade, entendemos que, após 2013, a actividade do juiz, ao agir oficiosamente, só faz sentido se evitar a discricionariedade.

Outra das questões que interessa aclarar será a de saber se os limites à actuação do juiz se têm esbatido ou se, pelo contrário, permaneceram inamovíveis depois de 2013. Antes da reforma, devemos recordar que Lemos Jorge admitia, perante norma equivalente, projectada em diversos meios de prova, que o juiz podia promover diligências de prova documental, confissão judicial provocada,

²⁴ A finalidade não será a de enumerar todas as reformas do CPC que, de algum modo, alteram o regime probatório. Mas apenas aquelas que, em nosso entender, se afiguram mais significativas. Aliás, se o intuito fosse outro, não poderíamos deixar de aludir, só para mencionar as posteriores a 95/96, a reforma propiciada pelo Decreto-Lei nº 183/2000 de 10 de Agosto. Acerca deste assunto, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Recentes Alterações na Legislação Processual Civil*, Lisboa, 2001, pp. 62 e segs.

²⁵ Parece ser essa a opinião de LEBRE DE FREITAS E ISABEL ALEXANDRE, embora formulada em tom algo dubitativo. *Código...op. cit.*, p. 44.

²⁶ De realçar as fundadas dúvidas de ISABEL ALEXANDRE quanto à adopção desta figura. Pois a autora admite, inclusivamente, que a gestão processual pode ser uma moda, sem contornos precisos. Cf. "O Dever de Gestão Processual do Juiz na Proposta de Lei Relativa ao Novo Código de Processo Civil" in *O Novo Processo Civil*, Lisboa, 2013, pp. 4 e segs. Num sentido mais optimista, CARLOS LOPES DO REGO, "Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso: O Modelo da Acção Declarativa" in *Julgar*, nº 16, 2012, pp. 101 e segs; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...op. cit.*, pp. 227 e segs.

²⁷ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas" in *Julgar*, nº 3, 2007, p. 63.

²⁸ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in *op. cit.*, pp. 63-4.

pericial, por inspecção e testemunhal²⁹. Porém, com aquela reforma temos, pelo menos, mais dois meios de prova a equacionar, relativos à actuação oficiosa do juiz. A saber, as verificações não judiciais qualificadas e a prova por declarações de parte.

Quanto às verificações não judiciais qualificadas, não haverá problema no sentido de admitir a actuação oficiosa do juiz, dado que a inspecção judicial é desencadeada quando o tribunal o julgar conveniente, de acordo com o artigo 490º CPC. Também o artigo 494º CPC determina a admissibilidade de tais verificações, ao ser legalmente admitida a inspecção judicial. No tocante à prova por declarações de parte, o tema revela outra complexidade. Pois, segundo o nº 1 do artigo 466º, as declarações de parte caracterizam-se por serem requeridas pelo próprio depoente, não por terceiros. Mas importa não olvidar o nº 2, ao determinar a aplicabilidade do artigo 417º CPC e ainda, com as necessárias adaptações, o preceituado na secção anterior. Ou seja, será a secção atinente à confissão e ao depoimento de parte, onde se afigura possível a determinação probatória oficiosa.

Estaremos face a uma redobrada actuação do juiz, no sentido de ordenar, *motu proprio*, diligências probatórias, num ampliado leque de meios de prova. E, logicamente, defronte de significativo activismo probatório. Por isso, reflectindo acerca desta amplitude de poderes investigatórios do juiz, será natural que isso suscite reservas, ponderações e críticas, sobretudo no que tange ao risco de emergir uma deriva autoritária, uma perda de independência ou mesmo falta de isenção por parte do julgador. Tudo isto motivado por um crescente activismo judicial, em sede de aquisição probatória.

3 O garantismo

O garantismo é, com toda a certeza, a corrente doutrinária que mais tem alertado acerca dos perigos do activismo, e, em conformidade, criticado o aumento de poderes do juiz. Preocupa-se com as garantias das partes e com a imperiosa necessidade de limitar os poderes do juiz, fazendo realçar aquilo que, em sua opinião, representa o risco de uma excessiva publicização do processo civil, bem como a ameaça de abalar a independência do julgador. Ainda segundo o garantismo, a publicização do processo, com início em finais do século XIX, foi reforçada por causa de erradas opções de processualistas italianos, da primeira metade do século XX. E, depois disso, teria ido num crescendo, motivada pela abrangência do activismo judicial, evidenciada, com particular acuidade, nalguns ordenamentos jurídicos. Segundo Aroca, teria sido Klein e a ideia da função social do processo, a justificar a restrição de poderes das partes, em prol de um aumento injustificado dos poderes do juiz³⁰. Posteriormente, a deriva ter-se-ia acentuado com a mudança de azimute do CPC italiano de 1940, por contraste com o anterior CPC liberal. Isso teria acentuado a tendência autoritária, a par do alargamento de poderes de gestão e de direcção processual³¹. Com efeito, segundo Cipriani, a crise

²⁹ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 69 e segs.

³⁰ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho Procesal Civil en el Siglo XX" In *De Processo: Studi in Memoria di Alessandro Giuliani*, Nápoles, 2001, pp. 497 e segs.

³¹ FRANCO CIPRIANI sustenta, a esse propósito, que o CPC de 1940 é antiliberal e autoritário, ao contrário do CPC de 1865, verdadeiramente eficiente e garantista. Cf. "I Problemi del Processo di Cognizione tra Passato e Presente" in *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, nº 1, 2003, pp. 40 e segs.

da justiça civil teria sido acentuada após a entrada em vigor do CPC de 1940, condicionado por uma ideologia publicista que, ao atribuir exagerados poderes inquisitórios ao juiz, substituiu um sistema de legalidade, por outro, onde pontificava o arbítrio³².

Em sentido semelhante, Monteleone enfatiza as virtualidades do CPC de 1865, por contraste com o perfil autoritário do CPC de 1940, onde avultaria, em sua opinião, uma nociva missão inquisitória cometida ao magistrado³³. Ou ainda o próprio Aroca quando insiste na ideia de que tanto a ZPO austríaca, como o CPC italiano de 1940 ou mesmo diversa outra legislação processual civil daqueles tempos, reflectiram a ideologia ditatorial e autocrática dos respectivos regimes políticos³⁴. Aliás, a este propósito, Velloso vai mais longe, ao destacar a semelhança entre o CPC da URSS, o Código nazista de 1937 e o CPC italiano de 1940³⁵, insistindo na aproximação ideológica, de índole autoritária, que deles emerge, não evidenciando qualquer opção técnica³⁶. Realmente, estes sinais têm recrudescido, de tal sorte, em diversos ordenamentos, designadamente no Brasil, onde, recentemente, se considerou necessário promover um importante Manifesto, contra o activismo judicial e em defesa do garantismo³⁷. De destacar, neste documento, além de uma expressiva adesão de eminentes juristas e renomados processualistas, o alerta de que o direito processual legislado se encontra ameaçado pelo dirigismo ou activismo judicial³⁸.

Deste modo, as garantias processuais estariam a ser postas em causa, sendo importante que o juiz actuasse dentro do quadro legal vigente, mas nunca para além dele. Por isso, no tocante ao processo civil e, em particular à aquisição probatória, o juiz ultrapassaria a permissão normativa quando exerce *ex officio* diligências probatórias, pois isso comprometeria a neutralidade, isenção e independência. Ademais, a atribuição de poderes de iniciativa instrutória ao juiz, mesmo a pretexto da protecção da parte mais débil, concorreria para o enfraquecimento da imparcialidade psicológica do julgador³⁹. Aliás, nem seria apenas, na aquisição probatória que encontraríamos um peso exagerado da iniciativa do juiz susceptível de comprometer a sua imparcialidade.

Alguns garantistas apontam laivos de autoritarismo, noutros aspectos relacionados com a prova. Com efeito, Montesano destaca a limitação no que respeita à indicação de testemunhas, de modo a observar o princípio do contraditório, bem como a natureza da tipicidade das provas, para justificar a sua resistência, no sentido de concordar com uma procura activa, de novo material probatório⁴⁰. De modo semelhante, Montelone observa que o regime de repartição do ónus da prova, de preclusão ou de proibição de apresentar novos documentos,

³² Cf. FRANCO CIPRIANI, "Il Processo Civile Italiano tra Efficienza e Garanzie" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 61, nº 4, 2002, pp. 1248 e segs.

³³ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "Principi e Ideologie nel Processo Civile: Impressioni di un Revisionista" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 62, nº 2, 2003, pp. 577 e segs.

³⁴ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho Procesal..." in op. cit., pp. 498-9.

³⁵ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO "El Garantismo Procesal" in I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista", Universidade Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 2

³⁶ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO "El Garantismo..." in op. cit., p. 6.

³⁷ Cf. Manifesto de Jundiaí, de 19 de Agosto de 2017, intitulado "Pela Compreensão e Concretização do Garantismo Processual" in www.conjur.com.br/2017.

³⁸ Cf. Manifesto de Jundiaí, op. cit., p. 2.

³⁹ Cf. ELIO FAZZALARI, "La Imparzialità del Giudice" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol., 27, 1972, pp. 199 e segs.

⁴⁰ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove Disponibili d' Ufficio e l' Imparzialità del Giudice Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 32, 1978, pp. 196 e segs.

em sede de recurso, não se afirma coerente com a atribuição de ampla iniciativa probatória àquele que tem por missão decidir um determinado pleito⁴¹.

Todavia, será a aquisição da prova ex-officio, que concita a maior oposição por parte dos garantistas. Aliás, Cipriani, além de sustentar que a ideologia publicista seria autoritária e antiliberal, incompatível com os princípios da Constituição italiana, de índole republicana e democrática⁴², elege a matéria atinente à aquisição probatória por parte do juiz como um dos tópicos das suas críticas. Deste modo, destaca a aparente incoerência e a circunstância susceptível de abalar a independência do magistrado. Na verdade, se o juiz promove a instrução e, em momento posterior, vai decidir o mérito da causa, teríamos um comprometimento da isenção do julgador e uma ameaça aos propósitos que a Justiça visa promover⁴³.

Montesano, depois de rejeitar que o assunto se reconduza a uma mera técnica processual, acentua que as provas susceptíveis de serem promovidas, oficiosamente, são numerosas e que a iniciativa probatória é susceptível de abalar a imparcialidade psicológica do julgador⁴⁴. Por conseguinte, não bastará limitar a iniciativa do juiz, mas, ao invés, descobrir outros mecanismos que permitam acautelar e garantir os direitos das partes⁴⁵. Ademais, Monteleone alega estar por demonstrar que uma sentença seja justa quando o juiz disponha oficiosamente, do poder de iniciativa probatória⁴⁶. Acrescenta não estar cientifica ou empiricamente demonstrado que o grau de justiça seja directamente proporcional à soma de poderes de iniciativa do julgador⁴⁷. Por isso, apesar de não lhe interessar valorar politicamente a legislação vigente, tira ilações dos resultados⁴⁸. Nessa perspectiva e quanto ao direito italiano, entende que a duração média de um processo, entre a sua propositura e a correspondente sentença, aumentou após a vigência do CPC de 1942, em comparação com o anterior, o CPC de 1865⁴⁹.

Aroca prefere trilhar um outro caminho, no intuito de enfatizar a imperiosa necessidade de limitar os poderes do juiz cível, em matéria probatória. Destarte, após revisitar a evolução histórica, onde a concepção liberal teria dado lugar à opção publicista, procura evidenciar aquilo que considera ser um paradoxo. Com efeito, teria ocorrido uma troca de posições, quanto à amplitude de poderes atribuídos ao juiz cível e ao juiz criminalista, em finais do século XIX e no decurso dos últimos tempos, já em pleno século XXI⁵⁰. Na realidade, o juiz cível, do século XIX, tinha os seus poderes restringidos, ao contrário do juiz criminal, titular de amplas faculdades, de modo a poder investigar e determinar o conteúdo da sentença⁵¹. Em conformidade, se o juiz cível não podia determinar, oficiosamente, a aquisição de qualquer prova, ao invés, era permitido ao juiz criminal requerer,

⁴¹ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "Limiti alla Prova di Ufficio nel Processo Civile (Cenni di Diritto Comparato e sui Diritto Comparato)" in *Rivista di Diritto Processuale*, nº 62, nº 4, 2007, pp. 865-6.

⁴² Cf. FRANCO CIPRIANI, "Autoritarismo e Garantismo nel Processo Civile" in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 49, nº 1, 1994, pp. 24-5.

⁴³ Cf. FRANCO CIPRIANI, "I Problemi..." in op. cit., pp. 46 e segs.

⁴⁴ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove..." in op. cit., pp. 194-5.

⁴⁵ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove..." in op. cit., pp. 198-9

⁴⁶ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual Debate Sobre las Orientaciones Publicísticas del Proceso Civil" in *Revista Iberoamericana de Derecho Processal*, ano V, nº 7, 2005, pp. 230-1.

⁴⁷ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 233-4.

⁴⁸ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 234-5.

⁴⁹ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 235.

⁵⁰ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja Procesal del Siglo XXI*, Valência, 2014, pp. 19 e segs.

⁵¹ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., pp. 19-20.

oficiosamente, vários meios de prova⁵². Verificamos que, no decurso do século XXI, o juiz cível pode, de modo paradoxal, determinar a produção oficiosa de qualquer meio de prova, mas tal iniciativa é vedada ao juiz do processo crime, de modo a garantir os direitos e as liberdades das partes⁵³.

Aroca acrescenta que a inadmissibilidade de iniciativa probatória, por parte do juiz criminal, fica a dever-se à estrita necessidade de assegurar a imparcialidade do julgador⁵⁴. O autor consolida, deste modo, as críticas que havia dirigido contra as sucessivas reformas da Lei de Enjuiciamiento Civil (LEC), fazendo notar, a esse propósito, o objectivo de reforçar a atribuição ao juiz de poderes de natureza inquisitória, na aquisição probatória⁵⁵. Em conformidade, regressa ao assunto, mais tarde, verberando a tendência publicista e discordando da amplitude de poderes do juiz, em sede de aquisição probatória⁵⁶. Em conformidade, proclama, enquanto traves mestras da orientação garantista, o impedimento de o juiz carrear provas para o processo, de modo a acautelar o monopólio de iniciativa probatória das partes e a verdadeira imparcialidade do julgador, afastado das pretensões das partes⁵⁷. Isso seria decisivo, no sentido de minorar os poderes de direcção do processo, como sucede noutros ordenamentos jurídicos, mormente prosseguindo o propósito de destruir o mito conexo com uma justiça social, justificativa do acréscimo de poderes do julgador⁵⁸ ou mesmo qualquer ilusão de índole tecnicista⁵⁹. Por outro lado, procura demonstrar que a boa fé processual não se coaduna com o publicismo, mas antes com a imposição de deveres dirigidos ao sujeito processual⁶⁰.

Alvarado Velloso terá sido o que melhor interpretou as teorias garantistas, na América Latina, seguindo, de perto, as matrizes do pensamento de Cipriani e Aroca. Assim, após proceder a uma evolução histórica, tenta caracterizar os dois modelos em presença. Consequentemente, enuncia as seguintes ideias estruturantes do modelo inquisitório: o juiz dispõe, oficiosamente ou por denúncia, do impulso processual; assume a iniciativa de investigar os factos e de realizar novas provas e, além disso, o juiz que promove a investigação assume, mais tarde, as funções de julgador⁶¹. No tocante ao modelo oposto, o modelo acusatório, o magistrado não impulsiona a marcha do processo, aceitando os factos admitidos pelas partes; existe paridade entre o acusador e a parte e o julgador não pode exercer iniciativas probatórias⁶². No entanto, após a construção daquela antinomia, Velloso é forçado a reconhecer a inexistência de sistemas puros, mas

⁵² Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., p. 20.

⁵³ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., p. 21.

⁵⁴ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., pp. 88 e segs.

⁵⁵ Cf. JUAN AROCA, *Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su Centenario*, Madrid, 1982, pp. 86 e segs.

⁵⁶ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho..." in op. cit., pp. 497 e segs.

⁵⁷ Cf. JUAN AROCA, "El Proceso Civil Llamado como Instrumento de Justicia Autoritaria" in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Ano IV, nº 6, 2004, pp. 26 e segs.

⁵⁸ Desse modo, segundo a justiça social, o juiz promoveria uma decisão que extravasaria o âmbito das partes e do próprio processo. Cf. JUAN AROCA, "El Proceso..." in op. cit., p. 33.

⁵⁹ Cf. JUAN AROCA, "El Proceso..." in op. cit., pp. 36 e segs.

⁶⁰ Cf. JUAN AROCA, "Sobre el Mito Autoritario de la "Buena Fe Procesal" in *Proceso Civil e Ideologia*, Valencia, 2006, pp. 346 e segs.

⁶¹ ADOLFO ALVARADO VELLOSO consegue identificar essas orientações, no Regulamento austríaco de 1896, na Lei alemã de 1937, no CPC italiano de 1940 e na Lei de Processo Civil da URSS de 1979. Cf. *Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio*, Valência, 2005, pp. 93 e segs.

⁶² Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit., pp. 153 e segs.

antes diversos sistemas mistos que adoptam múltiplas cambiantes de um e de outro⁶³.

Velloso insiste no sentido que a imparcialidade do julgador está seriamente comprometida quando o juiz assume uma postura dinâmica em busca de provas⁶⁴. Por isso, se o julgador estiver em dúvida ou considerar que as provas são insuficientes, deve aplicar, pura e simplesmente, as regras de repartição do ónus da prova e decidir, em conformidade⁶⁵. Ao reforçar as suas ideias, invoca as reformas do processo penal argentino, no intuito de consolidar o modelo acusatório, enfatiza o contraste entre a proibição do juiz decretar, oficiosamente, iniciativas probatórias e o *status quo* emergente do processo civil⁶⁶. Tais tendências, de sinal contraditório, permitiriam que se civilizasse, de modo crescente, o processo penal, e se penalizasse o processo civil⁶⁷. Algo que entendia ser errado e contrastante, pois permitiria a subsistência de um sistema inquisitório ou, quanto muito, misto, no processo civil, susceptível de comprometer a liberdade, a bilateralidade, a isenção do julgador e o garantismo⁶⁸.

Cumpra ainda referir um autor português, Luís Correia de Mendonça, que perfilha diversos postulados garantistas. Em conformidade, após confirmar que o CPC italiano é antiliberal e autoritário e elogiar as alegações de Cipriani⁶⁹, procura demonstrar que o nosso CPC adoptou os mesmos pressupostos e se enquadra no mesmo modelo⁷⁰. Observa ainda que Manuel Rodrigues e José Alberto dos Reis teriam sido os seus pais fundadores, ao enfatizarem o valor social do litígio⁷¹. Faz ainda notar que o CPC atribuiu ao juiz, através dos artigos 264º a 266º, três importantes categorias de poderes: poder de instrução (mandar proceder às diligências e actos necessários para a descoberta da verdade); poder de disciplina (recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório) e poder de impulsão (ordenar o que for necessário para o seguimento do processo)⁷².

Ademais, o dever de cooperação para a averiguação da verdade, nos termos do artigo 554º CPC, constituiria uma clara deriva no sentido da afirmação da finalidade publicista do processo⁷³. Ainda nesse enfoque, Mendonça procura demonstrar como o autoritarismo e o reforço dos poderes do juiz é notório no artigo 555º CPC, ao poder requisitar, por sua iniciativa, informações, pareceres técnicos, documentos, plantas, fotografias, desenhos ou objectos considerados necessários ao esclarecimento da verdade. Ou ainda no artigo 646º CPC quando outorga ao magistrado a possibilidade de inquirir testemunhas não oferecidas

⁶³ Assim, Adolfo Alvarado Velloso enuncia as características do regime processual argentino, demonstrando o correspondente afastamento de qualquer um dos sistemas puros. Cf. *Garantismo...* op. cit., pp. 157 e segs.

⁶⁴ ADOLFO ALVARADO VELLOSO apresenta essas conclusões, após proceder a um estudo do processo penal e do processo civil. Quanto a este, preocupa-se, sobretudo, com o excesso de dinamismo probatório do juiz, no tribunal de menores e no tribunal de trabalho, embora generalize, depois, as suas considerações a todo o processo civil. Cf. "Imparzialità del Giudice e Giusto Processo" in *Stato di Diritto e Garanzie Processuali: Atti delle II Giornate Internazionali di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 2008, pp. 159 e segs.

⁶⁵ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, "Imparzialità..." in op. cit., p. 162.

⁶⁶ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...* op. cit., pp. 304 e segs.

⁶⁷ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...* p. 306.

⁶⁸ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...* p. 307 e segs.

⁶⁹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." in op. cit., pp. 75 e segs.

⁷⁰ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." op. cit., p. 106.

⁷¹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 74 e segs.

⁷² Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., p. 80.

⁷³ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., p. 82.

pelas partes⁷⁴. Manifesta ainda surpresa que o CPC português não tenha sido pensado politicamente, dando a entender que o reforço da inquisitorialidade, evidente na reforma de 95/96, teria sido induzido, pelas mesmas directrizes⁷⁵. Em síntese, o juiz deve ser um sujeito à parte, estranho ao objecto do processo, não o podendo alterar, nem actuar sobre a produção da prova de factos alegados pelas partes⁷⁶.

4 O negacionismo

Formulados os principais pressupostos do garantismo, também denominado revisionismo, em virtude de elogiar as virtudes do antecedente CPC italiano, por contraponto ao CPC de 1940, devemos referir os pressupostos daqueles que recusam tais receios, designadamente a perda de imparcialidade do julgador, os denominados negacionistas⁷⁷. Assim, se os garantistas se opõem ao activismo judicial, os negacionistas procuram contrariar as afirmações mais catastrofistas dos garantistas ou, pelo menos, asseverar que os receios daqueles se afiguram exagerados e muito pouco ponderados.

Não obstante esta matriz identitária, os autores negacionistas protagonizam posicionamentos diversos na crítica ao entusiasmo militante dos garantistas. Contudo, o negacionismo não pretende afirmar as vantagens do activismo judicial. Antes procura fazer notar que o negacionismo se assume como uma terceira via, um *tertium genus*, que avalia os argumentos da tese garantista mas, de igual sorte, contraria os fundamentos estruturantes do activismo judicial, propondo, algo de distintivo e intermédio defronte daquelas duas orientações, antagónicas entre si.

Um dos casos paradigmáticos desta terceira via é o pensamento de Verde que, após avaliar o argumentário de Cipriani, Monteleone e Aroca, alega que o activismo judicial não conseguiu assumir contornos preocupantes, sendo mais útil e proficiente dirigir o debate para outros tópicos, como a necessidade de promover reformas e de encontrar modelos susceptíveis de contribuir para uma justiça rápida e eficaz⁷⁸. Por conseguinte, Verde alega que a controvérsia entre o garantismo e o activismo assume uma conotação essencialmente ideológica, sendo benéfico e mais proveitoso reflectir acerca de assuntos de outra relevância, como, por exemplo, a morosidade da justiça⁷⁹.

Ademais, as formulações de Ricci também devem enquadrar-se na corrente negacionista, uma vez que o autor considera a posição de Aroca demasiadamente rígida, decidindo enfatizar o relevo e a utilidade da gestão processual do juiz⁸⁰. Em conformidade, no intuito de sustentar a deriva activista, alerta para a necessidade de acautelar a vertente privatista da tutela do direito subjectivo, observando que a

⁷⁴ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus...in op. cit., pp. 83 e segs.

⁷⁵ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." in op. cit., p. 68.

⁷⁶ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 72-3.

⁷⁷ Cf. FRANCO CIPRIANI, "El Proceso Civil Italiano entre Revisionistas y Negacionistas" in *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006, pp. 53 e segs.

⁷⁸ Cf. GIOVANNI VERDE, "Le Ideologie ..." in op. cit., pp. 683 e segs.

⁷⁹ Cf. GIOVANNI VERDE, "Le Ideologie..." in op. cit., pp. 686-7.

⁸⁰ Cf. GIAN RICCI, "Il Processo Civile fra Ideologie e Quotidianità" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 1, 2005, pp. 82 e segs.

actividade probatória *ex officio* apresenta vantagens mas também inconvenientes⁸¹. Em conformidade, embora realce a complementaridade entre os princípios do dispositivo e do inquisitório, em sede instrutória, enfatiza, de modo impressionante, que os poderes de aquisição probatória do juiz nunca podem ser discricionários, nem ilimitados⁸².

Também Pisani, no intuito de eliminar pré-compreensões, alega que a acção judicial apresenta uma componente publicista e outra privatista, tentando demonstrar, por isso, que nenhum ordenamento adopta um sistema processual integralmente apoiado na prevalência de uma daquelas duas componentes, ao contrário do CPC italiano de 1865⁸³. A seguir, explica o papel de Mortara e de Chiovenda, na redacção do actual CPC, onde avulta a componente publicista mas, de igual modo, a componente privatista⁸⁴. Por fim, alega que a entrada em vigor da Constituição republicana italiana não abalou, nem pôs em causa os pressupostos do CPC⁸⁵. Em suma, reconhecendo virtudes na análise histórico-evolutiva de Cipriani, observa que o predomínio publicista não enuncia laivos de autoritarismo, nem destrói ou compromete as garantias das partes⁸⁶.

As reflexões de Carnacini ainda dever ser incluídas no negacionismo. Com efeito, após explicar a origem dos poderes inquisitórios do juiz, Carnacini aceita a dualidade entre estes poderes e o princípio do dispositivo, rejeitando a ideia de uma antítese vincada⁸⁷. Não obstante, observa não ser possível admitir uma equivalência entre aqueles dois princípios, dado continuar a reconhecer-se o monopólio da parte, quando recorre ao tribunal⁸⁸. Ainda segundo Carnacini, os poderes do juiz não impedem nem dificultam a actividade da parte, na demonstração dos factos que subjazem às suas pretensões⁸⁹. Aliás, quanto a este último ponto, Liebman havia aceite a emergência dos poderes inquisitórios do juiz, em sede probatória, sublinhando que a imparcialidade não é afectada, dado que a sentença é proferida em momento ulterior⁹⁰.

Ainda a propósito da alegada perda de independência do julgador, em virtude do acréscimo de poderes instrutórios, Taruffo procura demonstrar como são infundamentados tais receios e alarmistas as ponderações que consideram ameaçadas as garantias das partes. Rejeita, por isso, a ideia de que só um juiz passivo e inerte poderia ser imparcial, afirmando, inclusive, que a procura da verdade e o esclarecimento dos factos, no caso de não se encontrarem esclarecidos, faz sobressair a imparcialidade do magistrado⁹¹. Deste modo, não seria imparcial o juiz que se contenta, sempre e em qualquer caso, com a prova trazida pelas partes⁹². Por conseguinte, faz notar que a actuação do magistrado,

⁸¹ Cf. GIAN RICCI, "Il Processo..." in op. cit., pp. 82-3.

⁸² Cf. EDOARDO RICCI, "Il Principio Dispositivo Come Problema di Diritto Vigente" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, pp. 385 e segs.

⁸³ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice di Procedura Civile del 1940 Fra Pubblico e Privato" in *Foro italiano*, Vol. CXXIII, Parte IV, 2000, pp. 76-7.

⁸⁴ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 77-8.

⁸⁵ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 78.

⁸⁶ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 82 e segs.

⁸⁷ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 724 e segs.

⁸⁸ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 740-1.

⁸⁹ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 741 e segs.

⁹⁰ Cf. ENRICO LIEBMAN, "Fondamento del Principio Dispositivo" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. II, 1960, pp. 561 e segs.

⁹¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione Probatoria" in *La Prova nel Processo Civile*, Milão, 2012, p. 95.

⁹² Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 95.

no sentido de recusar a admissibilidade de determinado meio de prova não deve ser entendido como indício comprometedor da sua isenção e imparcialidade⁹³.

Reconhecendo o recrudescimento da polémica, sobretudo em Itália e em Espanha, acerca do âmbito de poderes instrutórios atribuídos ao juiz e a alegada contraposição de um modelo autoritário, face a um modelo supostamente liberal, Taruffo lembra que o temo *inquisitório* não equivale à locução *autoritário*⁹⁴. Além disso, os poderes instrutórios *ex officio* são de natureza supletiva, relativamente à prova carreada para o processo pelas partes⁹⁵. Ademais, sequer lhe parece que a atribuição de poderes inquisitórios prefigure um problema de natureza ideológica, pois o fenómeno não é exclusivo de Estados autoritários⁹⁶. Em conformidade, basta atentar no direito processual civil francês, italiano e alemão, para constatar simples diferenças de amplitude na extensão daqueles poderes⁹⁷. Destarte, enquanto o direito francês consagra um amplo poder discricionário, no sentido de o juiz dispor dos meios de prova admissíveis, o direito italiano e o direito alemão reconhecem poderes de iniciativa probatória, ao magistrado, que nem respeitam ao conjunto de meios de prova disponíveis⁹⁸. Ademais, o direito inglês e o direito espanhol, apesar de apressadas etiquetagens de cariz liberal, assumem o reforço da susceptibilidade de o juiz promover, *ex officio*, iniciativas de cariz probatório⁹⁹. Por isso, Taruffo conclui pela ausência de conexão entre a atribuição de poderes de iniciativa probatória e a pertença a um qualquer regime autoritário ou antidemocrático, dado que a iniciativa assume natureza técnica, não ideológica¹⁰⁰. Por último, recorda que a finalidade do processo será a de realizar justiça, não propriamente de se limitar a controvérsias, pelo que a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado faz pleno sentido, de acordo com os critérios de legalidade, assumidos por todos e por cada um daqueles ordenamentos jurídicos¹⁰¹.

Relativamente ao direito espanhol, Junoy considera forçado entender que as iniciativas do juiz sejam estribadas em razões estritamente políticas, v.g. de cariz autoritário ou ditatorial, dado que a adequação técnica da norma não tem ligação estreita com a ideologia de um determinado sistema político¹⁰². Em conformidade, dá o exemplo da boa-fé processual, admitido por sistemas muito diversos, em épocas históricas bem diferenciadas¹⁰³. De outro modo, acerca da iniciativa probatória do juiz, defende que ela não se confundirá com algo autoritário, se for limitada aos factos discutidos na causa e aos meios de prova constantes do processo¹⁰⁴. Deste modo, evitar-se-ia o autoritarismo e o juiz poderia contribuir, com a sua actuação *ex officio*, no sentido de colmatar qualquer insuficiência

⁹³ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 96.

⁹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 96.

⁹⁵ Aliás, MICHELE TARUFFO adianta que, quando existe iniciativa probatória do juiz, ela se afigura marginal e secundária., "Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa" in *Le Prove nel Processo Civile*, Milão, 2007, p. 56.

⁹⁶ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 59-60

⁹⁷ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 61 e segs.

⁹⁸ A este propósito, no direito alemão, Michele Taruffo recorda estar vedado ao juiz recorrer à prova testemunhal. Cf. "Poteri..." in op. cit., pp. 62e segs.

⁹⁹ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 69 e segs.

¹⁰⁰ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 73-4.

¹⁰¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 113.

¹⁰² Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado" in *Proceso Civil e Ideologia*, Valência, 2006, p. 117.

¹⁰³ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 118 e segs.

¹⁰⁴ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 120.

probatória¹⁰⁵. Consequentemente, a intervenção do magistrado assumia um recorte técnico no desenvolvimento do processo judicial, não comprometendo o princípio do dispositivo atribuído às partes, observando a efectividade da tutela judicial e a prossecução da justiça efectiva¹⁰⁶. Ademais, Junoy recorda que o processo civil deixou de ser uma relação jurídica eminentemente privada, aceitando, com naturalidade, a natureza pública do Direito Processual Civil¹⁰⁷. Como tal, o princípio do dispositivo não pode significar um poder monopolista de iniciativa probatória, impedindo a iniciativa oficiosa do juiz¹⁰⁸. Logicamente, como acrescenta Koch, assumindo a natureza pública, é natural que o papel a atribuir ao juiz se relacione com aspectos ligados à efectiva promoção da justiça e à ponderação entre o prazo razoável e o resultado obtido¹⁰⁹. Em conformidade, será razoável aceitar a iniciativa probatória do magistrado, independentemente da vontade das partes¹¹⁰.

Barbosa Moreira esclarece ser verdadeira a ideia de que nenhum ordenamento processual regula a instrução probatória, em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das partes, quer do próprio juiz¹¹¹. Além disso, constata que os regimes autoritários fortalecem os poderes do executivo, não os do judiciário, ainda que os regimes comprovadamente democráticos tenham vindo a acentuar a actividade do magistrado, na esfera probatória¹¹². A este propósito, entende evidenciar a reforma da ZPO de 2001, que amplia os poderes do juiz, acentuando a constatação de que na Alemanha não vigorava, naquela época, um regime político autoritário¹¹³. Ademais, a realização da prova por iniciativa do juiz no sentido de esclarecer os factos relevantes não substitui ou usurpa a função de parte, mas é inerente à função de julgador¹¹⁴. Em consequência, realça que a determinação *ex officio* da declaração de um determinado sujeito não significa, obviamente, coartar o direito da parte, no sentido de propor a audição de outras testemunhas¹¹⁵.

Lemos Jorge, por seu turno, manifesta a sua discordância em face do posicionamento da corrente garantista, designadamente no tocante ao referido por Correia de Mendonça acerca do direito português¹¹⁶. Na verdade, afirma ter dificuldade em ligar os poderes instrutórios do juiz a qualquer manifestação de autoritarismo, defendendo que aqueles poderes permitem actuar num comportamento activo de procura da verdade, quanto aos factos que pode conhecer¹¹⁷. A seu ver, o comportamento do julgador enquadra-se numa tentativa de esclarecer os factos que as partes trazem para o processo e, assim, adoptar uma posição activa na procura de uma solução adequada para a controvérsia

¹⁰⁵ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 120-1.

¹⁰⁶ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 124-5.

¹⁰⁷ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 121.

¹⁰⁸ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 123.

¹⁰⁹ Cf. RAPHAEL KOCH, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*, Tübingen, 2013, pp. 5 e segs.

¹¹⁰ Cf. RAPHAEL KOCH, *Mitwirkungsverantwortung...* op. cit., pp. 15 e segs.

¹¹¹ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo" in *Cadernos de Direito Privado*, nº 7, 2004, p. 4.

¹¹² Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo no Processo Civil" in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano V, nº 7, 2005, pp. 16-7.

¹¹³ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo..." in op. cit., p. 19.

¹¹⁴ Tanto mais que, como explica José Barbosa Moreira, determinar, *ex officio*, o depoimento de alguém, não restringe o direito da parte, em nomear e fazer ouvir, em tribunal, as suas próprias testemunhas. Cf. "O Neoprivatismo..." in op. cit., pp. 22 e segs.

¹¹⁵ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo..." in op. cit., pp. 22-3.

¹¹⁶ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 80 e segs.

¹¹⁷ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., p. 81.

objecto do processo¹¹⁸. Logo, nada haveria a temer, desde que sejam acauteladas as garantias das partes e, assim, evitar uma deriva para algo menos consentâneo com os fins do processo, como será, naturalmente, um modelo de cariz autoritário¹¹⁹.

5 Outras vertentes activistas

5.1 A comunidade de trabalho

Se nos poderíamos inclinar no sentido de entender exageradas as considerações dos garantistas e anuir acerca de algumas formulações dos negacionistas, julgamos que a conversão do dever de colaboração, numa ampla cooperação, por vezes, alcandorada a matriz ou sobranceiro princípio processual, merece séria cautela. Na verdade, a cooperação concebida como uma directriz tendente a arquitectar uma comunidade de trabalho, pode representar um perigo, uma deriva, pouco consentânea com as finalidades do processo civil.

Aliás, de acordo com Lebre de Freitas, o progressivo fortalecimento do princípio da cooperação tem justificado a ideia de promover uma comunidade de trabalho¹²⁰, entre os sujeitos processuais, no intuito de contribuir para o bom andamento do processo. Com efeito, em sentido semelhante, Teixeira de Sousa perfilha a ideia de que a comunidade de trabalho pode responsabilizar o tribunal e as partes pelos resultados¹²¹.

Por nossa parte, antes de enunciarmos conclusões extraídas deste ensinamento, alicerçado numa directriz comunitária, a ideia singular, apoiada numa suposta ideia de comunidade, importa encarar o dever de colaboração e até o princípio daí resultante, numa perspectiva diacrónica. Talvez compreendamos, melhor o que está verdadeiramente em causa. Aquilo que a formulação visa apurar, em momento ulterior, a pertinência dos receios antes enunciados. Recordemos que a colaboração das partes foi consagrada, num primeiro momento, enquanto estrito dever ou regra de conduta¹²², no intuito de prestar esclarecimentos ao juiz, sempre que por ele solicitados, de acordo com o preceituado no artigo 265º CPC. E, a acrescer a tal dever, num âmbito mais vasto, dirigido a todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, o encargo de responder ao que for perguntado, com correlativa submissão às inspecções julgadas necessárias, praticando os actos determinados, a menos que a subsequente recusa se enquadre na segunda parte do artigo 524º CPC.

Mais tarde, o dever é elevado a princípio processual. O princípio da cooperação. Aliás, isso é anunciado na epígrafe do artigo 266º CPC, após a revisão de 1995/96. De acordo com o nº 1, é imposto às partes, e aos respectivos mandatários, o dever de cooperarem entre si, no sentido de obterem uma justa

¹¹⁸ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 81-2.

¹¹⁹ Segundo as palavras de Lemos Jorge, estaríamos defronte de um juiz participante, mas não parcial, inquiridor, mas não inquisidor, com autoridade, mas sem autoritarismo. Cf. "Os Poderes..." in op. cit., pp. 83-4.

¹²⁰ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., p. 192.

¹²¹ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...* 2ª ed., op cit., p. 62.

¹²² Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...* Vol. III, op. cit., p. 4.

composição do litígio. Deste modo, o nº 2 procura concretizar tal dever, ao determinar o fornecimento de esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, justificando, inclusive, o parecer de que tal concretização enuncia dois deveres essenciais¹²³. Assim, teríamos o dever de esclarecimento ou consulta, nos termos do qual o tribunal esclarece, junto das partes, as dúvidas que possua, e o dever de prevenção ou de informação, segundo o qual o tribunal alerta para eventuais deficiências ou insuficiências dos pedidos ou alegações¹²⁴, constantes do processo, apresentado no âmbito do poder de iniciativa do autor. Por conseguinte, reflectindo sobre o alcance da disponibilidade das partes, Teixeira de Sousa alega que o poder do tribunal acautela a liberdade dos sujeitos processuais, no sentido de aceitarem o convite para esclarecerem o juiz ou para suprirem as deficiências por ele indicadas¹²⁵. E, por outro lado, adverte no sentido de que o princípio da cooperação não pode ser aplicado sem ter em conta a auto-responsabilidade das partes, pois o suprimento judicial não abrange a omissão de factos estruturais da causa¹²⁶.

Numa perspectiva ainda mais entusiástica sobre a cooperação, Fredie Didier acredita que o nº 1 do artigo 266º CPC consagra um novo modelo de direito processual, o modelo cooperativo, nos termos do qual o princípio do contraditório deve ser redimensionado, de modo a que o juiz promova um *diálogo processual*¹²⁷. Em sua opinião, a condução cooperativa¹²⁸ seria uma espécie de *tertium genus*, ao minimizar o princípio do dispositivo e também o do inquisitório, dado enaltecere uma equidade, uma paridade em diálogo e equilíbrio, entre os sujeitos processuais, no decurso do *iter* processual, desde a petição inicial, até à fase de julgamento¹²⁹. Além disso, o princípio da cooperação não dependeria da intermediação de outras regras concretizadoras, dado sobressair como cláusula geral, dotada de eficácia directa¹³⁰. Embora Didier declare não pretender sobrevalorizar o princípio da cooperação¹³¹, parece ser esse o resultado lógico das suas longas e estusiásticas considerações.

Todavia, não será esse o entendimento dominante, sequer maioritário, acerca da valia e do alcance da reforma que alcandora a cooperação em princípio estruturante do processo civil, por mais empenhadas que tenham sido as formulações do legislador¹³² e de alguma doutrina. Com efeito, interessa mencionar vozes que contrapuseram dúvidas, reparos e interrogações acerca deste novo modelo. Na verdade, Antunes Varela alertou para o esforço sobre-humano que recairia sobre a actuação do juiz de primeira instância, bem com a

¹²³ Defendendo esta opinião, TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil: Projecto" in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 2, 1995, p. 362.

¹²⁴ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação..." in op. cit., p. 362.

¹²⁵ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação..." in op. cit., p. 363.

¹²⁶ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Limites da Cooperação do Tribunal" in *Cadernos de Direito Privado*, nº 17, Março, 2007, p. 46.

¹²⁷ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, 2010, p. 46.

¹²⁸ Expressão de FREDIE DIDDIER, *Fundamentos...* op. cit., p. 47.

¹²⁹ Em conformidade, FREDIE DIDIER, depois de procurar demonstrar a simetria entre as partes, é forçado a admitir que, no momento da decisão, as partes não decidem com o juiz. Cf. *Fundamentos...* op. cit., pp. 47 e segs.

¹³⁰ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 41 e segs.

¹³¹ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 102-3.

¹³² O preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95 declarava que o princípio da cooperação era o princípio angular e exponencial do processo civil, no intuito de permitir que o juiz e os mandatários cooperem entre si, de modo a atingir a justiça do caso concreto.

emergência de um risco sério de subversão da função judicial¹³³. Posteriormente, adotando tônica semelhante, Paula Costa e Silva preocupou-se com a posição da parte, advertindo para um desenho de um tipo ideal de sujeito processual, para uma utopia, por parte do legislador, dado que a realidade mostrava com frequência inaudita um outro tipo de parte e a percepção do conflito, de modo bastante divergente¹³⁴. A seguir, num outro escrito, observou que a cooperação impõe uma inversão do paradigma do processo enquanto confronto entre privados¹³⁵.

Mariana França Gouveia e Correia de Mendonça vão ainda mais longe, no posicionamento crítico, dirigido à percepção cooperativa. Com efeito, se Mariana Gouveia aceita o dever de agir de boa fé, defende que a cooperação não pode significar uma expropriação de direitos privados, em favor de uma ideia pública de justiça¹³⁶. Em conformidade, afasta a ideia de comunidade de trabalho, bem como a orientação que promove a ideia social do processo e, correlativamente, acaba por desprezar os interesses individuais das partes¹³⁷. Por seu turno, Correia de Mendonça, ao recordar que o juiz, quando decide, corta interesses antagônicos, alega que o princípio da cooperação desvirtua esta realidade, em nome de um interesse supostamente superior, de cariz autoritário¹³⁸. Ademais, observa que o magistrado deve ser árbitro, não treinador, sendo impossível corrigir os erros técnicos das partes e agir de acordo com uma suposta vontade normativa, sem comprometer a sua imprescindível imparcialidade e isenção¹³⁹. Consequentemente, adverte para o irrealismo da comunidade de trabalho e que, a prosseguir este caminho de autoritarismo e dirigismo, interessa ter presente o perigo real de a relação jurídica poder cair no abismo¹⁴⁰.

Não obstante as dúvidas e fundados reparos, antes enunciados, a reforma de 2013 decidiu manter o teor do antigo artigo 266º CPC, actual artigo 7º CPC, após a errónea e mistificadora renumeração, atempadamente denunciada. Logicamente, se a subsistência do princípio da cooperação entusiasmou os apoiantes, não atenuou as críticas e os reparos dos seus detractores. Antes pelo contrário. Em conformidade, Silva Pereira, embora não se tivesse manifestado totalmente contrário ao reforço dos poderes inquisitórios do juiz, faz notar que o princípio da cooperação, tal como se encontra desenhado no CPC, pode abrir a porta a uma maior arbitrariedade judicial, no intuito de promover a celeridade, permitindo ou, pelo menos, não evitando uma decisão à pressa¹⁴¹. Também Miguel Resende manifesta fundadas dúvidas acerca da existência de uma verdadeira comunidade de trabalho, dado que o reforço de poderes inquisitórios do juiz e a

¹³³ Cf. ANTUNES VARELA "A Reforma do Processo Civil Português" in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 129, pp. 259 e segs.

¹³⁴ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, 2003, pp. 111-2.

¹³⁵ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra, 2008, p. 410.

¹³⁶ Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual Experimental Anotado*, Coimbra, 2006, p. 103.

¹³⁷ Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa: Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão" in *Julgar*, nº 1, 2007, p. 56.

¹³⁸ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 90 e segs.

¹³⁹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "80 Anos de Autoritarismo: Uma Leitura Política do Processo Civil Português" in *Proceso Civil e Ideologia*, Valencia, 2006, pp. 432 e segs.

¹⁴⁰ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 96 e segs.

¹⁴¹ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, "Princípio da Cooperação e Dever Jurídico de Colaboração Probatória: Uma Análise à Luz do Novo Código de Processo Civil" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 128 e segs.

imposição às partes de novos ónus processuais pode ameaçar, seriamente, as garantias de um processo equitativo¹⁴².

Correia de Mendonça mantém a tônica antes anunciada, ao revisitar o assunto, depois da reforma de 2013. Por conseguinte, rejeita não apenas aquilo que denomina por papel assistencial do juiz, pois haverá o risco de se transformar em paternalismo intrusivo, como as iniciativas no sentido de convidar as partes a prestar esclarecimentos ou a praticar determinados actos, uma vez que tais atitudes comprometem a imparcialidade do julgador¹⁴³. Por nossa parte, aquando da realização do I Congresso Luso-Brasileiro da Universidade Nova, tivemos oportunidade de expressar desconforto em face do engrandecimento da cooperação processual e da enigmática comunidade de trabalho¹⁴⁴. Em conformidade, reflectindo acerca do articulado do CPC, rejeitámos a ideia de uma cláusula geral ou a susceptibilidade de aplicação imediata, reconhecendo que o reforço de poderes do juiz, bem como a fragilização dos direitos das partes, em nome de uma ideia comunitária, de índole subjectiva, podem desvirtuar seriamente a natureza da acção processual cível¹⁴⁵.

Interessa ainda acrescentar, um outro tópico susceptível de comprovar a insuficiência do princípio da cooperação, no direito português. Realmente, para além do exagerado peso da intervenção do juiz, tal como a inversão do paradigma do processo, interessa notar a existência de fundadas dúvidas acerca dos limites de um dever de verdade dirigido às partes¹⁴⁶ e ainda no relativo à efectiva consagração desse dever, no direito português¹⁴⁷. Ademais, as regras atinentes à litigância de má-fé são mais amplas do que a simples violação do dever de cooperação, pois o artigo 542º CPC qualifica como litigante de má fé o sujeito que age com dolo e negligência grave. No caso da cooperação, apenas a omissão grave seria ilícita o que evidencia mais uma dificuldade que devemos ponderar.

5.2 A dinamização do ónus da prova

Perante o desconforto que a repartição do ónus da prova suscitou, sobretudo quando se percebeu que as regras especiais não eram suficientes, nem adequadas, perante o tímido reformismo legislativo, ao admitir, de modo pontual, outros regimes especiais, começou a ganhar corpo uma teoria que atribuía ao juiz a possibilidade de corrigir, em situações-limite, os excessos provocados pela estrita aplicação dos critérios legais de repartição do ónus da prova. Deste modo, não

¹⁴² Cf. MIGUEL RESENDE "O Princípio da Cooperação no Novo Processo Civil" in *Balanço do Novo Processo Civil*, CEJ, Lisboa, 2013, p. 26.

¹⁴³ Cf. CORREIA DE MENDONÇA, "A Cooperação Processual Civil Entre um Novo Modelo e a Sombra do Inquisitório" in *O Direito*, nº 1, Ano 151, 2019, pp. 51 e segs.

¹⁴⁴ Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, "Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?" in *O Direito*, nº 1, Ano 151, 2019, pp. 55 e segs.

¹⁴⁵ Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, "Cooperação..." in op. cit., pp. 62 e segs.

¹⁴⁶ Cf. ROLF STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien*, Tübingen, 1976, pp. 29 e segs. Cf. Antonio Carratta "Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 68, nº 1, 2014, pp. 69 e segs; Antonio Carratta "Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 68, nº 2, 2014, pp. 500 e segs; Elisângela Caureo, "Il Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Civil Procedure Review*, Vol. 9, 2018, pp. 27 e segs.

¹⁴⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo*, Coimbra, 2014, pp. 86-7.

estariamos defronte de uma ruptura em face da repartição do ónus probatório, mas sim de uma metodologia susceptível de adequar o ónus probatório a situações concretas, decididas casuisticamente pelo julgador.

Segundo um dos seus principais defensores, Jorge Peyrano, a teoria representava uma alternativa, um remédio. Assim, em vez de afastar ou eliminar a clássica repartição do ónus da prova, aquele expediente actuaria no sentido de corrigir o fracasso ou as graves deficiências da actividade probatória¹⁴⁸, permitindo ao juiz aferir o equilíbrio e a igualdade entre as partes, a propósito do encargo probatório que caberia a cada uma delas. Assim, Peyrano reflecte acerca de um conjunto de regras legais de distribuição do ónus da prova, a repartição estática do ónus probatório e evidencia um acentuado agnosticismo¹⁴⁹. Em conformidade, procura demonstrar como a praxis se encarrega de ilustrar situações em que as regras estáticas se tornam inadequadas e injustas¹⁵⁰. Empenha-se em construir um mecanismo, segundo a sua terminologia, uma máquina, destinada a impedir ou a dificultar os exageros propiciados pela estrita aplicação das regras legais e que, em conformidade, tenha em conta as circunstâncias do caso concreto¹⁵¹. Assim, perante uma decisão de um tribunal argentino de 1978, a propósito de uma acção de responsabilidade civil médica, Peyrano entendeu que o tribunal terá apreciado o encargo probatório, atendendo às circunstâncias específicas do caso concreto¹⁵², em detrimento da rigidez do regime legal. Subsequentemente, como, em seu entender, algumas outras decisões judiciais partilharam de pressupostos semelhantes, Peyrano, juntamente com Chiappini enunciaram, em 1984, os pressupostos fundamentais da teoria da repartição dinâmica do ónus probatório¹⁵³.

Em suma, quando a igualdade entre as partes não exista ou esteja ameaçada, o juiz deve agir de modo a evitar injustiças suscitadas pelo rígido encargo probatório¹⁵⁴. A seguir, Peyrano defende que o juiz deve indicar, enquanto solução de recurso, *in extremis*, encargos probatórios diferenciados daqueles que eram indicados pela lei vigente¹⁵⁵. Tanto mais que, como admite, num outro estudo, a desigualdade entre as partes pode ainda ser agravada nas situações de prova extremamente difícil, onde o material probatório é apreciado de forma particularmente delicada e imprecisa, como seria o caso da prova de factos antigos ou de factos ocorridos em ambiente fechado ou de acesso restrito¹⁵⁶.

Mas Peyrano não pretende extinguir ou desconsiderar o *onus probandi*, antes corrigir parcialmente, determinados esforços probatórios¹⁵⁷. Logicamente, isso pode significar aligeiramentos probatórios para uma parte, por contraste com o

¹⁴⁸ Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica" in *Cargas Probatorias Dinámicas*, coord. Jorge Peyrano e Inês White, Buenos Aires, 2008, p. 78.

¹⁴⁹ Cf. JORGE PEYRANO, *El Proceso Civil: Principios y Fundamentos*, Vol. I, Buenos Aires, 1978, pp. 535 e segs.

¹⁵⁰ Cf. JORGE PEYRANO, "Nota a Fallo: La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica" in *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1999, pp. 396-7.

¹⁵¹ Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., pp. 82 e segs.

¹⁵² Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., p. 85.

¹⁵³ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI "Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas" in *El Derecho*, nº 107, 1984, pp. 1005 e segs.

¹⁵⁴ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI "Lineamientos..." in op. cit., pp. 1006 e segs.

¹⁵⁵ Cf. JORGE PEYRANO, "La Regla de la Carga de la Prueba Enfocada como Norma de Clausura del Sistema" in *Civil Procedure Review*, vol. I, nº 3, 2010, pp. 100 e segs.

¹⁵⁶ Cf. JORGE PEYRANO, "La Prueba Difícil" in *Civil Procedure Review*, vol. 2, nº 1, 2011, pp. 87 e segs.

¹⁵⁷ Cf. JORGE PEYRANO, "La Carga de la Prueba" in *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, p. 969.

encargo da parte contrária, se estiver em condições mais favoráveis de provar um facto, relativo a uma controvérsia cível¹⁵⁸. No entanto, o encargo suplementar para a parte, que se encontre em melhores condições, não pode representar um esforço probatório exagerado, ou mesmo desajustado. Interessaria introduzir mecanismos direccionados a evitar a indigência probatória¹⁵⁹ de uma parte, no intuito de eliminar ou amenizar dificuldades, na demonstração de factos, a provar em juízo.

No entanto, se a teoria dinâmica foi adoptada, primeiramente, por determinados sectores da doutrina e da jurisprudência, antes de ser consagrada na lei, ainda que de modo incidental, ou enquanto regra substitutiva ou excepcional, esse não terá sido o caso da Argentina. Com efeito, apesar do impacto das ideias de Jorge Peyrano, o CPC continua a consagrar a repartição clássica do ónus da prova. Aliás, Peyrano, após sublinhar o impacto da teoria na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como na doutrina nacional e estrangeira, admitiu que o CPC do seu país não a admite de modo expresso¹⁶⁰. Todavia, em sua opinião, o CPC não conteria uma disposição absolutamente rígida, uma vez que o princípio de aquisição processual atribui ao juiz um amplo critério de razoabilidade, permitindo actuar, a propósito do mérito probatório, escolhendo aquele que se encontra em *favor probationes*, em condições mais favoráveis para provar¹⁶¹. Aliás, sobre este tópico, Peyrano resolve ilustrar a sua ideia com a imagem de uma emergência, ocorrida durante uma cirurgia, no intuito de justificar a mutabilidade da teoria dinâmica¹⁶². Em sua opinião, aquele que se encontra *prima facie* em melhor condição de provar, pode nem estar numa situação privilegiada, no sentido de demonstrar a veracidade de um facto¹⁶³.

Como esclarece Barberio, a doutrina dinâmica não consiste num conjunto de regras jurídicas de atribuição do ónus da prova, mas antes numa pauta de valoração, destinada a avaliar o material probatório recolhido e a decidir aquele que se encontra em melhores condições para carrear, para os autos, provas relevantes para o objecto da causa¹⁶⁴. Ou seja, a doutrina recusa adjudicar, *a priori*, o encargo probatório de cada um dos sujeitos processuais¹⁶⁵. Em suma, se procura alterar a distribuição do ónus da prova, não representa um critério alternativo ou especial de repartição probatória, pelo que nem faria sentido constar do quadro da repartição estática, fixado na lei, mas deve antes resultar dos poderes de iniciativa do juiz, atento um determinado circunstancialismo fáctico.

No que tange à receptividade da doutrina, no direito brasileiro, convém notar, além de uma adesão significativa por parte de reputados jus-civilistas e de alguma jurisprudência, existe alguma receptividade, por parte da legislação em vigor. Assim, se o CPC de 1973 não havia manifestado abertura, no sentido de viabilizar tal teoria, no direito interno brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor admitia, no artigo 6º, uma inversão do ónus *ope judicis*, em vez de uma inversão *ope legis*. Isso teria representado a adopção legislativa da teoria dinâmica do ónus da

¹⁵⁸ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI, "Lineamientos..." in op. cit., p. 1005.

¹⁵⁹ Expressão utilizada por GUILLERMO SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*, Madrid, 2004, p. 12.

¹⁶⁰ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe Sobre la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas" in *Revista de Proceso*, nº 217, ano 38, 2013, pp. 211 e segs.

¹⁶¹ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe..." in op. cit., pp. 210-1.

¹⁶² Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., p. 85.

¹⁶³ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe..." in op. cit., p. 222.

¹⁶⁴ Cf. SERGIO BARBERIO, "Cargas Probatorias Dinámicas" in *Cargas Probatorias Dinámicas*, Buenos Aires, 2008, pp. 99-100.

¹⁶⁵ Cf. SERGIO BARBERIO, "Cargas..." in op. cit., p. 100.

prova¹⁶⁶. Aliás, houve quem defendesse que o preceito nem seria aplicado, apenas, no âmbito estrito das relações de consumo, mas tutelava os direitos colectivos *latu sensu* e protegia os direitos de carácter não patrimonial¹⁶⁷.

Porém, para surpresa de muitos, o teor do novo CPC de 2015 não evidencia uma adesão entusiástica à teoria dinâmica do ónus da prova. Ao invés, o CPC parece ter adoptado cautelas condizentes com o que um sector mais moderado¹⁶⁸. Realmente, o artigo 373º do novo CPC prescreve, *ab initio*, uma repartição clássica do ónus da prova. Somente após estipular esta regra geral, o § 1º do mesmo preceito, admite excepcionar tal regra, de acordo com lei especial ou perante circunstancialismos da causa, derivados da impossibilidade, excessiva dificuldade ou maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário. Em conformidade, apenas nestas situações, o juiz pode atribuir o ónus da prova de modo diverso, desde que o faça, fundamentadamente, dando à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe fora atribuído.

Não obstante, o § 2º ainda restringe o dinamismo, admitido pelo parágrafo anterior, uma vez que a decisão do juiz não pode gerar uma situação em que a desincumbência do encargo se afigure impossível ou extremamente difícil. Como tal, se o juiz deve, em sede de saneamento, definir a distribuição do ónus da prova, como prescreve o nº 2 do artigo 357º, não é menos certo que o conteúdo do artigo 373º CPC parece ser mais restritivo da actividade do juiz do que uma leitura apressada pode supor. Tanto mais que a interpretação mais consentânea parece ser a de admitir que os requisitos consagrados nos §§ 1 e 2 são cumulativos¹⁶⁹. Deste modo, o § 1º do artigo 373º CPC permite ao juiz, em face das peculiaridades da causa, atentando na impossibilidade, na excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou na maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário, atribuir o ónus de modo diverso, através de decisão fundamentada. Mas a decisão não pode gerar uma factualidade em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil. Por outras palavras, o deslocamento do ónus da prova não será admitido se se tratar de um facto excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte¹⁷⁰. Em suma, a repartição do ónus probatório não opera, de modo rígido, nos termos de critérios gerais e abstractos, a contrapor ao critério originário, mas através de uma decisão muitíssimo circunstanciada e fundamentada. Logo, a uma distribuição estática do ónus da prova, opõe-se uma distribuição dinâmica, onde, em vez de regras dirigidas às partes, temos uma formulação caldeada pelo juiz, de acordo com parâmetros legais muitíssimo restritivos¹⁷¹.

Destarte, as ideias mestras da teoria dinâmica, vertidas no CPC brasileiro de 2015, assentam numa recusa de antagonismo perante as directrizes de repartição

¹⁶⁶ Cf. MARCELA MOURA FRANÇA, "Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e o Artigo 333º do CPC" in <http://www.boletimjuridico.com.br>, 2013, p. 3.

¹⁶⁷ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Onus da Prova)-Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC", in *Revista de Processo*, nº 246, 2015, p. 91.

¹⁶⁸ A propósito, JOÃO BATISTA LOPES, havia aconselhado a restrição da teoria dinâmica do ónus probatório a hipóteses de impossibilidade ou de excessiva onerosidade na produção da prova, no intuito de evitar a discricionariedade da medida. Cf. "Ónus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil" in *Revista de Processo*, nº 204, 2012, p. 240.

¹⁶⁹ Cf. LEONARDO BESSA E RICARDO LEITE, "A Inversão do Ónus da Prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: Semelhanças e Incompatibilidades" in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 6, nº 3, 2016, p. 142.

¹⁷⁰ Cf. LEONARDO BESSA e RICARDO LEITE, "A Inversão..." op. cit., p. 142.

¹⁷¹ Neste sentido, Araken de Assis, *Processo Civil Brasileiro*, Vol. II, Tomo II, 2ª ed., 2016. p. 207

do ónus da prova, preferindo significar mecanismos de correcção, em casos especiais. Na verdade, o artigo 373º prescreve inicialmente que o ónus da prova incumbe ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito, e ao réu, no que respeita à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Como vimos, o CPC continua a consagrar, enquanto regra geral, uma distribuição estática do ónus da prova¹⁷², admitindo excepcionar, nos termos dos §§ 1 e 2 e de acordo lei especial ou perante circunstancialismos específicos de determinada causa, uma outra distribuição do ónus da prova. Logicamente, a nova distribuição não pode ser livre, nem arbitrária, nem sequer basear-se em precedentes, como sucedia antes¹⁷³, mas deve cumprir os estritos cânones previstos no preceito do CPC. Cânones que se nos afiguram limitativos, no intuito de admitir uma distribuição dinâmica excepcional¹⁷⁴ ou subsidiária¹⁷⁵.

Mas a visão restritiva não mereceu acolhimento unânime. Sobretudo, por parte daqueles que, antes da aprovação do novo CPC, defendiam uma ampla consagração da teoria dinâmica. Por conseguinte, Moura de Azevedo, ao interpretar o artigo 373º afirma que a teoria estática foi colocada, em pé de igualdade, com a teoria dinâmica, configurando, esta última, um instrumento colocado à disposição do magistrado, no sentido de impor um encargo probatório sobre a parte que se encontra em melhores condições¹⁷⁶. Por isso, embora admita uma subordinação da teoria dinâmica, defende que os perigos de decisões arbitrárias ou até de uma *prova diabolica* se encontram acautelados pelos preceitos legais¹⁷⁷. Na verdade, estas ideias são reafirmadas por Cambi quando alega que a distribuição dinâmica do ónus da prova amplia os poderes do juiz, tornando-o um intérprete activo, um *problem solver* e até um *law maker*¹⁷⁸, apesar de admitir limites ao exercício da distribuição dinâmica das provas. Assim, quanto aos limites materiais, o litigante, dinamicamente onerado, deve encontrar-se em posição privilegiada, em virtude do papel desempenhado na controvérsia. Todavia, o ónus dinâmico não pode ser aplicado para compensar a inércia, mas no sentido de evitar

¹⁷² Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo...* Vol. II, op. cit., pp. 193 e segs.

¹⁷³ FREDIE DIDIER realça este contraste, no intuito de evidenciar o contraste entre a situação anterior à vigência do CPC de 2015, onde o precedente judicial fundamentava a distribuição dinâmica do ónus da prova e a existência de um preceito legal que pressupunha o preenchimento de pressupostos formais e materiais, no sentido de justificar tal distribuição. Cf. "A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ónus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro" in *Revista Direito Mackenzie*, Vol. II, nº 2, 2017, pp. 150-1.

¹⁷⁴ Segundo ARAKEN DE ASSIS, apenas em determinadas condições – motivo concreto, prévio e delimitado – será aceitável a distribuição *ope judicis* do ónus da prova. Esta distribuição não pode funcionar, portanto, como regra, mas como excepção, a interpretar restritivamente. Cf. *Processo...* Vol. II, op. cit., p. 211.

¹⁷⁵ LENIO STRECK, DIERLE NUNES e LEONARDO DA CUNHA recordam que a regra é a de que incumbe ao autor a prova dos factos constitutivos do seu direito e ao réu, a existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, a dinamização surge, de modo subsidiário, quando for necessária à prestação adequada da tutela do direito material. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2016, p. 558.

¹⁷⁶ Em sua opinião, o artigo 373º CPC permite a distribuição dinâmica surja como forma de suprir dificuldades encontradas durante a instrução processual e se aproxime o mais possível de um conhecimento exaustivo dos factos abordados em juízo. Cf. ANTÓNIO MOURA DE AZEVEDO, "A Consolidação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ónus da Prova no Novo CPC" in *Âmbito Jurídico*, nº 143, Dezembro, 2015, <http://ambito-juridico.com.br>, p. 2.

¹⁷⁷ Assim, quanto ao risco de decisões abusivas ou arbitrárias acentua a importância dos recursos, invocando a violação de importantes princípios processuais. No que tange à *prova diabolica*, o §1º do artigo 373º do CPC faculta à parte encarregada de provar, no âmbito do princípio do contraditório, de demonstrar que a distribuição do encargo probatório lhe causa sério prejuízo. Cf. ANTÓNIO MOURA DE AZEVEDO, "A Consolidação..." in op. cit. p. 2.

¹⁷⁸ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., pp. 100-1.

a formação da *probatio diabolica* de uma das partes¹⁷⁹. E ainda limites de índole formal, como a necessidade de fundamentar a distribuição dinâmica, bem como a impossibilidade de a decisão ocorrer apenas em sede decisória, designadamente na sentença, em virtude de não acautelar o princípio do contraditório¹⁸⁰.

Compreensivelmente, a questão também foi suscitada em Portugal. Aliás, ainda antes da reforma de 2013, Micael Teixeira sustentou que o direito português consagrava a distribuição dinâmica do ónus da prova¹⁸¹. Por isso, ao enfatizar os princípios processuais da cooperação, celeridade e economia processual, procurou demonstrar a inadequação do nº 1 do artigo 344º, sobretudo no que respeitava às presunções legais e aos casos de dispensa ou liberação do ónus da prova¹⁸². A partir daí, advogou que a distribuição dinâmica devia ser o critério legal de repartição do ónus da prova, em virtude de ter encontrado uma lacuna oculta, no artigo 342º do CC, a propósito do desequilíbrio das capacidades probatórias das partes¹⁸³. Em conformidade, a aplicação da distribuição dinâmica do ónus da prova resultaria do aprofundamento do princípio de adequação formal, previsto no antigo artigo 265º A, a que corresponde o actual artigo 547º CPC¹⁸⁴.

Noutra perspectiva, admitindo as limitações das regras de repartição do ónus da prova, Elisabeth Fernandes observa que a possibilidade de os tribunais aplicarem a distribuição dinâmica, sem norma que o permita, deve ser recusada¹⁸⁵. Ainda em sentido semelhante, Luz dos Santos, ainda que tenha manifestado simpatia pela distribuição dinâmica¹⁸⁶, discorda das ideias de Micael Teixeira, pois defende ser no seio da distribuição do ónus da prova, não no âmbito de apreciação da prova que a dificuldade de provar deve ser considerada¹⁸⁷. Subsequentemente admite, numa perspectiva de *iure condendo*, o funcionamento da distribuição do ónus da prova, através de uma cláusula geral de facilidade relativa a distribuir prova que tenha em conta a proximidade e o controlo dos factos, os conhecimentos técnicos e o correlativo exercício de uma actividade profissional, bem como o acesso aos meios de prova¹⁸⁸. Mais tarde, já em co-autoria com Wang Wei, Luz dos Santos regressa a este tema, avisando que o plano de debate continua a ser de *iure condendo*¹⁸⁹. Contudo, os autores entreabrem a porta, através do mecanismo da gestão processual, adoptado pela reforma do CPC de 2013, no sentido de, em sede de audiência prévia, o juiz, no uso dos poderes conferidos

¹⁷⁹ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., p. 102

¹⁸⁰ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., p. 102

¹⁸¹ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Lisboa, 2012, n. ed., pp. 32 e segs.

¹⁸² Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 54 e segs

¹⁸³ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 77-8.

¹⁸⁴ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 81 e segs.

¹⁸⁵ Cf. ELISABETH FERNANDES, "A Prova Difícil ou Impossível" in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, 2013, p. 831.

¹⁸⁶ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "Plaidoyer por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova e pela Teoria das Esferas de Risco à Luz do Recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/12/2013: o Admirável Mundo Novo no Homebanking" in *O Direito*, nº 147, III, pp. 740 e segs.

¹⁸⁷ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Direito Probatório Material Português: Algumas Notas *Iure Condendo*" in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano 57, nº 1, 2016, pp. 248 e segs.

¹⁸⁸ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "A Distribuição..." in op. cit., pp. 250 e segs.

¹⁸⁹ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, WANG WEI, "A Distribuição Dinâmica do ónus da Prova no Direito Processual Civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: Algumas Notas à Luz do Direito Comparado" in *Scientia Iuridica*, nº 343, 2017, pp. 57 e segs.

pelo artigo 6º CPC, indicar a distribuição do ônus da prova que pareça mais adequado ao caso concreto¹⁹⁰.

Em sentido oposto, perante os postulados daquela teoria, foram adiantadas dúvidas, reparos e críticas no sentido de mostrar as desvantagens e até os perigos da consagração de tal dinamismo probatório. Naturalmente que esta orientação é partilhada por todos aqueles que se opõem ao ativismo judicial, os garantistas. Daí não ser de estranhar que Alvarado Velloso rejeite a teoria dinâmica. Na realidade, desaprovando o exagerado protagonismo atribuído ao juiz, observa que tais orientações e ideias nem possuem cabimento, em face do teor do artigo 377º do CPC argentino¹⁹¹. Alega que só a lei, nunca a jurisprudência, pode alterar o encargo probatório cometido às partes, sob pena de o juiz modificar as regras do jogo, de modo desleal, e, assim, violar as garantias e os elementares direitos das partes¹⁹².

Insistindo neste ponto, embora não seja garantista, Taruffo manifesta estranheza e desconforto perante as opiniões que pretendem atribuir a repartição do ônus da prova ao juiz, não à lei escrita,¹⁹³. Ainda por cima, Taruffo nem encontrara disfuncionalidades sérias, na repartição legal do ônus da prova, dado que as exceções e o regime das presunções, corrigiam o sistema, atribuindo-lhe o necessário equilíbrio¹⁹⁴. Por isso, encara, com grande cepticismo, os postulados da teoria dinâmica¹⁹⁵, afirmando que a modificação do ônus probatório, pelo juiz, é de índole discricionária, susceptível de permitir a arbitrariedade¹⁹⁶. Ademais, acrescenta que a proximidade da prova, ou a facilidade em provar determinado facto, significa algo de manifestamente frágil para afastar a repartição legal do ônus probatório, dado existirem outras metodologias, mais adequadas para prosseguir idêntica finalidade¹⁹⁷.

Por conseguinte, alerta para os perigos da teoria dinâmica.¹⁹⁸ Designadamente para a violação do princípio do contraditório, em caso de o juiz efectuar alterações no encargo probatório, apenas no momento em que formula a decisão final, ao colocar a parte numa posição em que não pode defender-se, dado não ter tido conhecimento, em tempo útil, do encargo probatório¹⁹⁹. Realmente, se o juiz manipular a distribuição do ônus da prova, abala as regras atinentes ao contraditório, sobre as quais as partes haviam equacionado, em tempo útil, as suas iniciativas instrutórias²⁰⁰. Isso configuraria uma verdadeira decisão-surpresa, susceptível de pôr em causa a garantia fundamental de defesa da parte²⁰¹. Em conformidade, Taruffo recorda, comentando a lei espanhola, que o juiz da *civil law*, ao invés do juiz da *common law*, não dispõe de poderes discricionários, destinados a alterar a distribuição do ônus da prova entre as partes²⁰².

¹⁹⁰ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, WANG WEI, "A Distribuição..." in op. cit., pp. 66-7.

¹⁹¹ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit., p. 203.

¹⁹² Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit., pp. 203-4.

¹⁹³ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 260 e segs.

¹⁹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 264 e segs.

¹⁹⁵ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 264 e segs.

¹⁹⁶ Cf. MICHELE TARUFFO, "Onere della Prova" in *Diritto on Line*: Treccani, 2017, p. 20.

¹⁹⁷ Seria o caso da requisição de um documento, no âmbito dos poderes inquisitório do juiz. Cf. Michele Taruffo, "La Valutazione..." in op. cit., pp. 256-7.

¹⁹⁸ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 266 e segs.

¹⁹⁹ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 268-9.

²⁰⁰ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Onere..." in op. cit., pp. 431-2.

²⁰¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "Casi Una Introducción" in *Contra la Carga de la Prueba*, Madrid, 2019, p. 13.

²⁰² Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Onere..." in op. cit., pp. 432-3.

Beltrán vai ainda mais longe quando alega que a teoria dinâmica foi ultrapassada, tendo em conta a consolidação do princípio da aquisição processual²⁰³. Consequentemente, o grau de exigência probatória depende do conjunto de provas carreadas para o processo, pelas partes ou pelo juiz, não do comportamento individual de um determinado sujeito processual²⁰⁴. Também enfatiza a crescente perda de importância da dimensão subjectiva do ónus da prova e até os pontos de vista que têm merecido algum acolhimento, no sentido de reflectir acerca da abolição do ónus da prova²⁰⁵. Por outro lado, estavam disponíveis mecanismos mais adequados, no sentido de auxiliarem as partes a trazer para o processo provas relevantes para a apreciação do objecto da causa. Um deles seria, ainda segundo Beltrán, os deveres emergentes do princípio de cooperação processual, acompanhados de um conjunto efectivo de sanções, em face do incumprimento das cominações legais relativas à concretização daquele princípio²⁰⁶.

Por seu turno, Fenoll, buscando apoio na história do processo, procura demonstrar como a repartição do ónus da prova corresponde ao período de apogeu da prova legal²⁰⁷. Por isso, no sistema de livre valoração da prova, não interessaria tanto se determinada prova foi carreada para os autos, por uma parte ou mesmo pelo juiz²⁰⁸. E, por isso, o réu nem deve esperar que o autor não consiga provar a sua pretensão, antes deve trazer ao processo toda a prova de que disponha, no sentido de contribuir para que o pedido improceda²⁰⁹. Por conseguinte, Fenoll admite a existência de um processo sem repartição do ónus da prova, dado que nem será o encargo probatório a determinar o ganho de causa, numa determinada acção judicial²¹⁰. Em suma, a teoria dinâmica do ónus da prova e consequente facilidade probatória estariam assentes no equívoco de que a repartição do ónus da prova seria a pedra angular do processo civil quando, afinal, isso assim não sucede²¹¹.

Entre nós, também Maria dos Prazeres Beleza alerta para este assunto. Admite que a teoria dinâmica, flexível e adaptável às circunstâncias de cada caso, deslocando o ónus da prova para a parte que se encontra nas melhores condições técnicas ou de facto para produzir a prova, assume virtualidades²¹². Todavia, realça a insegurança e acentuada incerteza que a aceitação de tal dinamismo pode trazer, em sede de repartição do ónus da prova, uma vez que o magistrado assume verdadeiros poderes de alteração do encargo probatório²¹³. Porém, como as regras de repartição do ónus da prova não se afiguram estritas regras de prova, mas podem determinar o conteúdo da sentença de mérito, dado existirem regras legais que determinam contra quem o juiz decide em caso de dúvida, não vê qualquer

²⁰³ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga Dinámica de la Prueba: Entre la Confusión e lo Innecesario" in *Contra la Carga de La Prueba*, Madrid, 2019, p. 71.

²⁰⁴ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., p. 72.

²⁰⁵ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., p. 73.

²⁰⁶ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., pp. 80 e segs.

²⁰⁷ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga de la Prueba: Una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida" in *Contra la Carga de la Prueba*, Madrid, 2019, pp. 32 e segs.

²⁰⁸ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., p. 38.

²⁰⁹ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., p. 48.

²¹⁰ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., pp. 43 e segs.

²¹¹ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., pp. 45 e segs.

²¹² Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., p.9.

²¹³ Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., pp. 10-1.

vantagem em aceitar aquele posicionamento doutrinário²¹⁴. Ademais, além da inexistência de lei expressa que permita aplicar tal teoria, sublinha a plúrima consagração de regras especiais, designadamente em sede de protecção do consumidor, no sentido de colmatar situações em que as regras gerais se revelem inadequadas²¹⁵.

Por sua vez, Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis procuraram reflectir acerca das metodologias mais apropriadas para lidar com a prova difícil²¹⁶. Em conformidade, atentaram no abaixamento do grau de convicção acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto. Por outras palavras, a *probatio levior*²¹⁷. Ponderam ainda a valia da prova por amostragem, a inversão e a distribuição dinâmica do ónus da prova²¹⁸. Quanto a este último tópico, manifestaram estranheza em face de um esquema de distribuição do esforço probatório, fundado numa ideia de dificuldade de prova, para uma parte²¹⁹. Tanto mais que a superação dos estados de necessidade probatórios, através de uma inversão do ónus injustificada, podia conduzir a uma prevalência da ideia de eficiência, sobre os motivos fundamentadores da acção subjacente às normas violadas²²⁰. Ademais, relativamente à prova diabólica, observaram a susceptibilidade de ocorrerem situações em que a prova fosse duplamente diabólica, pelo que as regras que procuravam impor o ónus da prova à parte que se encontrasse em melhores condições de a realizar não seriam eficientes, nem forneceriam um critério adequado²²¹.

²¹⁴ MARIA DOS PRAZERES BELEZA está a referir-se aos antigos artigos 515º, 516º e 265º nº 3, actuais 413º, 414º e 411º CPC, respectivamente. Cf. "O Activismo..." in op. cit., pp. 11.

²¹⁵ Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., p. 13.

²¹⁶ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova Difícil: Da *Probatio Levior* à Inversão do Ónus da Prova" in *Revista de Processo*, Vol. 38, nº 222, 2013, p. 155.

²¹⁷ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 159.

²¹⁸ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., pp. 161 e segs.

²¹⁹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 166.

²²⁰ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 167.

²²¹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 169.

Referências

- ALEXANDRE, Isabel. A fase da instrução no processo declarativo comum. In: *Aspectos do Novo Processo Civil*. Lisboa, 1997.
- ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. In: *O novo Processo Civil*. Lisboa, 2013.
- AROCA, Juan. *Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil en su centenario*. Madrid, 1982.
- AROCA, Juan. El Derecho Procesal Civil en el siglo XX. In: *De processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani*. Nápoles, 2001.
- AROCA, Juan. El Proceso Civil llamado como instrumento de justicia autoritaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano IV, n. 6, 2004.
- AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI*. Valência, 2014.
- AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal". In: *Proceso Civil e Ideologia*, Valencia, 2006.
- ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. v. II. t. II. 2. ed. São Paulo, 2016.
- AZEVEDO, Antônio Moura de. A consolidação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no Novo CPC. *Âmbito Jurídico*, n. 143, dez. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-consolidacao-da-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-novo-cpc/>.
- BARBERIO, Sergio. Cargas probatorias dinamicas. In: *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires, 2008.
- BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión e lo innecesario. In: *Contra la carga de la prueba*. Madrid, 2019.
- BESSA, Leonardo; LEITE, Ricardo. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2016.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do onus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC". *Revista de Processo*, n. 246, 2015.
- CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*. v. II. Milão, 1951.
- CARRATTA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 68, n. 2, 2014.
- CAUREO, Elisângela. Il dovere di verità e completezza nel processo civile. *Civil Procedure Review*, v. 9, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. In: *Saggi di Diritto Processuale*. v. I. Roma, 1930.

CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 49, n. 1, 1994.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006.

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, n. 1, 2003.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 61, n. 4, 2002.

CONJUR. "Pela Compreensão e Concretização do Garantismo Processual". Manifesto de Jundiaí, de 19 de Agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial/>.

CORDEIRO, Menezes. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. Coimbra, 2014.

DAMRAU, Jürgen. *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen sei der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975.

DIDIER, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ónus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. II, n. 2, 2017.

DIDIER, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra, 2010.

FABIANI, Ernesto. *I poteri istruttori del giudice civile*. Nápoles, 2008.

FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27, 1972.

FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. In: *Contra la carga de la prueba*. Madrid, 2019.

FERNANDES, Elisabeth. A prova difícil ou impossível. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, v. I, Coimbra, 2013.

FERRONI, Ugo. *Il Processo Civile moderno*. Cápuia Vetere, 1912.

FRANÇA, Marcela Moura. Teoria das cargas probatórias dinâmicas e o artigo 333º do CPC. *Boletim Jurídico*, out. 2013. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/2708/teoria-cargas-probatorias-dinamicas-art-333-cpc>.

GOUVEIA, Mariana França. Os Poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um Processo Civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, n. 1, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado*. Coimbra, 2006.

JORGE, Nuno Lemos. Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial. *Julgar*, n. 6, 2008.

JORGE, Nuno Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Julgar*, n. 3, 2007.

JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: *Proceso Civil e Ideologia*, Valência, 2006.

KOCH, Raphael. *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*. Tübingen, 2013.

LIEBMAN, Enrico. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, v. II, 1960.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 204, 2012.

MARINONI, Luiz. Do Processo Civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social". In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: www.abdpc.com.br.

MENDONÇA, Correia de. A cooperação processual civil entre um novo modelo e a sombra do inquisitório". *O Direito*, ano 151, n. 1, 2019.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do Processo Civil português. In: *Proceso Civil e ideología*. Valencia, 2006.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Processal*, ano V, n. 7, 2005.

MONTELEONE, Girolamo. Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sui diritto comparato). *Rivista di Diritto Processuale*, v. 62, n. 4, 2007.

MONTELEONE, Girolamo. Principi e ideologie nel processo civile: impressioni di un revisionista. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 62, n. 2, 2003.

MONTESANO, Luigi. Le prove disponibili d' ufficio e l' imparzialità del giudice civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 32, 1978.

MOREIRA, José Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Cadernos de Direito Privado*, n. 7, 2004.

MOREIRA, José Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano V, n. 7, 2005.

NÖRR, Knut. *Naturrecht un Zivilprozess: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976.

PEREIRA, Fernando Silva. Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano X, 2013.

PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil: principios y fundamentos*. v. I. Buenos Aires, 1978.

PEYRANO, Jorge. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. *Revista de Processo*, n. 217, ano 38, 2013.

PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba. In: *Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, Buenos Aires, 2011.

PEYRANO, Jorge. La doctrina de las cargas probatorias dinâmicas y la máquina de impedir en materia jurídica. In: *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires, 2008.

PEYRANO, Jorge. La prueba difícil. *Civil Procedure Review*, v. 2, n. 1, 2011.

PEYRANO, Jorge. La Regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Civil Procedure Review*, v. I, n. 3, 2010.

PEYRANO, Jorge. Nota a fallo: la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas y la máquina de impedir en materia jurídica. *Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1999.

PEYRANO, Jorge; CHIAPPINI, Julio. Lineamientos de las cargas probatorias dinâmicas. *El Derecho*, n. 107, 1984.

PISANI, Andrea. Il Codice di Procedura Civile del 1940 Fra Pubblico e Privato. *Foro italiano*, v. CXXIII, parte IV, 2000.

RAMOS, José Luís Bonifácio. Cooperação: novidade ou biombo do aumento dos poderes do juiz? *O Direito*, ano 151, n. 1, 2019.

REGO, Carlos Lopes do. Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo da acção declarativa. *Julgar*, n. 16, 2012.

RESENDE, Miguel. O princípio da cooperação no novo Processo Civil. In: *Balço do novo Processo Civil*, CEJ, Lisboa, 2013.

RICCI, Edoardo. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, 1965.

RICCI, Gian. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, 2005.

SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid, 2004.

SANTOS, Hugo Luz dos. A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas *iure condendo*. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 57, n. 1, 2016.

SANTOS, Hugo Luz dos. Plaidoyer por uma distribuição dinâmica do ónus da prova e pela teoria das esferas de risco à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal

de Justiça de 18/12/2013: o admirável mundo novo no homebanking. *O Direito*, n. 147, III, 2015.

SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang. A distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil de Portugal e da região administrativa especial de Macau: algumas notas à luz do Direito Comparado. *Scientia Iuridica*, n. 343, 2017.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*. Coimbra, 2008.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra, 2003.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, v. 38, n. 222, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da revisão do Processo Civil: projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 2, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As recentes alterações na legislação processual civil*. Lisboa, 2001.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa, 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Limites da cooperação do Tribunal. *Cadernos de Direito Privado*, n. 17, mar. 2007.

STRECK, Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre, 2010.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, 2016.

STÜRNER, ROLF. *Die Aufklärungspflicht der Parteien*. Tübingen, 1976.

TARUFFO, Michele. Casi una introducción. In: *Contra la carga de la prueba*, Madrid, 2019.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1984.

TARUFFO, Michele. L'istruzione probatoria. In: *La prova nel Processo Civile*. Milão, 2012,

TARUFFO, Michele. Onere della Prova. In: *Diritto on line*. Treccani, 2017.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 60, n. 2, 2006.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa". *In: Le Prove nel Processo Civile*. Milão, 2007.

TEIXEIRA, Micael. *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*. Lisboa, 2012.

VARELA, Antunes. A reforma do processo civil português. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129, 1996.

VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra, 1985.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. *In: I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. Universidade Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência, 2005.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Imparzialità del giudice e giusto processo. *In: Stato di Diritto e garanzie processuali: atti delle II Giornate Internazionali di Diritto Processuale Civile*. Nápoles, 2008.

VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 62, n. 3, 2002.

Mulheres no cárcere: uma breve discussão sobre a realidade de gênero no sistema prisional brasileiro

Women in prison: a brief discussion about the reality of gender in the brazilian prison system

Data de submissão: 29 maio 2024

Data de aprovação: 19 jul. 2024

Martina Bueno da Silva

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Atitus Educação (RS).

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3074069204716533>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-5524-4778>

Maria Cristina Kurtz de Lima

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Atitus Educação (RS).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8877750457209999>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-8733-7507>

Neuro José Zambam

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Mediterranea di Réggio Calábria (2021) e em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2014). Doutor em Filosofia pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Atitus Educação (RS).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5960-4237>

RESUMO: As mulheres, por muito tempo, estiveram em número pouco expressivo no sistema prisional, mas, a partir da década de 2000, houve um crescimento exponencial de mulheres encarceradas. Esse aumento colocou o Brasil em terceiro colocado no *ranking* global de população prisional feminina, contando com 46.604 mulheres, segundo dados obtidos em 2023. Entretanto, as prisões não foram planejadas para o público feminino, são construídas por homens e para homens, o que enseja várias violações às mulheres encarceradas, mas pouco se trata desse tema de grande relevância social e política no país. Pretende-se responder a seguinte pergunta: como ocorrem as violações durante o processo de encarceramento das mulheres no Brasil? Este estudo utilizar-se do método de abordagem dedutiva, métodos de procedimento bibliográfico, e como técnica de pesquisa a documentação indireta com os dados coletados dos órgãos públicos. Conclui-se que a atuação do Estado em reformulação do sistema prisional brasileiro, direcionado às especificidades femininas é urgente. As violações sistemáticas dos direitos humanos, em especial das mulheres encarceradas, revelam não apenas a ineficácia do sistema, mas também sua crueldade e desumanidade. Portanto, é imperativo que sejam implementadas políticas que respeitem a dignidade e os direitos básicos de todas as pessoas privadas de liberdade, reconhecendo suas necessidades específicas e garantindo condições mínimas de saúde, higiene e bem-estar. A luta por um sistema prisional justo e humanizado, também considerando as peculiares condições do gênero feminino, é essencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

PALAVRAS-CHAVE: cárcere; gênero; mulheres; sistema prisional; violações.

ABSTRACT: Women, for a long time, were in small numbers in the prison system, but, starting in the 2000s, there was an exponential increase in the number of women incarcerated. This increase placed Brazil in third place in the global ranking of female prison population, with 46,604 women, according to data obtained in 2023. However, prisons were not planned for the female public, they are built by men and for men, which gives rise to several violations against incarcerated women, but little is addressed about this topic of great social and political relevance in the country. The aim is to answer the following question: how do violations occur during the process of incarceration of women in Brazil? This study uses the deductive approach method, bibliographic procedure methods, and indirect documentation as a research technique with data collected from public bodies. It is concluded that the State's action in reformulating the Brazilian prison system, aimed at female specificities, is urgent. The systematic violations of human rights, especially those of imprisoned women, reveal not only the ineffectiveness of the system, but also its cruelty and inhumanity. Therefore, it is imperative that policies are implemented that respect the dignity and basic rights of all people deprived of their liberty, recognizing their specific needs and guaranteeing minimum conditions of health, hygiene and well-being. The fight for a fair and humanized prison system, also considering the peculiar conditions of the female gender, is essential for the construction of a more just and egalitarian society.

KEYWORDS: prison; gender; women; prison system; violations.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Gênero, mulheres e persecução penal. 2.1 A mulher delinquente. 2.2 Sistema de justiça criminal adaptado às mulheres. 3 O sistema prisional brasileiro e seu estado de caos. 3.1 Relatório de informações penais 2023. 3.2 As violações do sistema prisional. 4 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Este artigo apresenta uma abordagem do sistema prisional, concentrando-se nos aspectos relacionados ao gênero, de modo que, nessa combinação, optou-se por dar maior profundidade aos efeitos do modelo prisional sobre as mulheres. Essa escolha de pesquisa sucedeu da constatação de que o sistema penitenciário foi construído a partir do plano de observação de homens para homens, de modo que as peculiaridades que cercam e distinguem as mulheres, enquanto seres humanos diferenciados, foram completamente ignoradas, ensejando complexos processos de violação de direitos e da própria concepção de gênero.

Com base nesse espectro de estudo, definiu-se o problema de pesquisa: como ocorrem as violações durante o processo de encarceramento das mulheres no Brasil? Por óbvio, partiu-se do pressuposto da existência das violações, já que a presente pesquisa tem na criminologia de matriz crítica o seu marco teórico, que visa e propõe a discussão a partir do contexto que envolve as condições existentes na estruturação e funcionamento do sistema penal contra mulheres, ou seja, a sustentabilidade social, para indagar como sistemas, instituições e modelos aplicados na democracia nacional fazem parte de um olhar crítico acerca da esfera penal.

Assim, o presente estudo tem como objetivo central determinar a relação das violações em presídios femininos com aspectos da discriminação de gênero. Também são analisadas as estatísticas sobre o sistema prisional brasileiro do ano de 2023, considerando o público feminino e o reflexo relacionado à discriminação. Os objetivos específicos se dividem entre determinar o tratamento dispensado pelo Estado à mulher que comete infrações penais e estabelecer as violações cometidas no sistema de persecução penal.

Para atingir o objetivo da pesquisa, adotou-se um estudo com metodologia de abordagem dedutiva, tendo em vista que se partiu de bases gerais para a investigação de um ponto específico, começando na contextualização da historicidade e dos dados sobre o sistema prisional brasileiro, para que posteriormente fosse viável apreciar as peculiaridades das mulheres inseridas nesse universo, abordando questões como a saúde física, o desleixo com o local de aprisionamento, abandono familiar, social e governamental. O método de procedimento adotado foi bibliográfico e, como técnica de pesquisa, foi utilizada a documentação indireta com os dados coletados dos órgãos públicos.

O trabalho foi dividido em dois capítulos. Inicialmente, tratou-se do sistema de persecução penal e da abordagem da mulher como delinquente, verificando como essa historicidade refletiu na adaptação do sistema de justiça, que não foi pensado e preparado para receber mulheres na condição de criminosas. Na sequência, apresentou-se um panorama dos dados do sistema prisional brasileiro relativo às mulheres no ano de 2023, com o escopo de abordar o estado de coisas inconstitucionais e as violações sofridas por mulheres em razão do gênero.

2 Gênero, mulheres e persecução penal

O conhecimento sobre o encarceramento de mulheres ao longo da história das sociedades não é muito sólido, há lacunas no que diz respeito ao perfil dessas

mulheres, sobre quais condições eram presas, os tipos penais cometidos e a forma como o Estado tratava esse grupo.

Ao que se tem conhecimento, as mulheres que correspondiam com as expectativas sociais de seu tempo passavam despercebidas pelo sistema penal. Contudo, não se pode seguir essa lógica quando se faz uma abordagem relativa às mulheres que para seu sustento exerciam a prostituição ou de alguma forma não se encontravam “sob responsabilidade” de determinadas figuras masculinas.

Superados os períodos de ausência da vida pública, as mulheres passaram a conquistar seu espaço, direito ao voto, possibilidade de trabalhar, frequentar universidades, compor o espaço público. Mais visíveis na sociedade, mas ainda assim permanecendo em condições de vulnerabilidade, as mulheres passaram a se tornar alvos de grupos criminosos e, com isso, houve uma progressão exponencial do gênero feminino nas prisões desde a década de 2000, provocando uma virada nas condições dos estabelecimentos prisionais para receber esse público.

Desse modo, evidencia-se que o sistema prisional que, na maior parte de sua existência, foi planejado e executado por homens e para homens, tarda a observar que a condição de mulher exige que sejam proporcionados estabelecimentos com características específicas. E, ainda que essa condição seja objeto de discussão há alguns anos, as violações de direitos fundamentais das mulheres se perpetuam diariamente nas diversas prisões brasileiras.

2.1 A mulher delinquente

A abordagem sobre gênero faz referência a um conceito delineado pelas ciências sociais nas últimas décadas para analisar a construção social histórica das identidades desenvolvidas por homens e mulheres. Existem discursos, vinculados a conceitos biológicos, que legitimam a ordem estabelecida da hierarquização do sexo masculino sobre o sexo feminino em cada sociedade. Significa dizer que as visões deterministas que permitem o sepultamento das mulheres, por exemplo, a papéis sociais específicos são completamente refutadas (Beauvoir, 1967, p. 9). É através dos sistemas socioculturais dessas sociedades que é especificado o entendimento do que é característico para determinada pessoa e, a partir daí, são determinados os direitos, os espaços, as atividades e as condutas próprias de cada indivíduo. O sexo, como unidade biológica, é um componente nessa equação, mas não o seu definidor, ao menos quando se pensa a partir da concepção de gênero.

Toda vez que falamos de sexo estamos nos referindo à biologia – as diferenças físicas entre os corpos –; por outro lado, falar de gênero “remete à construção social do próprio sexo, da sexualidade, da interpretação dos papéis de gênero, aos estereótipos de gênero, bem como investiga e analisa as implicações decorrentes destas relações” (Gervasoni, 2016, p. 9). A conotação biológica relacionada a palavra sexo, nos dicionários, abarca somente a estrutura anatômica e fisiológica, deixando de desenvolver aspectos essenciais de fenômenos psicológicos, que passam a ser incorporados ao gênero. Stoller (1994, p. 8) destaca:

Desse modo, mesmo que o sexo e o gênero se encontrem vinculados entre si de modo inexpugnável na mente popular, este estudo propõe, entre outros fins, confirmar que não existe uma dependência biunívoca e inelutável entre ambas as dimensões (o sexo e o gênero) e que, ao contrário, seu desenvolvimento pode tomar vias independentes.

Estudos de criminologia consideram que a obra *Malleus Maleficarum* (“Martelo das Feiticeiras”) é fundamental no estudo das modernas ciências penais ou criminais, por configurar um marco histórico. O texto trabalha uma relação direta entre mulheres e feitiçaria, incorporando trechos do Antigo Testamento, Antiguidade Clássica e autores medievais, e desqualificando as mulheres e qualquer outra pessoa que duvidasse de sua aplicação à ameaça que as bruxas representavam. Foi uma manifestação do poder punitivo que afirmava a inferioridade das mulheres e criava um estereótipo delinquente. No entanto, ao longo da história diversos foram os discursos que afastaram as mulheres da vida pública e encarceraram-nas no espaço doméstico, reforçando o estereótipo de “fraqueza” (Mendes, 2024, p. 9-14).

Lombroso, na obra *La Donna Delinquente*, reúne na mulher criminosa os aspectos do discurso jurídico, médico, religioso e moral, e afirma que as mulheres seriam fisiologicamente mais inertes e passivas, e também mais amorais. E cabe destacar a associação mantida pelo autor entre mulheres criminosas e sua sexualidade, tendo a prostituta sido o principal exemplo de mulher delinquente, por Lombroso e diversos estudiosos em diferentes épocas (Mendes, 2024, p. 10-14). Às mulheres era proporcionado estar apenas no espaço doméstico, entendido como “fora da vista dos outros”, esse espaço era a residência ou outros locais de encarceramento como manicômios e conventos. Em grande parte dos casos, a mulher passava da tutela do pai para o marido.

Mulheres que não cumpriam com as expectativas da sociedade, que não ficavam “reservadas” ao âmbito doméstico, eram vistas como uma expressão da amoralidade. Ou ainda, o caso das mulheres que apresentam um excesso de masculinidade. São os estereótipos que passaram a ser a representação de uma mulher delinquente. Também, no estudo da vitimologia, a culpa foi destinada às mulheres. Para muitos autores é através da sua conduta ou condição que a mulher se coloca em risco, afinal se as mulheres não fossem sedutoras, os violadores não seriam provocados (Mendes, 2024, p. 15).

Muitos desses mitos se estendem na sociedade até os dias atuais, homens acusados de feminicídio utilizando como tese defensiva a legítima defesa da honra. Ou mais recentemente, o debate histórico onde o Supremo Tribunal Federal (STF) precisou decidir que a prática defensiva de questionar a vida sexual ou o modo de vida da vítima de crimes envolvendo violência contra a mulher é incompatível com a Constituição Federal de 1988 (ADPF 1107/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 23/05/2024). Ou seja, a sociedade ainda coloca na vítima-mulher a culpa do comportamento dos homens, tendo por pressuposto da sua ação uma “provocação” da mulher.

Foi através desses mitos que as prostitutas, a partir do século XVI, juntamente com mendigos, vagabundos e ladrões passaram a compor o sistema carcerário, mas também deve-se destacar que essa seleção guarda estreita relação com o modo de produção do sistema capitalista (Mendes, 2024, p. 18). A ideia de prisão estrutura-se na necessidade do Estado em manter o controle sobre sua população, relação de poder Estado-Cidadão, utilizando o parâmetro da

produtividade homem-empresa, oriundo das ideias neoliberais como base nas prerrogativas de competição e rivalidade.

Com o passar do tempo, da mesma forma que as leis, os parâmetros também se remodelam e se adaptam, na tentativa de acompanhar e fazer a manutenção do poder, enquanto instrumento de controle de corpos. Acerca disso, Foucault (2003, p. 13) descreve:

A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor e suas consequências.

O poder-dever de punir não limita o Estado somente à perseguição penal, estando ele adstrito a limites que buscam garantir os direitos dos indivíduos, especialmente diante da consagração de direitos fundamentais na Constituição de um Estado Democrático de Direito. A dignidade humana é o primeiro e mais básico princípio constitucional que deve ser respeitado, e no Direito Penal dele decorre “a proibição de penas cruéis ou de desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, das penas de caráter perpétuo, da pena de morte” (Reale Jr., 2020, p. 19).

Assim, antes de prosseguir na ideia de prisão e suas consequências, faz-se necessário destacar que os diferentes grupos sociais possuem compreensões diferentes de condutas como sendo desviantes ou não. Esse fato deveria servir de alerta “para a possibilidade de que a pessoa que faz o julgamento de desvio e o processo pelo qual se chega ao julgamento, e à situação em que é feito possam estar intimamente envolvidos no fenômeno” (Becker, 2008, p. 17). Conclui-se, assim, que o crime não é algo natural, mas sim uma construção social que surge como resposta a uma determinada demanda popular e acaba sendo utilizado como instrumento de controle (Batista, 2009, p. 23).

A partir disso, é possível entender que “quando a reação é de desaprovação, são postos em prática os chamados mecanismos de controle social. São estes, todos os instrumentos que servem para prevenir e reprimir o desvio” (Castro, 1983, p. 14). Da antiguidade aos dias atuais, o corpo não deixou de ser alvo da repressão penal, ao que parece perdeu a característica de espetáculo punitivo a vista da população e passou a ser uma punição mais velada, mas ainda assim uma violência sigilosa relacionada a corpos. Conforme os ensinamentos de Foucault (2003, p. 28), nunca deixou de ser sobre corpos:

[...] os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa “economia política” do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão.

Conforme será observado ao longo do presente estudo, os corpos femininos passaram a se sujeitar ao sistema prisional sofrendo violações de todos os tipos,

incapazes de serem a representação de um ser humano e fazendo parte de apenas mais um grupo que não tem o direito de estar na sociedade. Tudo isso tornando a frase “direitos humanos para humanos direitos” cada vez mais válida na sociedade.

2.2 Sistema de justiça criminal adaptado às mulheres

As reflexões sobre a relação do sistema de justiça criminal com o tratamento de mulheres são muito recentes, somente a partir da década de 1980 surgiu o olhar feminista dentro da criminologia crítica. De fato, observa-se que as penitenciárias são um reflexo de como se ignora a dignidade humana de mulheres em toda a sociedade, evidenciando que a violência de cunho patriarcal, classista e racista persegue essa parcela da população durante a execução penal.

Ademais, há de se destacar que somente 7% (sete por cento) dos estabelecimentos prisionais no país foram projetados para atender mulheres. Em sua maioria, as penitenciárias femininas são prédios públicos reformados para abrigar as detentas, antigas penitenciárias masculinas ou cadeias públicas agora são utilizadas para abrigar mulheres sem considerar qualquer particularidade. Há um grande descaso com as condições de higiene no período menstrual, gravidez, período de amamentação e demais condições da saúde feminina (Barreiras, 2022, p. 688).

Para exemplificar esse contexto, pode-se mencionar o caso expresso na Reclamação 25.371/MG, que demonstra a existência de violações na unidade prisional da Comarca de Viçosa/MG. A detenta, diante do cumprimento das condições legais, progrediu para o cumprimento de pena no regime semiaberto, exercendo atividade laboral durante o dia e retornando para o pernoite na unidade prisional, bem como aos finais de semana e/ou feriados. A violação é explícita na alegação da Defensoria Pública, que informa a existência de única cela destinada a condenadas do sexo feminino, não havendo diferenciação do regime de cumprimento de pena. Além de ficar evidente a ausência de estrutura direcionada às mulheres condenadas, informando a existência de apenas uma cela feminina na unidade, observa-se a violação do direito da detenta ao não dispor de local diferenciado para o cumprimento de pena de acordo com o regime (STF, Reclamação 25.371/MG, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 25/05/2017).

Conhecer a população carcerária feminina permite que sejam identificadas as particularidades do grupo, os motivos que conduziram essas mulheres ao sistema de justiça e como o cárcere afeta além de suas vidas, permitindo que o sistema penal ofereça melhores condições. Por exemplo, uma relação com o número de filhos e ou dependentes e suas respectivas idades é um dado essencial para analisar a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar, conforme alteração do artigo 318 do Código de Processo Penal. No entanto, estudo do INFOPEN Mulheres demonstrou que, nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, esses dados são inconsistentes (Lima, 2017).

No âmbito internacional, em 2010, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 65/229, aprovou o que ficou conhecido por “Regras de Bangkok”, definidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, que levou em consideração a condição social de vulnerabilidade das mulheres, são complementares às Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, também conhecidas como Regras de Nelson Mandela, e

às Regras de Tóquio que trata da elaboração de medidas não privativas de liberdade.

O pressuposto principal das “Regras de Bangkok” é, justamente, reconhecer as necessidades específicas que as mulheres presas e infratoras possuem em razão do gênero (Ramos, 2023, p. 215-219). O documento trata o conjunto do sistema prisional, destacando que desde as iniciativas administrativas às condições de saúde devem ser tratadas com um viés as peculiaridades do gênero feminino. A Regra 40 estabelece aos administradores das prisões a incumbência de verificarem as necessidades específicas de gênero e em qual situação as mulheres presas se encontram para que sejam executados programas adequados às suas necessidades. Em continuidade, a Regra 64 aborda o tratamento de mulheres gestantes e com filhos ou dependentes, tratando a pena de prisão como exceção, devendo ser considerada apenas em crimes graves ou quando a mulher for uma ameaça:

Regra 64: Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

O número de mulheres no sistema penal nacional demonstra a importância da aplicação desse tratado no Brasil, no entanto, como não homologado pelo rito necessário à aprovação de emenda constitucional, sua compreensão é como norma supralegal. Desse modo, ainda que o governo brasileiro tenha participado das discussões referentes ao tratado, somente em 2016 foi editado o Decreto nº 8.858, que, ao tratar sobre o uso de algemas, utilizou as “Regras de Bangkok” como diretrizes.

Entretanto, na prática, evidencia-se que, até hoje, as diretrizes desse tratado não foram convertidas em normativos e políticas públicas efetivas no Brasil, perpetuando um sistema carcerário perverso, que somente aprofunda os problemas que pretende solucionar, em especial por ser um sistema seletivo, decorrente do papel do racismo estrutural no alto índice de encarceramento, que gera estereótipos e seletividade, constituindo uma criminalização secundária (Barreiras, 2022, p. 685-686).

Outro caso concreto em que se observa violação das “Regras de Bangkok” pelo Estado brasileiro aconteceu em São Paulo, com uma acusada pela suposta prática de tráfico de drogas, mãe de uma criança de 03 anos, ré primária e com residência fixa, que teve contra si decretada prisão preventiva, apesar de ausentes os requisitos da custódia cautelar. O alvará de soltura somente foi concedido diante da impetração de *Habeas Corpus* perante o STF, merecendo destaque um importante trecho da avaliação do Ministro Relator:

No ponto, observo as mulheres em situação de prisão têm demandas e necessidades muito específicas, o que não raro é agravado por históricos de violência familiar e outros fatores, como a maternidade, a nacionalidade estrangeira, a perda financeira ou o uso de drogas. Não é possível desprezar, nesse cenário, a distinção dos vínculos e relações familiares estabelecidos pelas mulheres, bem como sua forma de envolvimento com o crime, quando

comparados com a população masculina, o que repercute de forma direta nas condições de encarceramento a que estão submetidas. (HC 140.122/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 23/03/2017).

Nesse sentido, observa-se que, no ano de 2018, os legisladores começaram a colocar em prática algumas diretrizes internacionais por meio da Lei nº 13.769, que ensejou alterações no Código de Processo Penal (CPP) e na Lei de Execução Penal (LEP). Por exemplo, no artigo 318-A do CPP, foi estabelecida a substituição de prisão preventiva por domiciliar em caso de gestantes ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que atendidas as condições de (i) não ter cometido o crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (ii) e não tenha sido contra seu filho ou dependente. Na mesma lógica, a LEP apresentou condições mais favoráveis para progressão de regime para mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Entretanto, na prática, todo o contexto denota que, no sistema penal brasileiro, persistem diversos problemas a respeito das violações sofridas pelas mulheres. Desde condições precárias e insalubridade das unidades prisionais, a quantidade de mulheres sem julgamento com consequente encarceramento em massa, e a falta de atendimento médico, são algumas das diversas violações frequentes. Assim, evidencia-se que o Estado brasileiro tem sido lento quanto à busca por medidas efetivas de aplicação das normativas internacionais, no geral com atuação do Poder Judiciário antes do demais poderes.

3 O sistema prisional brasileiro e seu estado de caos

A colocação de violadores da lei penal “atrás das grades” é a solução que o senso comum espera por parte do Estado, pois predomina a percepção de que não existe justiça se não houver a punição do criminoso mediante aplicação de pena privativa de liberdade com as diversas violações que o sistema carcerário impõe. Essa resposta que a sociedade busca tem gerado um sistema prisional superlotado, incapaz de garantir o mínimo de condições de higiene, saúde e alimentação à população encarcerada.

Com o escopo de possibilitar o conhecimento sobre essas condições dos estabelecimentos penais e da população carcerária foi criado o Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), uma ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, implementada para atender as disposições da Lei nº 12.714/2012. A coleta de dados é realizada em ciclos de seis meses, concluindo todo o ano dois ciclos. Através dessas informações é possível conhecer a composição do sistema prisional e criar mecanismos de atuação para minimizar as violações de direitos.

3.1 Relatório de informações penais 2023

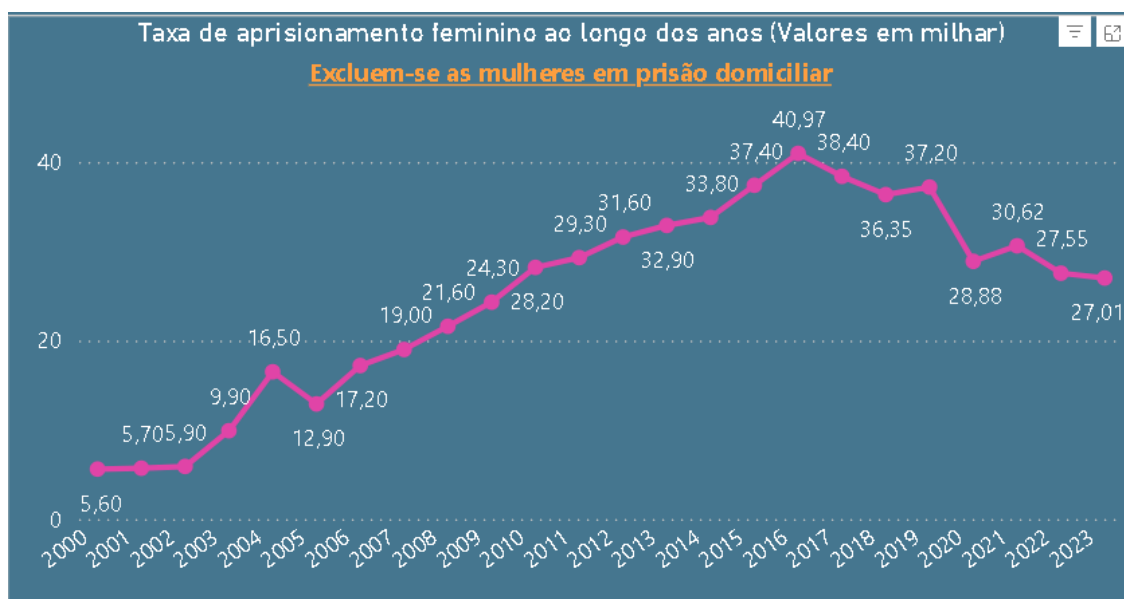
A população prisional no Brasil, de acordo com dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), obtidos para o segundo semestre de 2023, atingiu o marco de 852.010 pessoas presas. Num contexto internacional, o país ocupa a terceira posição em encarceramento, tanto em população masculina, quanto

feminina, perdendo somente para os Estados Unidos, com quase 1,8 milhão de prisioneiros, sendo 211.375 mulheres; e China, com 1,69 milhões de detentos, sendo 145.000 mulheres – fora as prisões desconhecidas (SENAPPEN, 2023, n.p; Fair; Walmsley, 2022, p. 2, e 2024, p. 2).

Em dezembro de 2023, o total de mulheres encarceradas, incluindo prisão domiciliar, alcançou o número de 46.604 mulheres. Considerando apenas as mulheres presas em celas físicas das unidades prisionais, são 27.010 detentas, havendo um total de 32.019 vagas nas unidades penitenciárias distribuídas na federação. A título comparativo, no ano de 2000, o país contava com menos de 6 mil mulheres presas, o que representa um aumento de quase 755% quando comparado aos mencionados números levantados no ano de 2023 (SENAPPEN, 2023, n.p).

Observando o gráfico 1, disponibilizado pela SENAPPEN, que apresenta a taxa de aprisionamento feminino ao longo dos anos, observa-se que, desde o ano 2000, o sistema carcerário sofreu uma crescente, chegando em seu maior patamar no ano de 2016 com 40.970 mulheres presas em celas físicas. A partir daí, houve uma redução com algumas oscilações e, atualmente, existe um número próximo ao registrado em 2010.

Gráfico 1: Taxa de aprisionamento feminino 2000-2023.



Fonte: SENAPPEN, 2023.

Dentre as discussões sobre o aumento expressivo de mulheres encarceradas, além de ser uma questão global, o tráfico de drogas se tornou o fenômeno mais marcante. Muitas mulheres acabam dando seguimento à atividade do companheiro que foi preso e ficam na linha de frente do tráfico.

Em relação à redução registrada nos últimos anos, deve-se destacar a alteração do CPP realizada pela Lei nº 13.257/2016. A referida alteração possibilitou que a gestante, mãe ou responsável por crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência, a critério do magistrado, tivesse a prisão preventiva substituída por prisão domiciliar. Em fevereiro de 2018, o STF passou a garantir,

através do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, a substituição de prisão preventiva por domiciliar de gestantes, lactantes e mães de crianças de até 12 anos ou pessoas com deficiência, o que em dezembro do mesmo ano garantiu alterações no CPP pela Lei nº 13.769, já referida anteriormente.

Ainda que o aumento da população carcerária feminina seja expressivo, a infraestrutura das unidades prisionais não acompanha esse volume, principalmente considerando as necessidades específicas do público feminino. Ademais, observa-se que embora o número de vagas femininas seja suficiente em algumas penitenciárias, a distribuição por estado da federação não segue essa demanda, há estados com *déficit* de vagas enquanto outros apresentam *superávit*. Por exemplo, o Rio Grande do Norte tem um *superávit* de 1.777 vagas totais, por outro lado São Paulo tem um *déficit* de 44.153 vagas totais. O sistema penitenciário nacional acumula um *déficit* de 202.848 vagas (SENAPPEN, 2023, n.p).

A respeito das condições precárias e a insalubridade dos presídios brasileiros, o relatório indicou que, no período do estudo do 15º Ciclo do INFOPEN, do total de 860 óbitos, 615 faleceram em decorrência de doenças, que podem refletir a insalubridade das unidades prisionais. Nesse cenário, denota-se que hoje um dos maiores problemas do sistema prisional no mundo é o encarceramento em massa, fenômeno presente principalmente nos EUA na passagem do século XX para o XXI, na época em menor grau no Brasil:

Não sei ao certo qual é o maior problema do sistema prisional brasileiro, mas certamente a insalubridade é um deles, superpopulação também. A insalubridade dos presídios coloca as pessoas, que se encontram reclusas nestas instituições em uma situação de vulnerabilidade. Elas podem adquirir outros agravos e doenças simplesmente por habitarem em celas geralmente sujas e malcheirosas (Quaresma, 2017, n.p).

Em decorrência dessa incontestável situação de precariedade, em outubro de 2023, o Plenário do STF julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347/DF, declarando que o sistema penitenciário brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, violando direitos fundamentais dos presos. Tal julgamento resultou em uma determinação conjunta à União, Estados, Distrito Federal e Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) para elaboração de planos voltados ao controle da superlotação carcerária, da má qualidade de vagas e da entrada e saída de presos.

Com a apresentação dos dados pela SENAPPEN ficam expostas algumas das violações das mulheres, principalmente em relação às 8.742 mulheres que estão detidas no sistema prisional sem terem sido julgadas e condenadas, estando expostas a essas condições insalubres sem sequer terem sua responsabilidade penal apurada. Registra-se, ainda, que 537 estabelecimentos prisionais não têm controle da quantidade de presos provisórios por mais de 90 dias (SENAPPEN, 2023, n.p).

Outra questão que o encarceramento em massa e a desorganização do Estado deixa transparecer é o desleixo com as condições de saúde das mulheres privadas de liberdade. No Brasil, há uma distribuição de médicos, conforme suas especialidades e conforme a relação das unidades prisionais estaduais ou federais. Nos presídios femininos e mistos, conforme dados de junho de 2016, havia apenas 28 ginecologistas sendo que o índice de mulheres encarceradas era de 42.355.

Atualmente, ainda que o número de detentas tenha reduzido, a quantidade de ginecologistas sofre com um *déficit*, há apenas 25 profissionais. Assim, em um cálculo básico, cada profissional deveria atender 1080 detentas. Mas a situação é ainda pior, diversos estados, como por exemplo o Rio Grande do Sul, o Distrito Federal, Santa Catarina e tantos outros, não têm nem ao menos um profissional ginecologista (SENAPPEN, 2023, n.p).

Diante da pequena quantidade de médicos ginecologistas, evidencia-se também a falta de acompanhamento das mulheres em gestação, em momentos de pré e pós-natal. No Brasil, os dados mais recentes dão conta de 235 gestantes e 108 lactantes. Nas questões maternas, as situações vivenciadas pelas gestantes presas, no que diz respeito à adequação do local para a criança e até mesmo à promoção do vínculo maternal, são desumanas. Na avaliação feita, somente 51 unidades prisionais contavam com berçários, 8 unidades com creches e um total de 104 filhos em estabelecimentos, sendo 95% com idade entre 0 a 6 meses. Quanto a celas/dormitórios adequados para gestantes, há somente 61 celas em todo o país (SENAPPEN, 2023, n.p).

Quando se pensa em mães encarceradas, deve-se pensar também em seus filhos, que têm seu direito de liberdade violado com apenas poucos dias de vida, visto que, na grande maioria das vezes, após o parto, suas genitoras devem voltar para a cela com seus filhos. Quanto ao número de presas com filhos, 11.789 afirmam que têm ao menos um filho. Além de estarem expostas às condições do sistema penitenciário, muitas crianças ficam à mercê dos cuidados de outros familiares, perdendo o contato com a genitora.

No contexto da evolução do modelo familiar brasileiro, marcado por uma tradicional divisão de papéis entre gêneros, a figura da mulher e mãe encarcerada emerge como um reflexo das transformações sociais. Ao longo do final do século XIX e início do século XX, o paradigma da família brasileira foi se adaptando às novas demandas e realidades, desafiando as noções preestabelecidas de gênero e função social (Fleck; Wagner, 2003, p. 1).

Nesse cenário, a mulher e mãe se destaca como protagonista involuntária, assumindo o papel de provedora principal quando seu parceiro/cônjuge é privado de liberdade, e muitas vezes a atividade exercida é a continuidade da atividade criminosa do companheiro, principalmente tráfico de drogas. Esse fenômeno evidencia não apenas as disparidades de gênero arraigadas na sociedade, mas também a resiliência e a capacidade de adaptação das mulheres diante de circunstâncias adversas, lutando não apenas pela sobrevivência de seus filhos, mas também pela sua própria emancipação dentro de um sistema que diversas vezes marginaliza.

Cumprir mencionar que, após o cumprimento da pena, há uma série de desafios adicionais, desde o sustento de seus familiares, como provedora principal, bem como as dificuldades com a convivência social. O confronto com o estigma social e discriminatório se intensifica devido à falta de apoio adequado e de programas de reinserção após o cumprimento da pena. A ruptura da função materna também causa grandes traumas, afetando não apenas a si, mas prejudicando o desenvolvimento emocional e psicológico das crianças e adolescentes. São anos ausente do dia a dia dos filhos, perda de partes importantes do crescimento, da rotina, educação, é um processo muito complexo, conforme relato de uma entrevistada de Nana Queiroz:

Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida. Além de eu ter que me adaptar às coisas que eu perdi todo esse período que estive presa, eu tenho que aprender a conhecer os meus filhos (Queiroz, 2015, p. 12).

As dificuldades das mulheres e mães encarceradas não apenas enfatizam a importância de fornecer urgentemente políticas públicas abrangentes que abordem as múltiplas dimensões desse problema, incluindo apoio psicossocial, programas de reinserção e ações que promovam a igualdade de gênero, além de combater o estigma associado à prisão feminina.

Em relação a saúde mental, é de conhecimento que o cárcere pode registrar um alto número de suicídios, no último ano foi a segunda causa de mortes, com 191 suicídios registrados, entre homens e mulheres. No aspecto de saúde mental, houve um aumento significativo de profissionais em relação a 2016, quando havia o registro de 80 psiquiatras. Atualmente, são 317 profissionais e um total de quase 500 mil atendimentos no segundo semestre de 2023 (SENAPPEN, 2023, n.p).

Entretanto, o acesso ao direito à saúde, em especial a saúde mental, na maioria das vezes, não é respeitado pela unidade prisional, visto que, pelos dados colhidos no ano de 2015, relatou-se que uma mulher no cárcere tem até 20 vezes mais chance de se suicidar, uma taxa de 48,2 mortes para cada 100 mil mulheres¹ (MJSP, 2017, p. 66).

Na seção do relatório que versava sobre o perfil etário da população carcerária feminina, verificou-se que a maioria, 30% das mulheres detidas na época, tinham entre 35 a 45, e que somente 1,5% das presas tinham 61 ou mais anos. Contudo, a coleta dessa informação estava à disposição de somente 56% da população carcerária em questão (SENAPPEN, 2023, n.p).

Quando a avaliação abordou questões raciais, constatou-se que 64,4% (16.553) das mulheres detidas no sistema carcerário brasileiro eram negras, em oposição a 33% (8.484) de mulheres declaradas brancas, 82 indígenas e 598 não informaram. Porém, novamente, a coleta dessa informação só esteve acessível a uma parte da massa prisional feminina, 55%² (SENAPPEN, 2023, n.p).

A discrepância das prisões, partindo de um recorte racial, não é a única informação que chama atenção na problemática apresentada, visto que o levantamento de dados verificou que 44% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental e que somente 19,3% das detentas concluíram o ensino médio; dado que explica, além dos preconceitos sociais visíveis, a dificuldade da (re)inserção da mulher com histórico criminal no mercado de trabalho.

Consequentemente, o registro de presas exercendo atividade laboral no sistema carcerário é de apenas 30% (14.110), das quais 13% (6.115) tinham trabalhos internos no estabelecimento. Ademais, foi registrado que 50% (23.574) das detentas estavam envolvidas com algum tipo de atividade educacional e 28% (13.030) delas estavam relacionadas a certas atividades de ensino escolar (SENAPPEN, 2023, n.p).

¹ Enquanto a taxa entre a população feminina no país registrava 2,3 suicídios para cada grupo de 100 mil mulheres, as taxas no cárcere registraram 48,2 suicídios para cada 100 mil mulheres.

² As informações levantadas envolveram 25.717 mulheres (55,2% população feminina no cárcere).

Quanto à tipificação dos crimes cometidos pelas detentas, há um total de 27.069 incidências registradas. Para melhor visualização das principais categorias, observa-se a Tabela 1, destacando as informações colhidas encontram-se no agrupamento acerca da natureza dos crimes cometidos por essas mulheres, ou seja, o tipo penal. A maior parte das prisões, 51% focaram-se em crimes de tráfico de drogas e nas tipificações relacionadas a esse. Sendo os crimes contra o patrimônio a segunda maior incidência.

Tabela 1: Quantitativo de presas por tipificação com maior incidência

Crimes contra a pessoa		Crimes contra o patrimônio	
Homicídio qualificado	1.700	Roubo qualificado	2.233
Homicídio simples	1.156	Roubo simples	1.286
Lesão corporal	155	Furto simples	998
Crimes contra dignidade sexual		Crimes da Lei de Drogas	
Estupro de vulnerável	534	Tráfico de drogas	10.998
Estupro	94	Associação para o tráfico	2.075
Corrupção de menores	74	Tráfico internacional	776
Crimes contra paz pública		Crimes do Estatuto Desarmamento	
Quadrilha ou bando	385	Porte ilegal de arma de	211

Fonte: Adaptado de MJSP, 2024, p. 102-110.

Em relação à visita íntima, as penitenciárias com locais adaptados para que o público masculino receba a visita correspondem a 70% do total de estabelecimentos prisionais. Contudo, em relação às mulheres, 60% das penitenciárias não possuem local específico para propiciar realização de visita íntima. Por fim, um dado que demonstra outra realidade das mulheres encarceradas é quanto ao total de presos que possuem visitantes cadastrados. Para a população masculina, esse total corresponde a 57,4% do total de presos. No entanto, ao avaliar essa proporção no público feminino é de apenas 39%.

Esses dados revelam disparidades significativas entre as condições de visita íntima nos estabelecimentos prisionais destinados a homens e mulheres, bem como nas taxas de visitação entre os gêneros. A discrepância de 10% na disponibilidade de locais específicos para visita íntima entre as penitenciárias masculinas (70%) e femininas (60%) sugere uma preocupação desigual com as necessidades de cada grupo, refletindo possíveis vieses de gênero na gestão e na política prisional. A falta de espaços adequados para visitas íntimas pode ter consequências negativas para as mulheres encarceradas, incluindo dificuldades em manter vínculos familiares e afetivos, essenciais para sua reintegração social.

Além disso, a discrepância nas taxas de visitação entre homens e mulheres é ainda mais alarmante. Enquanto 57,4% dos presos masculinos têm visitantes cadastrados, apenas 39% das mulheres encarceradas desfrutam desse benefício. Essa diferença pode ser atribuída a uma série de fatores, mas principalmente a como a sociedade atribui a atividade de cuidado às mulheres, e quando são elas que precisam o retorno não é o mesmo. Essa disparidade evidencia a necessidade de políticas específicas para promover e facilitar a manutenção de laços familiares e sociais para mulheres presas, visando mitigar os impactos negativos do encarceramento em suas vidas e na vida de seus familiares. Em última análise, esses dados ressaltam a importância de abordar as desigualdades de gênero dentro do sistema prisional e garantir que as políticas e práticas sejam equitativas e sensíveis às necessidades de todos os indivíduos, independentemente do gênero.

3.2 As violações do sistema prisional

O espaço físico das penitenciárias é o primeiro nível de violação que as mulheres presas devem enfrentar. Os estabelecimentos prisionais não foram originalmente pensados para atender as necessidades femininas. As mulheres, que já foram detidas juntamente com homens, o que embora soe absurdo, ainda acontece.

Em 2007, na cidade de Abaetetuba no Pará, uma menina de 15 anos ficou presa, por um período de aproximadamente um mês, na mesma cela que 20 homens, sofrendo abusos, maus tratos e tortura durante esse período (CONJUR, 2007).

Em 2008, em Planaltina em Goiás, uma menina de 14 anos ficou junto com 110 homens na cadeia pública do município. O diretor do estabelecimento confirmou a informação, e relatou que havia outras três mulheres presas no estabelecimento destinado ao público masculino, ainda que em cela separada (CONJUR, 2008).

Além disso, mesmo ao receberem um espaço exclusivo para mulheres, que deveria ser planejado de acordo com suas necessidades, na maior parte das vezes herdam espaços masculinos adaptados, evidenciando que o sistema prisional é um reflexo do descaso da sociedade com as mulheres, principalmente com aquelas que possuem condutas desviantes e “estão ali porque merecem”.

Ainda que o primeiro estabelecimento prisional destinado às mulheres tenha sido criado em 1937, em Porto Alegre, o “Reformatório de Mulheres Criminosas”, que passou a se chamar “Instituto Feminino de Readaptação Social”, se tratava de uma edificação já existente e apenas adaptada para receber as detentas. Somente em 1942, foi construída a primeira penitenciária feminina, a “Penitenciária de Mulheres do Distrito Federal” (Angotti; Salla, 2018, p. 14).

A falta de condições para saúde de ordem sexual das mulheres também contribui para as violações perpetuadas e a manutenção de vulnerabilidades. O Brasil chama atenção para diversos problemas que se relacionam às desigualdades de gênero e à necessidade de reduzir as diferentes formas de violência que se multiplicam na prisão e implicam sérios prejuízos à saúde desta população. Neste contexto, torna-se relevante a discussão acerca da efetivação dos direitos reprodutivos das mulheres privadas de liberdade e, em especial, dos aspectos

relativos à sua saúde sexual e reprodutiva, pois são frequentes violações de todas as ordens, conforme afirmação do Ministro Barroso em seu voto na ADPF 347: “agressões, violações e estupro de mulheres homossexuais e transexuais pelos demais presos e por agentes do próprio Estado” (Brasil, 2023, p. 78).

De acordo com dados apresentados pela Clínica UERJ Direitos, citado pelo relator da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, quanto às condições das presas:

Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual (Brasil, 2023, p. 43).

Assim, resta evidente a inadequação estrutural das prisões às necessidades específicas das mulheres – que vai desde banheiros inadequados, falta de absorventes e roupas íntimas até regulamentos que não contemplem suas especificidades –, o que agrava as desigualdades de gênero, tornando piores as repercussões do encarceramento sobre a vida destas mulheres e de suas famílias.

Muitas delas eram responsáveis pela criação dos filhos e pela manutenção da casa, e sua prisão empobrece ainda mais a família, impõe a necessidade de reorganização familiar, interrompe sua convivência com os filhos que, em muitos casos, ficam expostos a situações de desproteção. Tudo isto leva à precariedade ou mesmo à total ausência de assistência familiar à mulher presa, que fica, assim, dependente da administração prisional ou de outras presas. Ao abordar as condições impostas pelo modelo prisional adotado o Ministro Cristiano Zanin destacou que:

Constata-se, ainda, um lamentável efeito colateral do encarceramento que extravasa os muros das unidades prisionais. É o envolvimento de familiares dos presos na prática de crimes. Pois ao adentrar em um presídio, o cidadão por vezes é ameaçado por integrantes de organizações criminosas e se vê obrigado a pedir que seus familiares, na maioria das vezes suas companheiras, cometam crimes para salvaguardar a integridade física do custodiado. Essa rotina tornou-se um dos fundamentos que levou o Supremo Tribunal Federal a conceder *habeas corpus* coletivo a todas as mulheres gestantes e mães de crianças de até 12 anos de idade, posto que a maioria delas cometia delitos a pedido do companheiro encarcerado (Brasil, 2023, p. 189).

As violações para mulheres que são presas durante a gestação são ainda mais cruéis, além da ausência de assistência médica adequada durante a gestação, como a realização de exames pré-natal, ressaltando o número reduzido de ginecologistas, o parto e pós-parto são condições ainda mais degradantes. A Ministra Carmen Lúcia, em sua contribuição na ADPF 347, lembrou a denúncia da penitenciária “Talavera Bruce” onde os partos até recentemente eram realizados com as detentas algemadas, ainda que haja lei federal proibindo tal prática. Nesse aspecto, o Ministro Barroso reforçou relatos obtidos em um estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

Mulheres dando à luz na penitenciária, em isolamento, sobre sacos de lixo colocados no chão ou algemadas a leitos hospitalares. De mães que não chegam a amamentar ou conviver com os recém-nascidos. De bebês cujo destino é desconhecido, de crianças que crescem num ambiente do cárcere sem

atendimento próprio ou que sofrem revistas vexatórias em visita aos seus pais (Brasil, 2023, p. 78).

Além de todas as violações acima apresentadas, existem as exigências distintas das mulheres em contraponto dos homens para visita íntima, há alguns locais em que exigem que seja o companheiro ou marido da detenta, ou seja, os maridos ou companheiros devem previamente ser identificados e cadastrados, depois de comprovada existência de relação estável com a detenta. No Brasil, o direito foi formalizado em 1984 e, ao longo dos anos, ele também foi estendido a mulheres encarceradas, homossexuais e jovens infratores.

Ademais, atualmente, os órgãos competentes exigem a apresentação de documentos que comprovem o casamento ou a união estável entre prisioneira e visitante e, em alguns estados, são necessários exames médicos e a assinatura de um termo de responsabilidade. Dessa forma, verifica-se que, muitas vezes, resta esquecido o objetivo principal por trás dessa permissão, que não é a satisfazer as necessidades “carnais” das pessoas aprisionadas, mas sim de manter viva sua conexão com o mundo exterior e com o núcleo familiar, algo que claramente é privado de muitas mulheres encarceradas no país.

4 Conclusão

A escolha da pesquisa sobre a realidade que as mulheres sofrem dentro do sistema carcerário brasileiro ocorreu a partir do exame de questões relacionadas ao gênero e à falta de cuidado do Estado com as mulheres encarceradas, conjuntamente com as diversas violações de direitos constatadas nas análises dos dados públicos acerca do tema.

Os estudos confirmaram o pressuposto de que o sistema penal foi projetado por homens e para homens, e que, na maior parte da história do encarceramento feminino, não há evidências de uma preocupação genuína com as condições particulares das mulheres. Ainda que, recentemente, tenha surgido uma discussão em aspecto social sobre o tema, e até uma abordagem do STF na ADPF 347, declarando que o sistema penitenciário brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, a implementação das medidas na prática deixa a desejar.

Na realidade, evidencia-se que o encarceramento ainda enfrenta a resistência social da melhoria de condições aos detentos, havendo grande dificuldade para o Estado efetivamente colocar em prática políticas públicas para garantir os direitos individuais dos presos. Assim, as condições de superlotação e precariedade das unidades prisionais são desumanas a qualquer gênero, mas as mulheres recebem uma carga especial em virtude de sua condição de vulnerabilidade. Condição essa que é o gatilho para o início de uma jornada que acaba na penitenciária.

De acordo com dados oficiais, em 2023, existiam 46.604 mulheres encarceradas, sendo 27.010 mulheres em regime de cela física, que todos os meses vivem um período menstrual, variável entre 4-8 dias, e que quando ganham absorventes, a quantidade é tão pequena que precisam limitar o uso de um por dia. Nesse cenário, a condição de higiene deplorável torna os itens de higiene itens de luxo dentro do presídio. Combinado a ausência de médicos ginecologistas, que deveriam assistir essas mulheres garantindo melhores condições de saúde, é um pesadelo.

A partir desse contexto, destaca-se que o Estado não disponibiliza condições básicas que atendam às características específicas das mulheres no cárcere. Em se tratando de gestantes ou mães que podem permanecer com seus filhos, a falta de atenção e cuidado é ainda maior. Nesse caso, além da violação que sofrem na condição de mulher, precisam ver seus filhos submetidos ao mesmo sofrimento, ou então sua única opção é o afastamento.

Os dados obtidos no decorrer do estudo comprovam a desatenção e descuido governamental com essas detentas, demonstrando violações potencializadas e institucionalizadas pelos agentes e pelo próprio Estado. A ausência de investimentos na estrutura física é visível a todos e, por ser muito chamativa, até provoca o sentimento de obrigação de ter que resolver aquele problema. Mas a ausência de investimentos em pessoal devidamente treinado para oferecer condições físicas e psicológicas adequadas às detentas provoca um dano que se perpetua.

Os agentes penitenciários e demais profissionais que prestam seus serviços dentro das penitenciárias refletem, no tratamento dispensado às pessoas encarceradas, o estigma da sociedade com os detentos. Nos relatos da obra “Presos que Menstruam” é possível observar a revolta com a ausência de condições físicas adequadas, mas fica evidente a dor que as detentas carregam pela ausência de um tratamento humanizado por parte dos profissionais que representam o Estado.

As políticas públicas para o sistema prisional não passam de projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, o Estado admite a proteção insuficiente da dignidade humana dentro das unidades prisionais, e a superação desse obstáculo é um desafio a ser enfrentado. Há baixo grau de maturidade na governança, conforme apontou relatório do Tribunal de Contas da União (TCU), mas essas condições não devem influenciar no planejamento dessas medidas, imperativas e urgentes, que não devem limitar-se simplesmente às condições físicas das instalações.

As distinções de gênero, em especial as particularidades exigidas pelas mulheres, requerem a adoção de novas políticas públicas que considerem esses novos contextos apresentados pelos dados sobre quem é a população que compõe as unidades prisionais. O Estado precisa pensar e executar estabelecimentos prisionais que ofereçam as condições necessárias à saúde feminina, às gestantes, lactantes e para que as mães possam manter um convívio digno com seus filhos.

Por fim, releva destacar que outro fator que contribui para a manutenção desse ciclo é a falta de investimento de pesquisa relacionada ao sistema carcerário. Sem dúvida, a ausência de dados e informações dificulta o mapeamento dos problemas e violações ora citadas, impossibilitando o desenvolvimento de políticas públicas eficazes na resolução dessas violações. Soma-se a isso o contexto cultural de opressões e discriminações de gênero que contribuem para o posicionamento marginal de mulheres no cárcere, perpetuando, no sistema prisional, processos discriminatórios e violências já enfrentadas pelas mulheres na sociedade.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a atuação do Estado em reformulação do sistema prisional brasileiro, direcionado às especificidades femininas é urgente, pois as violações sistemáticas dos direitos humanos, em especial das mulheres encarceradas, revelam não apenas a ineficácia do sistema, mas também sua crueldade e desumanidade. A análise das estatísticas disponibilizadas demonstra que todos os atores do processo penal carecem de um

olhar às necessidades específicas das mulheres, o que resulta nos tratamentos que lhes são dispensados e produzem as violações que se discutiu no decorrer da pesquisa.

Portanto, é imperativo que sejam implementadas políticas que respeitem a dignidade e os direitos básicos de todas as pessoas privadas de liberdade, reconhecendo suas necessidades específicas e garantindo condições mínimas de saúde, higiene e bem-estar. Certamente, o fomento de políticas públicas buscando a implementação das “Regras de Bangkok” e tornando eficaz sua aplicação nas unidades prisionais brasileiras é um começo. Mas, além das iniciativas legislativas, também é necessário que não se esqueça do papel do Poder Judiciário e Poder Executivo, principalmente das polícias, pois é fundamental que todos estejam envolvidos para efetivar uma solução que proponha o devido olhar diferenciado a essa parte da população carcerária.

Salientando-se que a luta por um sistema prisional justo e humanizado, também considerando as peculiares condições do gênero feminino, é essencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Referências

ANGOTTI, Bruna; SALLA, Fernando. Apontamentos para uma história dos presídios de mulheres no Brasil. *Revista de Historia de las Prisiones*, n. 6, enero-junio 2018. Disponível em: https://www.revistadeprisiones.com/wp-content/uploads/2018/06/1_Angotti_Salla.pdf. Acesso em: 21 maio 2024.

ASSIS, Luana. As condições de saúde no sistema prisional brasileiro. *Canal de Ciências Criminais*, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/condicoes-saude-sistema-prisional/>. Acesso em: 20 maio 2024.

BARREIRAS, Mariana Barros. *Manual de criminologia*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e política criminal. *Passagens - Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 20-39, 2009.

BEAUVIOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2 ed. São Paulo: Difel, 1967.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Zahar, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Públicos [MJSP]. *Levantamento Nacional de Informações - INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília: MJSP, Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf/view>. Acesso em: 20 maio. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Públicos [MJSP]. *Relatório de Informações Penais - 15º ciclo SISDEPEN*. Brasília, Secretaria Nacional de Políticas Penais, MJSP, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais [SENAPPEN]. *Dados estatísticos do sistema penitenciário: 15º ciclo - julho a dezembro de 2023*. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjozM2FkODMwZWMTNDQ0Mi00ZTdJLWI2YTAtNDU1YmU1ODkwZTI5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator do acórdão Ministro Luís Roberto Barroso, j. 04/10/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 140.122/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 23/03/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho723210/false>. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 25.371/MG, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 25/05/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho745674/false>. Acesso em: 10 maio 2024.

CONJUR. Garota de 15 anos fica presa em cela com 20 homens por um mês. *Consultor Jurídico*, 20 nov. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-nov-20/menina-15-anos-fica-presa-cela-20-homens/>. Acesso em: 20 maio 2024.

CONJUR. Menina de 14 anos está presa em cadeia masculina em Goiás. Redação *Consultor Jurídico*, 8 fev. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-fev-08/menina-14-anos-presa-junto-110-homens/>. Acesso em: 20 maio 2024.

FAIR, Helen; Walmsley, Roy. *World Female Imprisonment List*. World Prison Brief. Institute for Crime & Justice Policy Research. 5. ed. Londres, 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27. Acesso em: 15 maio 2024.

FAIR, Helen; Walmsley, Roy. *World Prison Population List*. World Prison Brief. Institute for Crime & Justice Policy Research. 14. ed. Londres, 2024. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27. Acesso em: 15 maio 2024.

FLECK, Ana Cláudia; WAGNER, Adriana. A mulher como a principal provedora do sustento econômico familiar. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 8, num. esp., p. 31-38, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/yJ7FJKchnyMrnhgPPp463yc/#>. Acesso em: 18 maio 2024.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2003.

GERVASONI, Tamiris Alessandra. *Gênero na corte interamericana de direito humanos: uma perspectiva decolonial e crítica para a (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2016.

LIMA, Raquel da Cruz (Coord.). *Mulheres em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC, 2017. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-ittc-relatorio-mulheres-em-prisao-2017.pdf>. Acesso em: 05 maio 2024.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo, SaraivaJur, 2024. E-book. Acesso em: 25 maio 2024.

QUARESMA, Flaviano. O problema grave da insalubridade nas prisões brasileiras. *Abrasco*, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://abrasco.org.br/o-problema-grave-da-insalubridade-nas-prisoas-brasileiras>. Acesso em: 27 jul. 2019.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

REALE Jr, Miguel. *Fundamentos de direito penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. Acesso em: 25 maio 2024.

STOLLER, Robert J. *Sex and gender: the development of masculinity and femininity*. New York: Routledge, 1994.

Ambiguidades na regulamentação do Sistema Nacional de Cultura: contraste entre o antes e o depois da Lei nº 14.835/2024

Ambiguities in the regulation of the National Cultural System: contrast between before and after Law no. 14,835/2024

Data de submissão: 22 jul. 2024
Data de aprovação: 04 set. 2024

Allan Carlos Moreira Magalhães

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (CE). Mestre em Direito Ambiental Universidade do Estado do Amazonas (AM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Colíder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Culturais (GEPDC/UNIFOR). Advogado da União.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3130213401332927>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4245-1235>

Diana Moreira Gondim

Mestra em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (CE).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5219340820289911>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0943-1822>

Francisco Humberto Cunha Filho

Pós-Doutor pela Universidade de Milão. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PE). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza (CE). Pesquisador-líder do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (GEPDC/UNIFOR). Advogado da União.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8382182774417592>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2770-6532>

RESUMO: O trabalho aborda o processo histórico de efetivação da política cultural para formação do Sistema Nacional de Cultura (SNC) e repercussões sistêmicas advindas do federalismo cooperativista adotado pelo Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugura o aspecto normativo do sistema e demanda arcabouço legislativo próprio, materializado pela Emenda Constitucional nº 71/2012, que acrescentou o artigo 216-A ao texto constitucional. O referido dispositivo constitucional somente veio a ser regulamentado em 2024, por meio da Lei nº 14.835. Todavia, mesmo antes de tal regulamentação, o órgão federal de cultura (Ministério ou Secretaria) já disciplinava o SNC por meio de normas infralegais. Nesse cenário, o objetivo deste estudo é comparar a regulamentação do SNC nos momentos que antecedem e sucedem o marco legal de 2024. Por meio de pesquisa bibliográfica, documental, com finalidade descritiva e método dedutivo, de abordagem quanti-qualitativa, tem-se que o legislador deu preferência às práticas de regulamentação que vinha praticando por uma década, a despeito de algumas delas não serem compatíveis com as previsões constitucionais relativas ao SNC.

PALAVRAS-CHAVE: direitos culturais; Sistema Nacional de Cultura; EC 71/2012; direitos fundamentais; políticas públicas; Lei nº 14.835/2024.

ABSTRACT: The work addresses the historical process of implementing cultural policy for the formation of the National Culture System (SNC) and systemic repercussions arising from the cooperative federalism adopted by Brazil after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which inaugurates the normative aspect of the system and demands a framework own legislation, materialized by Constitutional Amendment no. 71, of 2012, which added art. 216-A to the constitutional text. The aforementioned constitutional provision only came to be regulated in 2024, through Law No. 14,835. However, even before such regulation, the federal cultural body (Ministry or Secretariat) already disciplined the SNC through infra-legal norms. In this scenario, the objective of this study is to compare the regulation of the SNC in the moments that precede and follow the legal framework of 2024. Through bibliographical and documentary research, with descriptive purposes and a deductive method, with a quantitative-qualitative approach, it is clear that the The legislator gave preference to the regulatory practices he had been practicing for a decade, despite some of them not being compatible with the constitutional provisions relating to the National Culture System.

KEYWORDS: cultural rights; National System of Culture; EC 71/2012; fundamental rights; public policy; Law no. 14,835/2024.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Organização da gestão cultural brasileira a partir da Emenda Constitucional nº 71/2012 e da Lei nº 14.835/2024. 3 O desenho do Sistema Nacional de Cultura: uma realidade brasileira? 4 Contornos práticos da adesão facultativa ao Sistema Nacional de Cultura sob o prisma constitucional. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A paz, a dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade estão intrinsecamente vinculados ao plexo que envolve a cultura e os direitos decorrentes dela. A cultura, em uma ampla acepção e com sua complexa subjetividade, fornece os elementos para a construção da identidade dos povos e, pela métrica que analisa o grau (a maior ou a menor) de desenvolvimento social, representa, historicamente, um meio eficaz de integração global das civilizações.

Muitos dos direitos culturais, seja por expresso preceito da Constituição ou por serem “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (§ 2º do artigo 5º), são considerados direitos fundamentais, por serem indispensáveis à vida digna das pessoas e ajudarem a garantir o exercício dos demais direitos. Em termos de surgimento, eles perpassam todas as dimensões de direitos, o que evidencia fortemente as suas peculiaridades, as quais os fazem merecedores de especial atenção dentro de uma dinâmica constitucional autônoma, com institutos e princípios próprios, que os autonomizam em face de qualquer outro ramo do saber.

No Brasil, em termos constitucionais, a temática da cultura é abordada por significativa quantidade de normas programáticas, dotadas de poucas delimitações, necessitando, por conseguinte, de intervenção estatal para implementação sistêmica de políticas públicas específicas de integração dos diferentes setores, tornando-as operacionalizáveis pela indução, execução e regulação das iniciativas culturais, fato este que revela instabilidade decorrente da alternância e ideologias de governos, bem como suscita legislações mais taxativas e políticas públicas mais complexas para a efetivação dos direitos culturais.

O desenho federativo cooperativista da política normativa que envolve o Sistema Nacional de Cultura (SNC) necessita de prévia historicidade para a sua compreensão. Nesse sentido, importa destacar que as bases do SNC foram inauguradas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, como ponto de partida, permite compreender, pelo menos em tese, os progressos desse dinâmico setor, que, com base nas Emendas Constitucionais nº 42/2003, nº 48/2005, e nº 71/2012 – “Reforma Constitucional da Cultura” –, conta com uma legislação própria, tratando das garantias para materialização de vinculações de recursos, imunidades tributárias, planos e sistemas de culturas, sem grandes alterações do texto originário e nem avanços para a concretização de um sistema de cultura eficaz.

Nesse contexto, tratando-se do aspecto normativo ordinário, em momento anterior à “Reforma Constitucional da Cultura”, que introduziu o artigo 216-A na Constituição de 1988, a Lei nº 8.313/1991 (Lei Rouanet) instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e foi tida como o “embrião” do SNC¹, que

¹ Essa referência deve-se ao que dispõe o artigo 31 da Lei Rouanet que, “com a finalidade de garantir a participação comunitária, a representação de artista e criadores no trato oficial dos assuntos da cultura e a *organização nacional sistêmica da área*, o Governo Federal estimulará a institucionalização de Conselhos de Cultura no Distrito Federal, nos Estados, e nos Municípios”.

apenas veio a ser supostamente regulamentado pela Lei nº 14.835/2024, que institui o marco regulatório do SNC.

Até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 71/2012 – que acrescentou o artigo 216-A ao texto constitucional –, não havia, além da genérica previsão do artigo 31 da Lei Rouanet, sistemática estabelecida por lei de como seria o desenrolar do SNC. Existia uma ideia de organização entre os entes federativos em diferentes sistemas, que, integrados, comporiam políticas públicas favoráveis à cultura, de modo a se evitar ações repetidas e desperdícios de recursos, em uma lógica de complementação com as estruturas da sociedade, sem seguir, necessariamente, sistemas já consolidados, como o de saúde e de educação, não obstante a forte influência do primeiro no tocante aos princípios de organização e aos seus elementos estruturantes. A promulgação da Lei nº 14.835/2024, contudo, ainda não teve tempo hábil para mudar esse cenário.

Diante desse cenário, a pesquisa objetiva analisar como as políticas públicas voltadas para a cultura vêm sendo alicerçadas desde a criação do aparato constitucional (EC nº 71/2012), agora com regulamentação legal (Lei nº 14.835/2024), com o escopo de evidenciar quais são os avanços e retrocessos dessa construção. Diante da relevância da temática, após traçar a evolução histórica da inserção do SNC na sociedade brasileira pós-Constituição de 1988, o trabalho direciona-se aos aspectos práticos da adesão (ou não) ao sistema, relacionando isso a sua efetividade e aos (des)incentivos de ser partícipe do mesmo. Ao final, busca-se responder em que medida os três níveis federativos e a sociedade civil, em uma articulação institucional, regulada por instrumentos normativos, atendem os preceitos constitucionais do artigo 216-A, efetivando a “constituição cultural”.

Trata-se, pois, de uma pesquisa descritiva e método dedutivo, de cunho bibliográfico e normativo, na qual foram estudados documentos e correspondências oficiais atinentes ao modo de implantação do SNC brasileiro, buscando seus fundamentos em autores que desenvolveram suas obras em torno do pensamento crítico sobre a temática, bem como as informações sobre a situação da infraestrutura cultural, de acordo com o panorama atual e as expectativas para seu futuro.

Ao longo de três seções serão abordados, respectivamente, tópicos que envolvem: a organização da gestão cultural brasileira, a partir da Emenda Constitucional nº 71/2012 e da Lei nº 14.835/2024; o desenho do SNC e sua realidade no Brasil; e os contornos práticos da adesão facultativa ao SNC, sob o prisma constitucional.

2 Organização da gestão cultural brasileira a partir da Emenda Constitucional nº 71/2012 e da Lei nº 14.835/2024

O campo cultural no Brasil, pelas dimensões continentais do país, apresenta nuances e vieses que enriquecem a sua diversidade cultural e ampliam os desafios da sua gestão. Contudo, historicamente, merece destaque a carência de intervenções estatais para tornar possível a concretização dos direitos culturais em âmbito nacional, fato que acabou por condicionar a criação de um sistema integrado de políticas públicas com foco em elementos que viabilizassem sua

estruturação, tais como: órgãos administrativos próprios do setor, instâncias democráticas de participação popular, conselhos, conferências, mecanismos de financiamento, planos, indicadores, subsistemas setoriais e programas de formação (Costa, 2012, p. 183).

Visando a atender à dinâmica da diversidade cultural brasileira, vislumbrou-se uma construção institucionalmente eficaz a partir de uma gestão compartilhada de alta complexidade, capaz de abarcar todos os entes federados e organismos da sociedade civil, em uma implementação sistemática, que partisse de um compromisso político-social de fortalecimento aos mecanismos de fomento à atividade cultural, dentro de um processo participativo, contínuo e aberto ao controle social, pondo-se um ponto final no histórico de descrença e instabilidade das políticas culturais.

Cunha Filho (2010, p. 135) sustenta que seria essa organização sistemática a grande responsável por distribuir as tarefas e as competências de modo racional, segundo a vocação de cada ente federativo. No que pese a gestão democrática do sistema, o autor menciona que esta seria a “chave” para integrar um sistema nacional ou internacional de cultura, indicando que as deliberações políticas seriam feitas por meio do Conselho de Políticas Culturais, sem dominação do Estado e representado por todos os segmentos culturais e pela sociedade em geral, que tem sua participação marcada por dois momentos, quais sejam: o de definição das políticas e o de fiscalização da sua execução.

Há certa controvérsia sobre o marco inicial do SNC, mas, a despeito dela, impõe-se reconhecer que sua base normativa emana do federalismo cooperativista adotado pela Constituição Federal de 1988 (Cunha Filho, 2010, p. 91). Mostra-se o sistema, ademais, em coerência com as prerrogativas de que os direitos culturais são direitos fundamentais que interferem ativamente no presente, com possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, servindo como base de todos os direitos fundamentais e visando ao alcance da dignidade da pessoa humana (Cunha Filho, 2000, p. 41).

O posicionamento de Canotilho (2003, p. 403) vai no mesmo sentido, ao afirmar que “os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal”. Nesse diapasão, depreende-se o porquê de serem direitos que perpassam todas as dimensões. Destacando-se a especial atenção que deve ser dada dentro da dinâmica constitucional aos direitos culturais, por contar com a autonomia de institutos e princípios que os dissociam de qualquer outro ramo do saber, formando uma verdadeira “ordem constitucional da cultura” (Silva, 2010, p. 311).

Como dito alhures, a partir da instituição da Emenda Constitucional nº 71/2012, foi criado um sistema próprio para a cultura, com o objetivo de fomentar, de maneira democrática, aberta e permanente, as atividades deste campo, descentralizando políticas e criando canais de relações intergovernamentais nos diferentes níveis, para efetivação dos direitos culturais em todas as esferas federativas (municipal, estadual, distrital e federal).

A inserção do artigo 216-A na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 71/2012, nomeia de “Sistema Nacional de Cultura” esse modelo de gestão compartilhada intergovernamental de políticas públicas voltadas ao setor cultural, envolvendo formalmente a colaboração da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e da sociedade, com a seguinte formulação normativa:

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, 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. (Brasil, 1988).

Como o próprio artigo 216-A estatui, o que se busca é o exercício pleno dos direitos culturais, promovendo o desenvolvimento humano, cultural e econômico. As ações desenvolvidas no âmbito do sistema são as orientadas pelo Plano Nacional de Cultura (PNC), cujas diretrizes e metas devem nortear a formulação das políticas públicas do setor. O § 2º do referido artigo aborda a estrutura do SNC nas respectivas esferas da federação, trazendo, em seu bojo, os órgãos gestores da cultura, os conselhos de política cultural, as conferências de cultura, as comissões intergestoras, os planos de cultura, os sistemas de financiamento à cultura, sistemas de informações e indicadores culturais, programas de formação na área da cultura, e os sistemas setoriais de cultura, também designados de “subsistemas de cultura” (Cunha Filho, 2010, p. 94).

Garantir a expansão da institucionalidade da política cultural e o fortalecimento de estruturas gerenciais são os grandes desafios a serem enfrentados pelo SNC, uma vez que, apesar da estipulação dos princípios norteadores de suas ações e da apresentação de sua estrutura (§ 1º e 2º do artigo 216-A da CF/88), estas diretrizes não são observadas por seus integrantes, desmaterializando as garantias constitucionais previstas para sua efetivação, bem como desconsiderando o aspecto fundamental de que o Estado também se assenta sob a concepção cultural e que essa inobservância reflete no desenvolvimento social e da personalidade humana (Gonzáles Moreno, 2003).

Os objetivos previstos no assento constitucional do artigo 216-A *caput* encontram diretrizes em seu § 1º, por meio de uma dúzia de princípios, que lançam uma sistemática visando à construção de uma base valorativa, para que se possa ter amplitude do grau e do modo de observância de seus ditames e se esclareça sua hodierna aplicabilidade. É o seguinte o teor dos referidos princípios:

Art. 216-A. [...]

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

I - diversidade das expressões culturais;

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;

V - integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;

VI - complementaridade nos papéis dos agentes culturais;

VII - transversalidade das políticas culturais;

VIII - autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;

IX - transparência e compartilhamento das informações;

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

- XI - descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;
- XII - ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura. (Brasil, 1988).

Já o § 3º do artigo 216-A prevê que lei federal “[...] disporá sobre a regulamentação do Sistema Nacional de Cultura, bem como de sua articulação com os demais sistemas nacionais ou políticas setoriais de governo”. A omissão do legislador ordinário na regulamentação do referido dispositivo constitucional foi formalmente sanada apenas em 2024, após o país e o mundo terem enfrentado a pandemia da Covid-19, em que o setor cultural foi um dos mais atingidos, e as políticas culturais emergenciais mais precisaram de um sistema cultural estruturado e em funcionamento.

É importante destacar que o alinhamento ao SNC não se resume ao recebimento de verbas, mas principalmente a fazer a comunidade cultural ser ouvida, especialmente, em nível local, posto que muitas das demandas podem ser levadas das conferências de cultura às instâncias superiores, sendo visibilizadas e podendo integrar o Plano Nacional de Cultura. A regulamentação legal do SNC pela Lei nº 14.835/2024 não trouxe inovações com relação aos requisitos para a participação dos entes federados ao referido sistema, repetindo a fórmula da adesão pela celebração de instrumentos jurídicos próprios, denominados de Acordo de Cooperação Federativa e Termo de Solicitação de Integração ao SNC.

Lei nº 14.835/2024

Art. 5º. A gestão pública da cultura tem por objetivo a criação de condições institucionais que permitam o pleno exercício dos direitos culturais de todos os grupos humanos, povos e comunidades no território nacional, conforme os princípios estabelecidos nesta Lei.

[...]

§ 4º A adesão plena dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ao SNC, estabelecida nos termos de regulamento, é condicionada, ao menos, à:

- I - formalização da adesão perante a União por meio de instrumento próprio;
- II - publicação de lei específica de criação dos sistemas estaduais, distrital ou municipais de cultura, conforme o ente federativo, nos termos do § 4º do art. 216-A da Constituição Federal;
- III - criação, no âmbito de cada ente federativo ou sistema, de conselho de política cultural, de plano de cultura e de fundo de cultura próprios;
- IV - criação e implementação, no âmbito dos Estados, de comissão intergestores bipartite, para operacionalização do respectivo sistema estadual de cultura.

O que se constata é que a estruturação constitucional (art. 216-A) e a própria Lei nº 14.835/2024 não conseguem se desvencilhar do caráter estático para tratar do desenho do SNC, fazendo com que sua disposição organizacional seja marcada apenas por estas características, com viés pouco dinâmico, afastando-o cada vez mais de sua concretização. Anos antes de finalizado o desenho do sistema, Cunha Filho (2010, p. 141) já defendia que a disposição mais adequada para a sistemática da organização cultural seria a que reunisse o formato estável com o dinâmico. Estável a ponto de possibilitar a estabilidade e segurança jurídica por meio de uma legislação própria, e dinâmico para comportar-se de acordo com fatos novos e complexos advindos da própria exegese dos direitos que envolve a cultura.

A legislação própria veio, mas ela não consegue conferir a estabilidade e segurança jurídica adequadas ao SNC e às políticas culturais, conforme será abordado adiante. Sem exageros, pode-se dizer que a Emenda Constitucional nº 71/2012 esbarra seu conteúdo programático no mesmo ponto na qual as normas constitucionais originárias esbarravam até novembro de 2012, e isso certamente explica os entraves sociológicos e políticos que dão ao SNC, hodiernamente, contornos de instabilidade e inviabilidade prática, que padecem de semelhantes dificuldades, mesmo após o advento da lei regulamentadora, que não se contenta com essa função normativa, mas que se proclama instituidora do marco regulatório do SNC.

Desta feita, é preciso compreender o desenho constitucional e legal do SNC na realidade brasileira, e se o marco regulatório do sistema consegue lhe conferir dinamicidade e segurança. É o que será abordado na seção seguinte.

3 O desenho do Sistema Nacional de Cultura: uma realidade brasileira?

Partindo do pressuposto de que os fins que legitimam a atuação estatal no regime democrático são pautados pela principiologia constitucional, pelo pluralismo, pela diversidade, pelas liberdades culturais e pelas estruturas que proporcionam a interferência do cidadão e suas instâncias de organização e representação na formação da vida cultural brasileira, acredita-se que o cenário mais propício ao ideal de aprimoramento e desenvolvimento humano seja a partir da formação de uma cidadania cultural.

Todavia, os contornos do sistema que viabilizam essa formação no Brasil são repletos de paradoxos e contradições nos processos de institucionalização. Neste ponto, mostra-se relevante a definição de Edgar Morin (1999, p. 28) sobre sistema e a sua complexidade:

O sistema, como já foi dito – o todo –, é mais do que a soma das partes, isto é, no nível do todo organizado há emergências e qualidades que não existem no nível das partes quando são isoladas. Tais emergências podem retroagir sobre as partes: a cultura é uma emergência social que retroage sobre os indivíduos, lhes dá a linguagem e o saber, e, por isso, os transforma. Não apenas o todo é mais que a soma das partes. Eu diria mesmo que o todo é menos que a soma das partes, porque tudo que é organizado tem obrigações, e tudo que é obrigação inibe ou proíbe possibilidades que não podem ser expressas. Além do mais, percebemos que tudo o que tem uma realidade para nós é, de certa maneira, sistema.

O bloco de constitucionalidade da cultura é o epicentro normativo do sistema para a criação das obrigações neste campo, já que composto por um conjunto de normas atinentes aos direitos, políticas e garantias culturais, podendo ser denominado de “Constituição Cultural”, juntamente com as adjetivações contemporâneas coexistentes no enfoque do Estado Social, como o realce dos âmbitos econômico, ambiental, da clássica noção política, além da marca que acompanhou seu processo de elaboração, a cidadania ativa (González Moreno, 2003). Nesse contexto, o SNC exsurge como um complexo organizativo que propõe ser descentralizado, público e participativo, que, aos auspícios da

Constituição Federal de 1988, institui um pacto de realização de um processo de gestão compartilhada no tocante à matéria cultural.

A estruturação sistemática almejada para a concretização e perpetuação das políticas e para efetivação dos direitos culturais desafia o sistema a ser o eixo estruturante do campo cultural, dando mais resistência às políticas públicas diante das alternâncias do poder, representando, ao mesmo tempo, uma política pública nacional e um modelo de gestão compartilhada. O objetivo almejado pelas campanhas e ações é promover o desenvolvimento humano, social e econômico, a partir do pleno exercício dos direitos culturais, visando à edificação do campo cultural (Silva, 2013, p. 42). Isso significa que o Estado também assenta-se sob a concepção cultural quando se deposita ênfase no seu aspecto de desenvolvimento social e da personalidade humana, com base nos pressupostos finalísticos de difusão da cultura e no fortalecimento da democracia (González Moreno, 2003).

Corroborando essa ideia, Oliveira (2016, p. 24) aduz que o sistema visa à consolidação institucional de políticas públicas relacionadas à cultura, efetivadas por meio de programas, projetos e ações na intenção de garantir a cidadania cultural, haja vista que a alternância de poder dos governantes, que influi na priorização ou não dessa pasta, fragiliza a eficácia dos direitos culturais. Desta maneira, para elaborar uma estrutura político-administrativa menos instável e mais sólida, é necessário organizar sistemicamente políticas, responsabilidades e recursos para a área cultural, via conexão de relações intergovernamentais e das instâncias de participação da sociedade por meio do SNC.

A Lei nº 14.835/2024, marco regulatório do SNC, passa a estruturar, no artigo 7º, o sistema com base em nove elementos, seguindo o que já vinha sendo objeto de propostas e regulações do próprio Ministério da Cultura (Brasil, 2011, p. 44), quais sejam: a) órgãos gestores da cultura; b) conselhos de política cultural; c) conferências de cultura; d) comissões intergestores; e) planos de cultura; f) sistemas de financiamento à cultura; g) sistemas de informações e indicadores culturais; h) programas de formação na área da cultura; i) sistemas setoriais de cultura.

Do conjunto de elementos estruturais do SNC, ainda permanece válido o alerta de Oliveira (2016, p. 27) no sentido de que o Conselho de Políticas Culturais, o Plano Municipal ou Estadual de Cultura e a implantação do Fundo de Cultura – o principal instrumento do sistema de financiamento à cultura com a Lei nº 14.835/2024 –, destacam-se por sua essencialidade na lógica e funcionamento do sistema, razão pela qual mesmo antes da regulamentação legal, o Ministério da Cultura impunha algumas regras para que os entes federados estivessem adequados ao SNC e, só então, pudessem adquirir o “número” intitulado de “CPF da cultura”, sendo este de implantação obrigatória.

A sigla CPF, como explica Cunha Filho (2023), tem significado próprio na cultura e consiste numa técnica mnemônica que corresponde aos três elementos estruturais antes referidos que, existindo, simultaneamente, podem gerar um sistema de cultura, quais sejam: “C” de Conselho, “P” de plano e “F” de Fundo. Contudo, alerta o referido autor, que a técnica é boa para as coisas que é preciso decorar, mas não para as que é preciso entender. Com isso, passa-se à análise da estrutura legal destes elementos do SNC.

O conselho de política cultural dos entes federativos constituídos com a finalidade de pactuar políticas públicas de cultura, segundo a Lei nº 14.835/2024,

tem caráter consultivo, fiscalizador e deliberativo, e sua composição deve ser no mínimo paritária da sociedade civil em relação aos membros dos poderes públicos. Os representantes da sociedade civil, por sua vez, devem ser escolhidos por meio de eleição direta de seus pares. Contudo, a referida lei, no que se refere às regras de funcionamento dos referidos conselhos, incluindo o quantitativo de membros e as eleições dos representantes da sociedade civil, ao prever que a matéria será tratada por “norma regulamentar editada pelo ente federativo”, deixa margem para que a matéria seja tratada por normas infralegais, reproduzindo uma prática já corriqueira nos Estados e Municípios de permitir o controle de referidos órgãos colegiados pelo Poder Executivo.

Para Magalhães *et al* (2023, p. 125), a participação democrática em colegiados culturais, entendidos estes como qualquer organização colegiada estatal que tenha a participação da sociedade civil e atuação no campo cultural, apenas será efetiva se o conjunto de normas fundamentais, que regem o seu funcionamento, for disciplinado por lei editada pelo Poder Legislativo, ou seja, lei em sentido formal, pois é a maneira de preservar a independência dos membros oriundos da sociedade civil e conferir a tão desejada estabilidade ao SNC.

O Conselho Municipal ou Estadual de Políticas Culturais é o órgão incumbido da elaboração, implementação e revisão do respectivo plano de cultura, atuando conjuntamente com os demais órgãos com atribuições no campo cultural, na respectiva esfera federativa, e que devem assegurar a participação da sociedade civil. Além disso, são referidos conselhos que devem aprovar previamente o plano de cultura que será encaminhado pelo Chefe do Executivo ao Poder Legislativo, por meio de projeto de lei.

Neste sentido, os Conselhos de Políticas Culturais devem estar em constante diálogo com a sociedade civil para receberem as demandas locais, organizá-las e transformá-las em propostas legislativas, possibilitando a institucionalização das reivindicações dos artistas e coletivos culturais, fortalecendo suas iniciativas, mas igualmente da comunidade, pois são também destinatárias das políticas culturais, e, portanto, legítimas interessadas na sua construção.

O Plano de Cultura é o segundo elemento indispensável ao funcionamento do sistema. Ele é estabelecido por lei e consiste no instrumento de planejamento plurianual de orientação da execução da política cultural no respectivo ente federativo. A elaboração e execução do plano possui um processo legislativo especial, em que o encaminhamento do Projeto de Lei ao Legislativo depende de uma série de providências pelo Poder Executivo, que passa pela realização de uma análise situacional que compreende: a identificação de fragilidades e potencialidades da cultura local; o estabelecimento de diretrizes, objetivos, estratégias, metas e ações; definição de recursos materiais, humanos e financeiros; sistema de monitoramento e avaliação; e principalmente, a consulta à sociedade civil, em todas as fases do processo. Além disso, o referido plano deve ser aprovado pelo Conselho de Política Cultural.

O Fundo de Cultura é o terceiro elemento indispensável à integração do ente ao sistema. Para que esse fundo esteja apto a receber verbas de outros entes da Federação (transferência fundo a fundo), é preciso, segundo o artigo 30 da Lei nº 14.835/2024, que os entes envolvidos na transação estejam integrados ao SNC, sendo que as transferências devem ser implementadas em regime de colaboração e complementaridade, destinadas ao cofinanciamento de programas, projetos e

ações culturais previstos nos planos de cultura (nacional, estadual, distrital e municipal).

O funcionamento do fundo de cultura para o recebimento de recursos por transferências fundo a fundo é também utilizado pela legislação como um mecanismo impulsionador para a estruturação do SNC, pois referidas transferências são condicionadas a que o respectivo ente federativo possua os seguintes elementos: plano de cultura vigente; conselho de política cultural instituído com gestão democrática e transparente dos recursos; representação da sociedade civil escolhida por eleição direta e representação no mínimo paritária com os representantes dos poderes públicos; e ofereça contrapartida.

Desta feita, o modelo legal repete a mesma estrutura existente antes da vigência da Lei nº 14.835/2024 e que já correspondia a uma prática administrativa que se mostrou ineficiente durante a pandemia, pois, quando mais se precisou do SNC, este se mostrou insuficiente e inadequado para a execução das políticas culturais relacionadas à concretização das Leis de emergência cultural (Aldir Blanc e Paulo Gustavo).

A repetição do modelo que já se mostrou inadequado e ineficiente, contudo, não obsta que se pense em outros critérios de prioridade para o SNC como o proposto por Cunha Filho (2023), que considera como elementos estruturantes do sistema a colaboração da comunidade (e não apenas da sociedade em abstrato); o pluralismo, inclusive para a estruturação dos órgãos da cultura; e a fraternidade, para que se promova uma colaboração entre iguais, sem hierarquizações, o que vale, tanto nas relações entre o poder público e a comunidade, quanto dos entes federados entre si.

Desse modo, evidencia-se que o processo de construção do SNC é fruto da luta de amplos e dispersos setores da sociedade, não constituindo seu fim, mas, pelo contrário, uma etapa na qual cabe recrudescer a disputa pelas ideias que valorizem os aspectos políticos e sociais do processo. Contudo, depreende-se que o desenho do SNC é um entrave para sua concretização, sendo, inclusive, desincentivador, posto que há inúmeras medidas que precisam ser tomadas para aderir ao programa, e a contraprestação não é equivalente aos esforços empreendidos para efetivação da aderência ao sistema, assim, não se pode ainda dizer que o SNC é uma realidade fática no Brasil.

Para entender a dinâmica da adesão ao SNC já praticada pelo Ministério da Cultura e replicada na Lei nº 14.835/2024, serão abordados na seção seguinte os seus contornos práticos, desenvolvidos pelo órgão de cultura nacional, que centraliza o sistema. Apesar dos esforços, percebe-se, por via da análise dos dados colhidos por ele e disponibilizados em seu sítio eletrônico, que a adesão dos municípios está longe dos almejados 100%, tendo alcançado o percentual de 56,6%, a nível nacional, com base em dados de março de 2023 (Brasil, 2023)

4 Contornos práticos da adesão facultativa ao Sistema Nacional de Cultura sob o prisma constitucional

Quando o assunto é cultura, por suas inúmeras especificidades e seu caráter difuso, a própria Constituição Federal de 1988, nos parágrafos do artigo 24, legitimou a todos os entes federados a prerrogativa de legislar dentro de uma

lógica organizacional sistêmica, em níveis que evitem a colisão de competências e repetição de matéria. Desse modo, fica a União incumbida de estabelecer normas gerais e, os Estados de suplementá-las no que for necessário, podendo, inclusive, em caso de inexistência de lei federal, exercerem competência legislativa plena, fazendo-o até a superveniência de lei federal, estando, nesse diapasão, comprometida a lei estadual no que lhe venha a ser contrária. Os municípios, em matéria cultural, suplementam a legislação federal e estadual, no que lhe couber e for indispensável à sua atuação.

Tratar a matéria cultural na acepção do federalismo brasileiro importa refletir sobre competências legislativas frente às atribuições de elaboração normativa sobre determinado assunto de cada ente, e competências administrativas ou executivas que definem os papéis e encargos a serem realizados de acordo com os dispositivos legais criados pelo tipo de atribuição anterior (Cunha Filho, 2010, p. 78). Nesse sentido, o autor defende, por meio de uma classificação inovadora, que há competências comuns propriamente ditas e as análogas ou simétricas, estas últimas a exemplo do que acontece na seara cultural, senão veja-se:

Competência análoga ou simétrica ocorre quando os entes têm o mesmo tipo de competência, sobre o mesmo tipo de objeto, mas tal objeto não é único. Isso pode ser constatado, por exemplo, com os museus, sobre os quais, não obstante a ordem constitucional no sentido de estabelecer a competência comum na proteção de bens de valor histórico, artístico e cultural, de fato, cada ente que institui um “templo das musas” tem o direito de definir-lhe o acervo e a gestão, bem como a responsabilidade direta para manter e proteger aquilo que nele está catalogado, em reserva ou exposto. Trata-se, inclusive, de uma questão de autonomia, a qual mais uma vez aponta para a possibilidade e a conveniência de pactos que definam os âmbitos de incidência comum, justificadores de uma organização sistêmica, não agressora dos princípios constitucionais culturais, dentre os quais o do pluralismo das manifestações. Evidencia-se, portanto, a forte presença de competências análogas ou simétricas na seara cultural, o que acentua a delicadeza na definição de um sistema de cultura para a mesma, o qual terá que deslindar o que é comum a todos e o que é peculiar a cada um, mesmo diante de semelhanças ofuscantes. (Cunha Filho, 2010, p. 122-123).

Observa-se que o plano legislativo não suscita grandes impasses ao desenho do SNC, uma vez que claro é o artigo 24 da CF/88. Contudo, no tocante ao plano executivo, vislumbra-se grandes desafios propostos para a suplantação do intercâmbio de garantias, proteção, apoio e promoção da cultura a partir das relações intergovernamentais envolvendo União, Estados e Municípios, vez que se tenta reconsiderar a ideia de que essa interação é historicamente distorcida por financiamentos que remontam mecanismos de renúncias fiscais. Nesse diapasão, é necessário que as atuações estatais sejam reguladas de maneira uniforme, contudo, sem menosprezar as assimetrias naturais ou sociais existentes entre os membros da Federação (Ramos, 2000).

Falar do plano executivo para implantação do SNC é rememorar o trabalho coordenado pelo Ministério da Cultura (Brasil, 2010), no qual elaborou proposta de estruturação e organização entre os setores de integração dos entes federados, deixando clara a importância de um órgão próprio para a gestão cultural a nível municipal, estadual e federal, no qual se articulem a criação de um sistema responsável pelo financiamento, instrumentos de planejamento das políticas, instâncias participativas, dentre outros. Hodiernamente, o sistema de

financiamento continua a ser o maior entrave para a concretização das articulações de desenvolvimento dessas políticas, pois não se vislumbram garantias de controle social e estabelecimento de suporte pecuniário estável.

Cunha Filho (2010, p. 108), anos antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 71/2012, contribuía com o desenho de um possível SNC, pela fórmula preponderante da pactuação, com o entendimento de que “[...] a partilha de tais recursos, uma vez existentes, deve ser feita por dois critérios: vinculado (para os entes que formalmente aderirem ao sistema) e voluntário para os demais”. O autor atribui o critério vinculado aos entes que recebem automaticamente recursos, independente de projetos específicos, pelo fato de terem previamente demonstrado ter plano de ação e gestão democrática e específica para a cultura; pelo critério voluntário, permanece o sistema de convênios estabelecido em 2010. Realidade esta que se modificou apenas no plano formal com a vigência do marco legal do SNC (Lei nº 14.835/2024), mas que se mantém estática no que toca ao aperfeiçoamento dos mecanismos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 216, § 6º, assegura que existe uma possibilidade de uma vinculação facultativa de recursos estaduais e distrital, no percentual de até cinco décimos por cento da receita tributária líquida de cada ente, destinada a fundo de incentivo de financiamento a programas e projetos culturais. Todavia, o dispositivo constitucional deixa claro a vedação de direcionamento destes recursos ao pagamento de pessoal e encargos sociais, serviço da dívida e quaisquer despesas correntes não vinculadas diretamente aos investimentos ou ações apoiados. Contudo, esta benesse não foi, até os dias atuais, observada em sua plenitude pelos Estados e nem pelo Distrito Federal, reforçando a ideia de que as políticas públicas culturais estão longe de ser prioridade orçamentária no Brasil.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 71/2012, a Lei nº 8.313/1991 instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e assegurou, em seu artigo 2º, a efetivação de garantias atinentes a políticas culturais por meio de três mecanismos de incentivo. O primeiro é Fundo Nacional de Cultura (FNC), o segundo são os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e o terceiro é o Mecenato Federal, sendo esta última a política pública mais utilizada no setor cultural e alvo de polêmicas em razão da má distribuição dos recursos. Nas palavras de Muylaert (1993), em conclusão, pode-se dizer que as atividades culturais tidas como importantes para formação da identidade e da diversidade cultural, mas de pouco apelo comercial, devem receber incentivos por meio do Fundo Nacional da Cultura; atividades culturais com possibilidade de autossustentabilidade captam do mecenato; atividades que tipicamente são vinculadas à indústria cultural fazem uso dos Ficarts.

O panorama atual do SNC reflete como toda essa realidade vem repercutindo no processo facultativo de adesão dos Estados e Municípios. Um apanhado revisional demonstra que, até outubro de 2019, após a assinatura do Acordo de Cooperação, que garante a adesão do Estado às políticas nacionais de fomento e de difusão das ações culturais e artísticas da região, o Estado do Pará, último estado que faltava compor o SNC, registrou sua adesão. Com isso, todos os Estados da federação brasileira estão integrando o sistema.

Com relação aos municípios, tem-se que, dos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta), 3.150 (três mil cento e cinquenta) aderiram ao SNC, o que representa 56,6% (cinquenta e seis vírgula seis por cento) do total, segundo dados do

Ministério da Cultura datados de 08/03/2023 (Brasil, 2023). Contudo, não há dados referentes ao ano de 2024, e nem informações sobre os impactos da Lei nº 14.835/2024 nas adesões ao SNC.

Em linhas gerais, observa-se que pouco mais da metade dos municípios brasileiros aderiram ao SNC e isso se dá, entre outros fatores, pelo fato de que, não obstante muitos dos entes federados terem criado suas leis de incentivo, os repasses do fundo dos recursos para a cultura se encontram historicamente centralizados nas regiões Sul e Sudeste, havendo uma atuação de maneira desconectada da legislação federal, o que é um entrave para seu sucesso.

Augura-se que, com o passar do tempo, ocorra a correção de anomalias para concretização do SNC, a depender do grau de priorização, por parte do Poder Executivo, das políticas de adequação da realidade local dos entes ao sistema e, desde que contemplados seus objetivos básicos, em harmonia com otimização dos recursos, com um caráter mais “coordenador” do que “unificador”, onde a adesão se procede de modo voluntário para os entes que detenham certo perfil de estímulo à cultura (Cunha Filho, 2010, p. 79). Para o autor, o controle social e o estabelecimento de suporte pecuniário estável devem ser feitos com previsão orçamentária compatível com o impacto da cultura no Produto Interno Bruto (PIB), vinculação de recursos para a cultura, criação de fundos específicos, estabelecimento de incentivos a partir de renúncia fiscal, e controle da sociedade sobre esses atos.

Os contornos práticos da adesão facultativa ao SNC sob o prisma constitucional estão intimamente atrelados a um desenho que permanece com a Lei nº 14.835/2024 e que não é capaz de tratar os entes segundo suas difusas peculiaridades e nem distribuir recursos de acordo com as (des)igualdades dos seus integrantes formais e, ao invés de levar em conta fatores populacionais, o “PIB cultural” das regiões, a possibilidade de diferenciação para os que demonstram maior responsabilização com os deveres culturais, maior clarividência no tocante aos credenciamentos e descredenciamentos, prioriza a canalização de recursos para áreas distintas do setor cultural, em descompasso com o Fundo Nacional de Cultura.

5 Conclusão

A Constituição Federal de 1988, por via de diversos dispositivos, assenta a ordem constitucional cultural como pertencente a todas as dimensões de direitos fundamentais. A promoção da cidadania cultural, como meio para obtenção de desenvolvimento da dignidade humana e personalidade, é garantia social da qual derivam direitos e deveres fundamentais que merecem tratamento especial, dentro de uma dinâmica constitucional independente de qualquer outro ramo do Direito.

Diversos instrumentos normativos estruturaram e disciplinaram, a partir do plano constitucional, os direitos oriundos de matéria cultural. Contudo, todos possuíam um traço em comum: o chamado para construção de um sistema nacional atinente ao aspecto normativo e executivo de políticas públicas que visassem à proteção e ao fomento de direitos de tamanho vulto na formação e na vida cotidiana das pessoas e da sociedade. Atendendo aos reclames, o instrumento jurídico constitucional que passou a regular e ordenar essas relações foi a Emenda

Constitucional nº 71/2012, possibilitando a construção sistêmica de um modelo de gestão compartilhada, contínua e aberta entre todos os entes da Federação, formando o SNC.

Hodiernamente, constata-se que, não obstante inúmeros desafios enfrentados pela estruturação da Emenda à Constituição, por sua disposição organizacional pouco dinâmica, a concretização das aspirações do SNC a nível nacional esbarra seu conteúdo programático nos entraves sociológicos e políticos e na instabilidade e inviabilidade prática de políticas que visem ao seu desenvolvimento ou incremento; em outras palavras, a falta de prioridade com a pasta que envolve a cultura no País torna o desenho do sistema questionável.

A regulamentação do SNC pela Lei nº 14.835/2024 não contém normatividade que confira uma guinada na estruturação do sistema, mas, ao contrário, repete a mesma fórmula estruturante que vinha sendo adotada pelo Ministério da Cultura, com o mecanismo da adesão dos entes federados por meio de celebração de Acordo de Cooperação Federativa, que promove a centralização da política cultural na União, condicionando as transferências de recursos à celebração do acordo, ao arrepio da estrutura federativa, quase como se Estados e Municípios não fossem entes federados dotados de autonomia.

Ante as constatações, a resposta empreendida por esta pesquisa é a de que a articulação institucional dos três níveis federativos com a sociedade civil, regulada pelos diversos instrumentos normativos objeto deste estudo, não atende os preceitos constitucionais do artigo 216-A, por isso, inefetiva é a constituição normativa cultural brasileira.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005*. Acrescenta o §3º ao art. 215 da Constituição Federal, instituindo o Plano Nacional de Cultura. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc48.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 71, de 29 de novembro de 2012*. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Lei nº 14.835, de 04 de abril de 2024*. Institui o marco regulatório do Sistema Nacional de Cultura (SNC), para garantia dos direitos culturais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2024/Lei/L14835.htm. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. *Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991*. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313compilada.htm. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Cultura. Conselho Nacional de Política Cultural. Secretaria de Articulação Institucional. *Estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional de Cultura*. Brasília: Ministério da Cultura, nov. 2010. Disponível em: https://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/handle/20.500.11997/7763/772%20DOCUMENTO_B%c3%81SICO_SNC_16DEZ2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Cultura. Conselho Nacional de Política Cultural. Secretaria de Articulação Institucional. *Estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional de Cultura*. Brasília: Ministério da Cultura, dez. 2011. Disponível em: <http://portalsnc.cultura.gov.br/wp-content/uploads/sites/32/2018/04/Documento-Básico-do-SNC.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Cultura. Sistema Nacional de Cultura: Acordo de Cooperação Federativa. *Portal do Sistema Nacional de Cultura*, Brasília, 08 mar. 2023. Disponível em: <http://portalsnc.cultura.gov.br/wp->

[content/uploads/sites/32/2023/03/2023.03-Quantitativo-Ranking.pdf](#). Acesso em: 15 jul. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Rodrigo Vieira. *Federalismo e organização sistêmica da cultura: o Sistema Nacional de Cultura como garantia de efetivação dos direitos culturais*. 2012. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminalri/9575/acervo/detalhe/95486>. Acesso em: 10 jul. 2024

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Federalismo Cultural e Sistema Nacional de Cultura: contribuição ao debate*. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Por um outro significado para a expressão “CPF da Cultura”. *IBDCult*. Coluna Persona. 06 out. 2023. Disponível em: <https://www.ibdcult.org/post/por-um-outro-significado-para-a-expressão-cpf-da-cultura>. Acesso em: 15 jul. 2024.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid: Civitas, 2003.

MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira; SOUZA, Alessandra Aline Martins de; LIMA, Matheus Valente. Os colegiados culturais e a efetivação dos direitos culturais, econômicos e sociais. *Revista Buriti*, v. 6, n. 1, 2023, p. 113-129. Disponível em: <https://buritidireitoesociedade.com/wp-content/uploads/2023/06/os-colegiados-culturais-e-a-efetivacao-dos-direitos-culturais-economicos-e-sociais.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2024.

MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento. In: PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do (Orgs.). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

MUYLAERT, Roberto. *Marketing cultural & comunicação dirigida*. São Paulo: Globo, 1993.

OLIVEIRA, Danilo Júnior de. Marco institucional para as políticas culturais no Brasil: o Sistema Nacional de Cultura. In: VAL, Ana Paula do et al. *Políticas públicas de cultura*. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo, 2016. p. 23-29. Disponível em: http://www.saopaulo.sp.leg.br/escoladoparlamento/wp-content/uploads/sites/5/2016/06/20161006_LIVRO_DIGITAL_POLITICAS_PUBLI_CAS.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Adélia Cristina Zimbrão da. Políticas públicas e relações federativas: o Sistema Nacional de Cultura como arranjo institucional de coordenação e cooperação intergovernamental. *Revista do Serviço Público*, v. 64, n. 1, p. 31-58, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/114>. Acesso em: 15 jul. 2024.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O caráter evolucionário das leis, com base na filosofia de Charles Sanders Peirce

The evolutionary character of laws, based on the philosophy of Charles Sanders Peirce

Data de submissão: 23 mar. 2024
Data de aprovação: 17 set. 2024

Luciana David de Oliveira

Doutora pela Universidade de São Paulo (SP). Servidora Pública na Justiça Federal da 3ª Região (MS).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0614816493743563>

RESUMO: O presente artigo trata da evolução das leis, sob o viés da filosofia de Charles Sanders Peirce que, apesar de se considerar um lógico, se dedicou a várias áreas da Ciência, como Matemática, Física, Astronomia, Química, Psicologia, História, Linguística, Lógica e Filosofia, sempre buscando conhecimento dos métodos e seus fundamentos lógicos. Para tanto, apresenta-se uma sucinta introdução a alguns dos principais conceitos que o filósofo construiu arquitetonicamente numa estrutura triádica, que sustenta toda a sua filosofia, com base na Fenomenologia (Falibilismo, Sinequismo, Pragmatismo, entre outros). Com esteio nesse manancial filosófico, realiza-se o diálogo com o tema do caráter evolucionário da legislação, a partir da análise da continuidade entre acaso e lei, que se evidencia muito relevante para a construção de nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: legislação; filosofia; evolucionismo; pragmatismo; justiça; acaso; lei.

ABSTRACT: This article deals with the evolution of laws, on grounds of the philosophy of Charles Sanders Peirce who, despite considering himself a logician, dedicated himself to several areas of science, such as mathematics, physics, astronomy, chemistry, psychology, history, linguistics, logic and philosophy, always seeking knowledge of methods and their logical foundations. To this end, we made a succinct introduction to some of the main concepts that the philosopher architecturally constructed in a triadic structure, which supports his entire philosophy, which is based on Phenomenology (Falibilism, Synechism, Pragmatism, among others). On the basis of this philosophical foundation, a dialog is held with the theme of the evolutionary nature of legislation, based on an analysis of the continuity between chance and law, which is very relevant to the construction of our society.

KEYWORDS: legislation; philosophy; evolutionism; pragmatismo; justice; chance; law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A filosofia de Charles Sanders Peirce. 3 Metafísica. 4 Evolucionismo. 5 Pragmatismo. 6 O acaso como modificador das leis. 7 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

O caráter evolucionário das leis, sob o ponto de vista da filosofia de Charles Sanders Peirce (1936-1958, CP 7), está profundamente relacionado à sua visão geral do universo como um processo contínuo e dinâmico, em que a evolução é uma característica central. Nesse viés, as leis não são fixas ou eternas, mas surgem de um estado primitivo de caos e indeterminação, a partir de onde, leis e regularidades emergem gradualmente, moldadas pelo acaso e pelo processo evolutivo.

Sua visão se afasta do determinismo rígido, comum em muitas teorias científicas tradicionais, ao reconhecer o papel do acaso na formação das leis. Peirce (1936-1958, CP 7) argumenta que as leis da natureza não são perfeitas ou absolutas, mas estão em constante desenvolvimento, sujeitas a mudanças e adaptações ao longo do tempo. Isso significa que todas as leis, mesmo as que regem o comportamento do universo físico, biológico e até mesmo social, são falíveis e passíveis de revisão.

Essa visão não é apenas aplicada às leis da física e da natureza, mas também às leis humanas e sociais. As leis que governam o comportamento humano, como as leis jurídicas ou morais, também evoluem à medida que as sociedades mudam e novos desafios surgem. Assim como as leis naturais, as leis humanas são produtos de um processo contínuo de adaptação e aprendizado, em que novos fatos e experiências moldam a forma como a vida em sociedade é regulada.

Peirce (1936-1958, CP 1) oferece uma contribuição inovadora ao afirmar que o acaso é um princípio ontológico real, ligado ao processo evolutivo do universo e à aquisição de hábitos. Seu pensamento desafia o determinismo rígido das leis físicas, propondo que o mundo é regido por uma interação contínua entre lei e acaso.

O filósofo (1936-1958, CP 5) constrói uma visão coerente, na qual Fenomenologia, Metafísica e Falibilismo se interligam para oferecer uma explicação do universo baseada em evolução, mediação e aprendizado contínuo. O Pragmatismo, um método central no pensamento de Peirce, propõe que as ações geram novos pensamentos, desafiando as crenças fixas e permitindo o crescimento da mente. A contínua interação entre acaso e lei reflete a imperfeição das leis humanas e a necessidade de adaptação constante para abarcar a diversidade da experiência humana.

Com relação à evolução legislativa no Brasil, sob o ponto de vista de Seckler (2023), ela caminha em trajetória de progressão contínua, em meio a um complexo cenário de transformações ao longo dos anos, ocasionada por diversas influências, gerando muitos impactos. A construção da sociedade segue atrelada à legislação, que atua como ferramenta e vem se adaptando e se moldando às necessidades e desafios decorrentes dos fatores que impulsionam as mudanças para a promoção de um ambiente jurídico mais justo e eficaz.

Tal evolução reflete tanto a dinâmica interna da sociedade brasileira, quanto as influências externas, políticas, econômicas e culturais, e isso ocorre desde o início da colonização, quando o Brasil era regido pelas leis portuguesas (Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) e era controlado pela Coroa Portuguesa.

Seckler (2023) aponta que, após a independência do Brasil (1822), uma legislação própria passou a ser construída, juntamente com o Estado Nacional. As bases do sistema jurídico do Império, no entanto, foram estabelecidas na Constituição de 1824, com influências do Direito Romano e das Constituições europeias da época.

Depois, com a Proclamação da República, reformas legais foram necessárias à nova estrutura política e, com a Constituição de 1891, foi estabelecido um sistema republicano e federativo, que causou impacto nas leis e competências dos estados. Esse período foi marcado pela promulgação de códigos, como o Código Civil de 1916, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na Era Vargas, e a Constituição de 1988, que foi um marco na evolução legislativa brasileira.

Seckler (2023) observa que, em várias áreas houve reformas legislativas, como na ambiental, tributária, penal e de direitos humanos, quando foram incorporados tratados internacionais na busca por maior equidade e justiça social.

Entretanto, o autor (Seckler, 2023) destaca que nem sempre as influências políticas e partidárias na evolução legislativa do Brasil atendiam às necessidades reais da sociedade. Assim, evidencia-se que, por exemplo, muitas mudanças legislativas podem ter sido afetadas pela instabilidade política em certos momentos da história, além de sofrerem impacto de outro fator relevante que se refere ao contexto socioeconômico:

As mudanças na economia brasileira, de uma economia agrária no período colonial a uma economia industrial e de serviços nos tempos contemporâneos, tiveram um papel direto na formulação das leis trabalhistas. A urbanização e industrialização crescentes no início do século XX levaram à necessidade de regulamentar as relações de trabalho, culminando na criação de leis que protegiam os direitos dos trabalhadores, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. (Seckler, 2023)

Ademais, importa ainda destacar que outro fator relevante de mudanças na legislação brasileira são os movimentos sociais, como a luta das mulheres por direitos igualitários, as mobilizações contra a discriminação racial e os esforços da comunidade LGBTQIA+ (Seckler, 2023). Também há aqueles movimentos voltados a portadores de deficiência, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, entre outros, que impulsionam as transformações necessárias para a construção de uma sociedade cuja base é a equidade e a justiça.

A partir dessas considerações iniciais, pretende-se buscar, na filosofia de Charles Sanders Peirce, uma base filosófica para o entendimento dessas transformações, cujo gatilho é a variedade, a diversidade de elementos que fogem aos padrões estabelecidos, mas existem de fato e clamam pelo olhar e atenção daqueles que estão no poder, promovendo o progresso de forma democrática e justa, inclusive por meio da evolução legislativa.

2 A filosofia de Charles Sanders Peirce

Peirce (1936-1958, CP 1) divide as ciências em três grandes classes: a Matemática, a Filosofia e a Idioscopia, ou Ciências Especiais. Para ele, a Matemática não lida com questões de fato, pois trabalha construindo hipóteses e

serve de base para todas as outras ciências, em vista de seu caráter puramente abstrato; a Filosofia é a ciência que busca a verdade a partir da observação e do exame das experiências cotidianas e, por fim, a Idioscopia, que necessita de observações especiais para sua fundamentação (física, química, biologia etc.).

A Filosofia, por sua vez, é dividida por Peirce em Fenomenologia, Ciências Normativas e Metafísica. A Fenomenologia, ou Faneroscopia, é responsável pela constatação e classificação de todo e qualquer fenômeno, que são subdivididos em três categorias: a Primeiridade, a Segundidade e a Terceiridade.

Logo, a Fenomenologia, ou seja, a ciência geral da experiência, é onde Peirce funda suas categorias de Primeiridade, Segundidade e Terceiridade. Entretanto, desde logo é imprescindível destacar que, para Peirce, não existe “certeza absoluta” e qualquer ciência é “falível”, o que abrange até mesmo sua própria filosofia, que é científica. Essa pressuposição permeia todo seu pensamento e é denominada por ele de “Falibilismo”.

A Primeiridade é a faculdade de ver o que se apresenta. É a categoria da liberdade, da diversidade, da novidade, das qualidades (cores, sons, cheiro, sentimentos etc.). São as qualidades ainda desprendidas de qualquer objeto fático. Não há nessa categoria a consciência de tempo presente; não há relações, nem controle; não há o outro, não há alteridade, mas sim novidade, vida e liberdade. Dessa forma, “este estado de consciência de experienciar uma mera qualidade, como uma cor ou um som, caracteriza-se por ser uma experiência imediata em que não há, para esta mesma consciência, fluxo de tempo”. (Ibri, 2015, p. 30).

A Segundidade ocorre quando surge, no fenômeno, a ideia de “outro”, de “alteridade”, que reage contra nós em experiência de dualidade. É o “não-ego” da experiência que age sobre nós diretamente, sem mediação. Sendo assim, “este caráter individual do segundo, que se opõe aqui e agora ao sujeito, conferindo-lhe uma experiência de dualidade, torna-se para o ego sua negação, ou seja, um não-ego (Ibri, 2015, p. 27). Portanto, Segundidade é o aqui e agora da experiência, que proporciona a noção de gosto, de sensações, que podem ser agradáveis ou não.

A Terceiridade é a categoria da mediação, quando se promove a relação entre as ideias, sendo que, entre um elemento e outro postos em relação, o terceiro com eles não se confunde, mas apenas faz a mediação entre um e outro. Esse elemento, que é o signo¹, ao fazer a mediação promove uma continuidade entre o ego e o mundo, sendo que, dessa forma, fica extinta qualquer possibilidade de dualismo, como se pensava no cartesianismo.

Desse modo, “a experiência de mediar entre duas coisas traduz-se numa experiência de síntese, numa consciência sintetizadora” (Ibri, 2015, p. 35). Essa mediação envolve fluxo no tempo e todo fluxo de tempo, segundo Peirce, envolve aprendizagem.

Pode-se dizer, então, que a Terceiridade é representação, pois há um elemento que representa outro no processo de cognição. Nesse sentido, importa

¹ A Semiótica é uma parte da filosofia de Peirce, arquitetonicamente estruturada na Fenomenologia, de fundo também triádico e se constitui de relações entre *signo*, *objeto* e *interpretante*. Um signo é tudo aquilo que intenta representar algo, um objeto, para um possível interpretante, e pode se relacionar com ele mesmo, com um objeto e com um interpretante (Oliveira, 2021).

destacar que, “da natureza do conceito e do pensamento, o elemento cognitivo deve ser geral e ter o estatuto de representação” (Ibri, 2015, p. 36).

Essa contextualização evidencia que, para Peirce (1936-1958, CP 5), a Terceiridade é o conceito, a mediação entre o ego e o mundo, onde há fluxo de tempo, generalização e mediação.

Segundo Ibri (2015), a aquisição de Terceiridade promove o “curso temporal da experiência como resultado cognitivo do viver”. A partir da mediação, não há como se desvincular do passado e de se destituir de intencionalidades para o futuro. A cognição envolve síntese no tempo e, segundo Ibri (2015), deve ser geral e ter o estatuto da representação, estando, portanto, subsumida à categoria da Terceiridade.

Sendo a Fenomenologia a ciência das aparências, que nada afirma sobre o que é, nem sobre o que deve ser, ela precisa de uma lógica que torne válidos seus argumentos. A partir do momento em que se pensa a respeito da realidade das coisas e de seu caráter ontológico, se entra no campo da Metafísica.

3 Metafísica

Para Peirce (1936-1958, CP 7), a Metafísica é a Filosofia do ser, enquanto a Lógica é a Filosofia do pensamento, sendo que a Metafísica prescinde da Lógica e não o contrário. Amparada na Fenomenologia, a Metafísica como ciência do real vem estudar os aspectos mais gerais da realidade, dentro de uma visão realista².

Para se entender o conceito de existência, a Metafísica de Peirce (1936-1958, CP 1) pode ser de grande utilidade, pois explica, também sob o pano de fundo da Fenomenologia, em que acaso, existência e lei correspondem, respectivamente, às categorias de *Primeiridade*, *Segundidade* e *Terceiridade*. Para Ibri, a realidade³ necessita de dois atributos: a alteridade e a insistência contra a consciência. Se, ao deixar de pensar num objeto, ele desaparecer de nossa mente e não se encontrar em qualquer lugar, no presente momento, isso significa que ele não existe no mundo real, apenas na imaginação. A insistência da realidade requer fluxo de tempo, regularidade. O que é real permanece no tempo, independentemente do que se pensa sobre ele.

Peirce (1936-1958, CP 5) se declara um realista, pois deriva sua concepção de realidade de Scotus, um expoente do realismo escolástico, que acredita, ao contrário dos nominalistas, que os universais são reais, pois cada existente contém em essência os universais, que são os conceitos.

² Segundo Ibri (2004), Peirce diferencia-se, na tradição da filosofia contemporânea, por diversos matizes: o caráter ontológico de seu pensamento; seu realismo de colorido escolástico, cujas ideias sistematizadas têm sua origem na Antiguidade e na Idade Média, sendo muitas delas nuançadas pelo problema lógico e metafísico da dualidade particular-geral, sendo reposicionada por Peirce, a velha querela entre nominalismo e realismo. Ibri (2004, p. 169) explica que, com relação às filosofias da ciência e à epistemologia que o sucedeu, Peirce “discordaria, com certeza, de sistemas filosóficos descarnados de mundo, confinados ao interior da linguagem e ao método das ciências, sem os riscos de uma ontologia onde estivesse concebida não tão-somente a alteridade, mas também a realidade dos universais”.

³ Segundo Ibri (2015), Peirce extrai seu conceito de Realidade de John Duns Scotus, em que se encontra presente o elemento de alteridade, sendo de sua invenção a palavra *realidade*.

A insistência da reação, exigindo uma consciência no tempo que a reconheça regular e, por assim fazê-lo, reconhece comparativamente as reações individuais numa relação de semelhança, parece ser o *fundamento de todo pensamento mediativo*, na sua positividade lógica (Ibri, 2015, p. 57).

Porém, para ter estatuto ontológico, a representação deverá passar pela alteridade da experiência. A Terceiridade real, ontológica, é o fato. A realidade possui caráter de potencialidade, de um vir a ser, de generalidade, enquanto a existência é ato, determinação. A possibilidade ontológica de uma generalidade remete à querela dos universais⁴.

Para Ibri (2015), a condição de possibilidade de uma cognição é uma generalidade que a fundamenta. Saber que algo irá acontecer previamente é saber de algo não existente, em estado latente apenas, ou de caráter potencial. O sol nasce todos os dias. Portanto, se prevê que continuará nascendo. Se não houvesse a generalidade, o mundo seria caótico, apenas constituído de individuais sem relações gerais que os tornem cognoscíveis.

Assim, a concepção de existência é de caráter metafísico, pois se traduz “numa hipótese explicativa a partir da experiência direta que revela nosso próprio caráter de individuais” (Ibri, 2015, p. 52). Um existente seria aquilo que reage contra as outras coisas e se caracteriza por oposições binárias. Desse modo, “nitidamente, pode-se afirmar que os objetos da imaginação, nos quais se incluem os objetos matemáticos, artísticos e todo o universo onírico humano, não existem” (Ibri, 2015, p. 53).

Há na realidade um permanente vir a ser, enquanto na existência há ato, ou seja, determinação como individual, uma particularização de uma generalidade. Porém, a Fenomenologia de Peirce traz uma classe de experiência da Primeiridade, que se apresenta na variedade, no acaso, na diversidade que existe em cada particular. Embora os particulares guardem em si elementos comuns que os encaixem em determinada classe ou outra, há neles diferenças, variações, que são próprias do princípio de aleatoriedade, admitido na Metafísica de Peirce, segundo o qual a natureza não é estritamente regida por leis físicas, caso contrário o mundo seria determinista, mecanicista.

Nesse ponto, se abre o caminho para a Primeiridade no nível metafísico, que diz respeito ao princípio ontológico do acaso (Ibri, 2015). Na realidade, sob o ponto de vista metafísico de Peirce, estão contidas as três categorias fenomenológicas, ou seja, a Primeiridade (acaso, variedade, diversidade), a Segundidade (ato, fato duro, particulares) e a Terceiridade (intelecto, raciocínio, tempo decorrido, generalidade), o que demonstra a coerência de toda sua Filosofia, que é fundada na Fenomenologia.

A variedade, a diversidade e a possibilidade estão contidas em cada um dos particulares, assim como as leis e as convenções, que separam os particulares com características comuns em classes. Com relação ao acaso, este é desenhado como princípio “responsável” pela variedade e diversidade presentes em toda a

⁴ A querela dos universais refere-se à disputa entre nominalismo e realismo. Para Peirce, a questão dos universais diz respeito não apenas às relações entre os termos e seus referentes, mas, às relações entre o geral e o particular, do ponto de vista da Lógica e da Metafísica. Segundo Ibri (2015, p. 57), “o mero *poder ser* do fenômeno mediativo tem seu fundamento lógico no *dever ser* da generalidade”. Enquanto que, para os nominalistas, o universal não existe, pois há apenas particulares, para os realistas o universal é real, pois existe em essência em cada um dos particulares, não sendo apenas um nome.

natureza, ou seja, aquilo que se correlaciona com a irregularidade e a assimetria da presentidade dos fatos.

Nesse aspecto, “provisoriamente, pode-se tomar a concepção de acaso como o modo de ser de uma distribuição fortuita, a exemplo daquela obtida em qualquer experimento equiprovável, como o é um jogo de dados” (Ibri, 2015, p. 67). Portanto, o acaso é da natureza da possibilidade e da diversidade, o que o faz, segundo Ibri, estar subsumido à categoria da Primeiridade, onde a Segundidade do fato possui elemento de espontaneidade.

4 Evolucionismo

Para Peirce (1936-1958, CP 7), a origem das leis assume um caráter evolucionário, um processo constantemente em progresso, onde as leis derivam do acaso. Nesse aspecto, “como as leis não se encontram no fim do processo evolucionário, há um elemento fortuito que impede a total subsunção dos eventos à determinação causal” (Ibri, 2015, p. 81).

O Evolucionismo seria, então, um dos pontos centrais da Filosofia de Peirce, onde as leis derivam do acaso, de um estado de coisas caótico; *Terceiridade* real da “Segundidade que caracteriza a existência, regida, nos seus primórdios, pela Primeiridade que subsume o acaso” (Ibri, 2015, p. 81).

Da origem das leis decorrem duas vertentes: de teor metafísico, em que mente e matéria são da mesma natureza, isto é, matéria é de natureza mental; e de teor epistemológico, em que se admite que o universo erra. Porém, se lei é resultado de evolução, a qual é um processo permanente ao longo do tempo, segue-se que nenhuma lei é absoluta. Ou seja, devemos supor que os fenômenos em si mesmos envolvem afastamentos da lei análogos a erros de observação” (Peirce *apud* Ibri, 2015, p. 83).

Segundo Ibri (2015, p. 84), esse é o fundamento do Falibilismo, isto é, a doutrina epistemológica que afirma ser falível nosso conhecimento, dada a falta de certeza absoluta. O Falibilismo reconhece, de um lado o “acaso como um princípio real responsável pelos afastamentos do fato em relação à lei, e, de outro, o entretecimento entre acaso e lei configurando o Evolucionismo”. Para o autor, o Evolucionismo é o cerne do Falibilismo e ele flutua num *continuum* de incerteza e indeterminação.

Do Evolucionismo vem a ideia, no que se refere à origem das leis, de que estas se identificam com a tendência à aquisição de hábitos, o que é, para Ibri (2015, p. 87), “um predicado de natureza eidética”. Levado esse predicado a toda exterioridade material, antecipa-se aí o Idealismo Ontológico Objetivo, onde a essência do mundo seria a mente.

Essa qualidade “eidética” se estende a objetos exteriores à consciência, tornando possível a mediação. Para Peirce, “a natureza somente parece inteligível na medida em que parece racional, ou seja, na medida em que seus processos são considerados similares a processos de pensamento” (Peirce, *apud* Ibri, 2015, p. 89).

A vida mental necessita de uma dinâmica da variação, que consiste no potencial humano de aprendizagem, de ampliação de conceitos, que proporciona a evolução. A mente atua na correção dos erros, na aquisição de novos hábitos.

No pensamento de Peirce há um espaço autônomo para o sentimento, que tem papel importante nos argumentos contrários à causalidade absoluta. Sendo assim,

O Idealismo de Peirce, ao romper a dualidade entre mente e matéria, rompe, também, com uma situação que faz da consciência uma espectadora passiva incapaz de reduzir à inteligibilidade um mundo estritamente guiado por cegas leis mecânicas (Ibri, 2015, p. 95).

Essa doutrina, que remove a descontinuidade entre mente e matéria, é base para o conceito peirciano de continuidade. Para Ibri, continuidade “se refere à generalidade e não a uma pluralidade de individuais [...]”, o que a coloca sob o domínio da Terceiridade.

O termo utilizado por Peirce, no que se refere à continuidade, é o Sinequismo. Admitindo o contínuo entre mente e matéria, reafirma-se o Idealismo Objetivo. Não há, segundo essa doutrina, qualquer ruptura, ou qualquer forma de dualismo, o que afasta o pensamento de Peirce do incognoscível, ou da “coisa em si”, de Kant.

Ibri aponta, ainda, para a associação das ideias de infinito e continuidade. Porém, explica que, numa coleção infinita de individuais, pode haver ruptura, pois não se pode confundir pluralidade com generalidade. Para Peirce (*apud* Ibri, 2015, p. 100):

Quebrando grãos de areia mais e mais, irá apenas torná-la mais fragmentada. Não irá fundir os grãos numa continuidade não rompida. [E] um verdadeiro *continuum* é alguma coisa cujas possibilidades de determinação nenhuma multidão de individuais pode exaurir.

Esse exemplo demonstra que o *continuum* é algo infinitamente divisível, onde as partes possuem limites comuns. Se no *continuum* não é possível identificar individuais, Peirce estabelece uma identidade entre generalidade e *continuum* e a relação entre Primeiridade e continuidade.

Lei e acaso, em continuidade, convergem para a descontinuidade da existência, onde se identificam as três categorias fenomenológicas com possibilidade, determinação e necessidade, sendo que o contínuo ocorre entre Primeiridade e Terceiridade.

5 Pragmatismo

O Pragmatismo é prenunciado no início da Cosmogênese, num ponto de relação entre potência e ato, pois, segundo Ibri (2015, p. 137), “[...] uma potencialidade que assim permanece, sem algum molde de definição, torna-se absolutamente inútil, sendo anulada pela sua própria vacuidade”.

Para Ibri (2015, p. 138), a possibilidade ou a potencialidade, próprias da Primeiridade, parecem requerer o exercício na alteridade do outro, no fato, na Segundidade, para “engendrar sua forma de realização inteligente”

Segundo Peirce (2003, p. 195), esta é a máxima do Pragmatismo:

A fim de determinar o significado de uma concepção intelectual, dever-se-ia considerar quais consequências práticas poderiam concebivelmente resultar, necessariamente, da verdade dessa concepção; e a soma destas consequências constituirá todo o significado da concepção.

Ao contrário do Pragmatismo de William James, para o qual a “ação é o fim do homem”, o Pragmatismo peirciano (1936-1958, CP 8) prega que ação gera outro pensamento, que pode corrigi-la, caso os fatos não sejam condizentes com as teorias ou regras, “[...] pois dizer que vivemos para o mero objetivo da ação, enquanto ação, desconsiderando o pensamento que ela veicula, seria o mesmo que dizer que não há algo com um propósito racional” (Peirce *apud* Ibri, 2015, p. 140).

Para Peirce (1936-1958, CP 5), a ação é o lado exterior do conceito, o que sustenta Ibri (2015, p. 140) ao dizer que “[...] é o pensamento que a ação veicula a essência mesma da experiência no seu fazer pensar que”. Peirce afirma que o fim da ação é outro pensamento. A concepção tem como significado a totalidade de consequências práticas, que são concebidas sobre a conduta. Daí resulta a ação revestida do elemento eidético, que molda outro pensamento. Um pensamento resulta numa ação, que resulta em outro pensamento, *ad infinitum*.

Para Peirce (*apud* Ibri, 2015), um pensamento somente é racional quando remete a um futuro possível. Quando o futuro predito pela racionalidade condiz com o pensamento, é imposta uma crença. Mas, se isso não ocorre, surge a dúvida sobre a veracidade de tal pensamento.

As crenças, para Peirce (1936-1958, CP 5) moldam nossas ações e fixam hábitos de conduta, os quais regem nossas ações. Para o filósofo, a dúvida não produz esse efeito. A dúvida causa incômodo e faz com que se lute para dela se livrar.

O crescimento da mente se dá pela capacidade em se romper com hábitos, pois hábitos inveterados seriam mente parcialmente morta. Se surge a dúvida com relação a uma crença, esta se desestrutura, dando lugar a uma nova crença. A dúvida surge quando há desarmonia entre conceito e fato. Para Ibri (2015, p. 144), “essa desarmonia, comprovadora cabal de uma dúvida genuína, deve ser o fulcro de uma tentativa nova de adequação da representação ao objeto representado”.

Ibri (2015, p. 146) diz que o Pragmatismo é um método de “análise filosófica de sistemas teóricos”, e não um sistema filosófico. É um método de pensamento que abre a mente para uma eficácia de leis e conceitos, no que tange a seus resultados práticos. Se o resultado prático de uma teoria, por exemplo, não é eficaz, é sinal de que a teoria está errada.

Esse vínculo lógico se dá entre o geral e o particular, onde generalidade seria a relação entre Primeiridade e Terceiridade, ambos confluindo para a “factualidade existencial da Segundidade” (Ibri, 2015, p. 157).

Para Ibri (2015, p. 169), o Pragmatismo assume seu verdadeiro estatuto quando, “[...] ao ser anunciado através de uma relação entre potência e ato,

configurou a *importância lógica da exteriorização* de todo *continuum*, como condição para sua *realidade* de um lado e, por outro, de sua *significação* numa representação”.

A partir dessa explicação, fica claro que o Pragmatismo não se confunde com o “ser prático”, mas, sim, que as ações correspondem às ideias. Peirce ensina que as crenças guiam nossos objetivos e moldam nossas ações, pois fixam os hábitos de conduta que regem nossas ações.

Por outro lado, a dúvida causa certo incômodo que precisa ser superado. A dúvida, ao desestruturar uma crença, faz com que os hábitos sejam rompidos, e que nova crença seja estabelecida. Dessa forma ocorre o crescimento da mente.

6 O acaso como modificador das leis

Se na realidade há um permanente vir a ser, e na existência, ato, determinação como individual, há particularização de uma generalidade; se as leis (generalizações, categorizações), tanto quanto o acaso (possibilidades, diversidade, liberdade) num *continuum* agem sobre a existência, sobre os particulares, os individuais, é possível considerar que as leis elaboradas pelos homens, em seu caráter ontológico, instituem crenças e determinações que são codificadas a partir da experiência prática da vida, mas que carregam em si as incertezas próprias do acaso, das possibilidades, da dúvida.

Como é possível elaborar uma lei que abarque toda a diversidade, variedade e liberdade de maneira justa, com equidade, que seja realmente eficaz em sua totalidade, quando de sua aplicabilidade prática? Muitas vezes parece haver alguma descontinuidade entre teoria e prática, entre o que devia ser feito e o que se faz, mesmo quando uma teoria é elaborada a partir da prática.

Isso ocorre, segundo o Pragmatismo de Peirce (1936-1958, CP 8), pelo fato de que uma ação gera outro pensamento, de que o resultado prático de uma teoria, quando não é eficaz, é sinal de que a teoria está errada. É preciso, então, estar atento para a aplicabilidade prática das leis e, também, para as necessárias mudanças que venham a garantir a justiça, a democracia e sua ampla abrangência em todas as dimensões humanas, ambientais, de proteção animal etc.

Como já apresentado, para Peirce, as leis derivam do acaso e elas não se encontram no fim do processo evolucionário – são resultado da evolução, que é um processo permanente –, e são falíveis. Elas se identificam com a tendência à aquisição de hábitos.

A descontinuidade da existência se dá pela convergência entre lei e acaso. Porém, pelo viés peirciano, há um *continuum* entre leis e acaso, entre crença e dúvida, sendo que o acaso é o responsável por se modificarem as crenças.

Por esse viés, sobre as transformações no âmbito da legislação, surge a seguinte questão: quanto de variedade, diversidade, liberdade, peculiaridade existe numa sociedade, que as leis ainda não deram conta de abarcar? E continuam obscurecidas pelo preconceito, pela discriminação, por discordâncias políticas, por adversidades no campo da economia, da educação, dos mais diversos setores que fazem parte de nós, seres multidimensionais, com necessidades latentes.

A experiência cotidiana aponta para o fato de que tanto o sentimento quanto o livre arbítrio são reais e, sendo atributos da mente, são constatados fenomenicamente, assim como a própria realidade. A Fenomenologia reconhece, pois, acaso e lei como reais. O acaso também é ontológico e se assenta no evolucionismo, o que promove no mundo constantes mudanças.

Enquanto o princípio de aquisição de hábitos efetua generalizações, passando o que é de particular para o geral, o princípio do acaso é resquício do caos ainda ativo, e deve permanecer até que a evolução atinja seu ponto final, quando os hábitos estarão perfeitamente cristalizados. Até lá, as leis continuarão imperfeitas e sujeitas ao que vier do acaso (Faria, 2017).

7 Considerações finais

O acaso, assim como as leis, continua crescendo. E, no mundo contemporâneo, com suas enormes modificações econômicas, sociais, políticas e culturais, com a internacionalização da globalização e da tecnologia, com a universalização da cultura, dos produtos, ainda há guerras, violência, crueldade, nas ruas, nas casas e em lugares que, aparentemente, seriam seguros e confiáveis. Os dias são marcados por uma infinidade de informações e acontecimentos, alguns verdadeiros, outros não, assim entendidos como de natureza *fake*.

A humanidade caminha sob os riscos da inteligência artificial que alteram o comportamento humano e os relacionamentos interpessoais, num cenário que beira o artificial. Muitos fatores conhecidos e ainda desconhecidos apontam, promovendo o caos, a insegurança e a incerteza. As minorias são as que mais sofrem, pois suas vozes dificilmente são ouvidas e a representatividade é comprometida por crenças e entendimentos corrompidos, por falta de empatia e compaixão.

Muitas leis serão necessárias para que esse caminho leve ao *sumum bonum*, onde o bem comum é o norteador para a elaboração das leis e sua aplicabilidade prática, em que as discussões sobre os temas da ética, como a liberdade e o autocontrole, baseadas no raciocínio e no alinhamento com o admirável, com o que é bom para todos, sejam uma prática rotineira.

As leis humanas estão crescendo sim, e se transformando. Como exemplo, pode-se considerar o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), cujo principal papel é a tutela dos direitos humanos no Brasil, pois apoia a formulação de políticas públicas e privadas e de ações sociais para que as desigualdades econômicas, sociais e culturais sejam reduzidas, para que o direito ao desenvolvimento seja plenamente alcançado por toda a coletividade.

As leis existem para que todos os cidadãos conheçam seus direitos e cumpram seus deveres, para que seja garantida a democracia e os direitos de todos sejam respeitados. Quando isso não acontece de fato, na prática; quando uma lei não é eficaz ou não funciona quando aplicada, isso significa que lei e acaso estão em desconformidade, que atuam em desequilíbrio sobre os existentes.

Por isso, enquanto houver crescimento de possibilidades, variedade, liberdade, as leis devem ser transformadas, adaptadas e criadas, para que haja efetivamente justiça para todos. Nas relações entre potência e ato, as leis

deveriam ser observadas em seu resultado prático, sendo que, diante da ineficácia de uma lei enquanto ato, esta deveria ser corrigida e adaptada à realidade, de modo a abranger todas as necessidades e peculiaridades de uma sociedade.

Assim, almeja-se uma sociedade em que os hábitos cristalizados sejam aqueles do bem, da justiça, da compaixão, da solidariedade, da inclusão e, principalmente, da humildade, pois apenas quando conscientes das próprias imperfeições é que se pode buscar a mudança de hábitos e a evolução.

Referências

FARIA, Tobias A. Rosa. *O acaso na filosofia de Charles S. Peirce*. 2017. Dissertação (mestrado em filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo.

IBRI, Ivo Assad. *Kósmos Noétós*. São Paulo: Paulus, 2015.

OLIVEIRA, Luciana David. *Abordagem triangular: epistemologia e cognição*. Tese (Doutorado em Artes) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2021.

PEIRCE, Charles S. *Collected Papers*. Cambridge, Harvard Univ.: C. Hatshorne, P. Weiss & A. Burks, 8 vol., 1936-1958.

PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2003.

SECKLER, Reginaldo Diego. *Evolução legislativa no Brasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/evolucao-legislativa-no-brasil/2001554444>. Acesso em: 19 mar. 2024.

Análises jurídico-conceituais comparadas entre Brasil e Portugal sobre os migrantes ambientais à luz do Quadro de Sendai

Comparative legal-conceptual analysis of Brazil and Portugal on environmental migrants in the light of the Sendai Framework

Data de submissão: 29 maio 2024
Data de aprovação: 02 out. 2024

Laura Magalhães de Andrade

Pós-doutoranda em "Migrações, direitos humanos e gestão sustentável do território" na Universidade de Granada (Espanha). Coordenadora do Mestrado em "Direito da ordenação do território e do urbanismo" da Universidade Internacional de La Rioja (Espanha).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2109510402911957>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3083-4343>

RESUMO: Os migrantes ambientais têm ganhado relevância global devido aos efeitos das mudanças climáticas, que repercutem na maior ocorrência de desastres e forçam pessoas a se deslocar em busca de condições de vida mais seguras. No cenário internacional, muitos são os instrumentos que tratam do tema, sendo objeto de estudo de referência deste artigo o Quadro de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030. Neste contexto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: de que forma o Quadro de Sendai pode contribuir aos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal com relação ao trato com os migrantes ambientais, analisando como cada país reconhece, protege e apoia esses indivíduos? O objetivo geral do presente estudo é verificar como a definição das migrações ambientais ocorre em ambos os países, no tocante à inclusão no ordenamento jurídico. Como objetivos específicos elenca-se: (i) estudar os institutos do refúgio, asilo e da proteção subsidiária, além de verificar qual seria o correto enquadramento jurídico a incluir esses grupos e a identificá-los dentro da temática do Quadro de Sendai; e (ii) demonstrar a importância dessa espécie de deslocamento forçado, visto que o número de catástrofes climáticas é crescente, mas, por vezes, esquecido pelo Direito. Os métodos utilizados foram basicamente o jurídico-dogmático, para a interpretação das normas atinentes à matéria e a correta definição dos institutos; analítico, a fim de reunir todos os ensinamentos

obtidos para estabelecer um resultado científico em que se atinjam os objetivos propostos, e o método descritivo e comparativo, para compreender as características do Brasil e de Portugal com base nos elementos apresentados. Por fim, demonstrar-se-á que as legislações atinentes não trazem uma definição satisfatória, tampouco vinculada ao marco internacional de Sendai. Entretanto, há uma lenta, porém progressiva, evolução desses direitos, exemplificada por uma decisão histórica da ONU de 2020, que abre precedente para a proteção e o correto enquadramento desses indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: migrações ambientais; catástrofes climáticas; Direito Internacional Público; Brasil; Portugal.

ABSTRACT: Environmental migrants have gained global relevance because of climate change, which results in greater occurrences of disasters and forces people to move in search of safer living conditions. On the international scene, there are many instruments that deal with the topic, with the reference study object of this article being the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030. In this context, the following research problem is presented: how can the Sendai Framework contribute to the legal systems of Brazil and Portugal in relation to dealing with environmental migrants, analyzing how each country recognizes, protects, and supports these individuals? The general objective of this study is to verify how the definition of environmental migration occurs in both countries, in terms of inclusion in the legal system. The specific objectives are: (i) to study the institutes of refuge, asylum, and subsidiary protection, in addition to verifying the correct legal framework to include these groups and identify them within the theme of the Sendai Framework; and (ii) demonstrate the importance of this type of forced displacement, given that the number of climate catastrophes is growing, but is sometimes forgotten by the law. The methods used were basically legal-dogmatic, for the interpretation of the norms relating to the matter and the correct definition of the institutes and analytical, to bring together all the lessons obtained to establish a scientific result in which the proposed objectives are achieved. Finally, it will be demonstrated that the relevant legislation does not provide a satisfactory definition, nor is it linked to the Sendai international framework. However, there is a slow but progressive evolution of these rights, as an example of a historic UN decision in 2020, which sets a precedent for the protection and correct classification of these individuals.

KEYWORDS: Environmental migrations; climate catástrofes; Public International Law; Brazil; Portugal.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Migrantes ambientais: contrapontos conceituais. 2.1 Conceitos básicos de refúgio, asilo e proteção subsidiária. 2.2 A compreensão do conceito geral de migrantes ambientais a partir dos institutos estudados. 2.3 Os migrantes ambientais sob o prisma do Quadro de Sendai. 2.4 Importância do estudo da migração ambiental a partir de dados e exemplos. 3 Legislação brasileira sobre os migrantes ambientais: aplicação teórica e legislativa. 4 Legislação portuguesa e as diretivas pertinentes da União Europeia. 4.1 Normas Portuguesas. 4.2 Normas da União Europeia. 5 Conclusões. Referências.

1 Introdução

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), as alterações climáticas constituem uma ameaça ao pleno exercício dos direitos humanos, pois aumentam a frequência e a intensidade de fenômenos meteorológicos extremos, incluindo ondas de calor, secas e inundações causadas por chuvas fortes (ONU, 2021). Todos estes fenômenos climáticos manifestam-se em diversas ameaças que afetam os direitos à saúde, à alimentação, à água, ao desenvolvimento ou à habitação adequada, entre outros. Tais efeitos agravam a vulnerabilidade das comunidades que dependem em grande parte da estabilidade climática para a sua subsistência.

Neste sentido, o relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas alerta sobre o efeito do aquecimento global na vida das pessoas, no exercício dos seus direitos e nos ecossistemas dos quais dependem (IPCC, 2018). Assim, este artigo insere-se na necessária compreensão dos deslocamentos forçados decorrentes deste cenário, partindo-se do seu adequado enquadramento jurídico, fundamental para o correto acolhimento desses indivíduos.

Como importante marco de referência sobre o tema, destaca-se o “Quadro de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030”, adotado na Terceira Conferência Mundial das Nações Unidas em Sendai, Japão, em 18 de março de 2015. Este documento é o resultado de consultas às partes interessadas que começaram em março de 2012 e de negociações intergovernamentais, realizadas de julho de 2014 a março de 2015, com o apoio do Escritório das Nações Unidas para Redução de Riscos de Desastres, a pedido da Assembleia Geral da ONU, como sucessor do “Quadro de Ação Hyogo (HFA) 2005-2015: Construindo a resiliência das nações e comunidades a desastres” (SADC, 2024).

O Quadro de Sendai representa um marco internacional na abordagem dos riscos e vulnerabilidades enfrentados pelos grupos mais marginalizados em caso de catástrofes. Como concretização deste quadro, algumas organizações de direitos humanos desenvolveram ferramentas específicas destinadas a traduzir os padrões do Quadro de Sendai em ações significativas que tenham um verdadeiro impacto, especialmente a nível local. Assim, a Federação Internacional das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (FICV) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) elaboraram uma “Lista de Verificação sobre Direito e Redução do Risco de Desastres”, destinada a orientar os decisores políticos e profissionais sobre como rever e melhorar os padrões para garantir que a redução de riscos de desastres (RRD) seja priorizada em todos os setores e níveis (Conselho Norueguês para Refugiados, 2020).

Esta lista de verificação contém prioridades que os intervenientes responsáveis devem considerar para garantir que as suas leis proporcionem o melhor apoio à RRD. Do ponto de vista regulatório, abrange diferentes tipos de normas, gestão de risco de desastres, meio ambiente, gestão do território e recursos naturais. Também incentiva uma abordagem mais integrada à RRD, incorporando na sua revisão considerações sobre as alterações climáticas e o desenvolvimento sustentável. Antes de elencar essas prioridades, a lista mencionada contempla importantes considerações sobre o deslocamento por desastres, partindo-se da definição do que seriam estes tipos de migração e o porquê abordá-los através da RRD, o que será crucial para este estudo.

No campo da RRD, a resiliência é apresentada como um conceito central. Envolve a capacidade de uma comunidade antecipar, preparar-se e recuperar-se dos impactos adversos dos desastres. Para construí-la, é essencial desenvolver estratégias sustentáveis que envolvam todos os atores sociais, incluindo governos, setor privado, organizações não governamentais e cidadãos. Estas estratégias devem centrar-se não apenas na mitigação dos impactos imediatos das catástrofes, mas também na adaptação a longo prazo e na prevenção de riscos futuros.

E é exatamente no contexto desta recuperação e adaptação proposta pelo Quadro de Sendai que se centra esta pesquisa, ao admitir como hipótese que o primeiro passo para a necessária e adequada acolhida das pessoas afetadas se dá pela correta definição deste tipo de deslocamento pelo ordenamento jurídico dos países.

Afinal, para garantir a sustentabilidade do desenvolvimento económico e social de um território, é prioritária a incorporação efetiva de medidas que contribuam para a melhoria da governança dos riscos climáticos, que formem e informem as comunidades sobre as ferramentas de que dispõem para reforçar as capacidades de se adaptar e responder eficazmente a eles.

Desse modo, este artigo tem como objetivo abordar a questão dos migrantes ambientais, ou seja, indivíduos que são forçados a migrar devido a desastres climáticos, a partir da importante constatação de que a legislação internacional não oferece proteção específica a esses grupos, o que dificulta o processo adequado de acolhimento e inserção no novo território.

Assim, o trabalho traz essa questão para debate, focando no marco de referência supracitado e nas legislações do Brasil e de Portugal para analisar se esses países incluem adequadamente esses migrantes em suas leis. Os países mencionados foram os escolhidos para este estudo por representarem um importante exemplo sul-americano e um europeu, que vêm sofrendo nos últimos anos com as externalidades negativas decorrentes das mudanças climáticas¹.

O estudo busca, portanto, examinar os conceitos advindos do Quadro de Sendai, assim como os institutos jurídicos concernentes ao tema (refúgio, asilo e proteção subsidiária), com o objetivo de contribuir ao debate sobre que termo é o mais adequado para classificar estes grupos de pessoas. Em seguida, pretende-se demonstrar a importância dessa classificação, considerando que o aquecimento global tem aumentado progressivamente, juntamente com o número de desastres climáticos, tornando esses deslocamentos cada vez mais frequentes.

Para desenvolver a pesquisa, foram utilizados os seguintes métodos: jurídico-dogmático, para definir corretamente os institutos; o método analítico, para reunir todas as análises e produzir um resultado científico; e o método descritivo e

¹ "Cerca de 94% do território do Baixo Alentejo é suscetível à desertificação devido às alterações climáticas e ao uso intensivo dos solos, revela um estudo apresentado hoje, em Beja, pela Universidade Nova de Lisboa" (RTP Notícias, 2023). "225.000 é o número estimado de pessoas residentes nas áreas costeiras vulneráveis à subida do nível médio do mar, em Portugal continental, num cenário probabilístico para 2100" (Soares, 2023). "As recentes inundações no estado do Rio Grande do Sul, no sul do Brasil, estão intrinsecamente ligadas à crise climática global em curso. Climatologistas destacam que esses eventos catastróficos não são isolados, mas sim parte de uma série de fenômenos extremos que têm assolado diversas regiões do mundo nos últimos anos. Conforme os especialistas, não se trata apenas de chuvas intensas, mas também de secas extremas que têm sido observadas globalmente, evidenciando a amplitude e a frequência desses eventos climáticos" (G20 Brasil, 2024).

comparativo, para compreender as características do Brasil e de Portugal com base nos elementos apresentados. Espera-se, por fim, contribuir para o necessário e urgente tratamento específico que os países – como Brasil e Portugal – devem conferir aos migrantes ambientais.

2 Migrantes ambientais: contrapontos conceituais

A migração ambiental ocorre quando pessoas impactadas por grandes eventos climáticos são forçadas a deixar seus territórios ou locais de residência devido a uma ocorrência súbita ou a um processo de degradação ambiental progressivo. Nesse contexto, observa-se que o fenômeno da migração ambiental cresce paralelamente ao desenvolvimento econômico dos países, uma vez que os efeitos da degradação ambiental, associados à exploração desenfreada dos recursos naturais, resultam na ocorrência de eventos climáticos cada vez mais extremos.

Portanto, é essencial conceituar adequadamente esta espécie de deslocamento forçado – partindo-se do Quadro de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030 – para proporcionar a devida proteção a esses indivíduos, de maneira que não enfrentem dificuldades ao solicitar asilo, refúgio ou proteção subsidiária em diferentes países.

A seguir, serão analisados os conceitos básicos dos institutos jurídicos e do marco internacional de referência mencionados, com o objetivo de identificar como se enquadra este grupo de migrantes nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

2.1 Conceitos básicos de refúgio, asilo e proteção subsidiária

Tomando-se como referência o ordenamento jurídico brasileiro, em que o instituto do refúgio é regulado pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, apresenta-se, entre as hipóteses elencadas no conceito de refugiado, o imigrante que, por fundado temor de “perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, se encontre fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país” (Brasil, 1997).

Nacionalmente, o procedimento de pedido de refúgio é regulado pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), que deve analisar o critério subjetivo, a saber, as declarações e alegações do solicitante, e o critério objetivo, sendo a situação vigente no país de origem. Após o pedido, cabe ao CONARE analisar e deliberar o reconhecimento da condição de refugiado. É uma instituição de caráter universal que se aplica de maneira apolítica.

Já o asilo foi conceituado na América Latina após o Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideo, celebrado em 1889, que postula, no seu artigo 17, que o Direito de asilo será respeitado para os perseguidos por delitos políticos, mas constatando que é dever do Estado de refúgio impedir que os asilados coloquem em risco a paz pública nacional (Montevideo, 1889, p. 3).

Atualmente, no Brasil, o direito de asilo pode ser classificado em asilo territorial, quando o requerente está em território nacional, ou diplomático, quando o requerente se encontra em país estrangeiro e pede abrigo à Embaixada brasileira. Está garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso X do artigo 4º, que traz “[...] a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] X – concessão de asilo político” (Brasil, 1988).

Ainda no plano legislativo interno, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 – Lei da Migração – trata, na Seção III do Capítulo III, do asilado, em seus artigos 27, 28 e 29, afirmando que o direito de asilo constitui “ato discricionário do Estado”, estando outorgado como instrumento de proteção à pessoa (Brasil, 2017).

Além de possuir origem histórica divergente do refúgio, os institutos também regulam campos distintos, sendo o asilo regulado por tratados multilaterais de âmbito regional capazes de expressar o costume até então aplicado no continente.

As principais diferenças entre ambos é que o refúgio possui uma natureza mais humanitária, bastando para sua concessão um fundado temor de perseguição. Além disso, sua concessão ocorre com o preenchimento dos requisitos necessários, de ordem internacional e interna, gerando sua efetivação. A extraterritorialidade também se constitui como elemento essencial para sua consolidação, tendo como razões determinantes questões de perseguições que atingem uma coletividade.

Em contrapartida, o asilo se aplica em questões de perseguição por crime de natureza política ou ideológica, de caráter mais individual, com natureza política, e não humanitária, em sua concessão. Pode-se dizer também que para a concessão do asilo deve haver uma perseguição concreta já materializada, tornando sua concessão uma medida discricionária do Estado.

A proteção subsidiária, por fim, é um instituto que surgiu na União Europeia (UE), em 1999, com o Conselho Europeu de Tampere, como parte do Sistema Europeu Comum de Asilo, pois se considerava que a noção de refugiado, vinda da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, não respondia efetivamente a todas as áreas de proteção requeridas, sendo então um instituto de evolução. Este é considerado um mecanismo de proteção às pessoas que enfrentam uma ameaça de segurança ou de liberdade devido à pena de morte, tortura, tratamentos degradantes, violência indiscriminada resultante de conflitos armados e violações sistemáticas dos direitos humanos.

É, ademais, uma das três vertentes de proteção internacional existente em Portugal, juntamente com o asilo convencional (previsto no artigo 1º da Convenção de Genebra, no artigo 27º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Diretiva 2004/83/CE, do Conselho e no artigo 3º/2 da Lei do Asilo) e o asilo constitucional (previsto artigo 33º/8, da Constituição, e no artigo 3º/1 da Lei nº 27/2008, de 30 de junho). A proteção subsidiária conduz a uma emissão de autorização de residência especial.

Estabelecida uma apresentação conceitual básica sobre os institutos jurídicos mencionados, na subseção a seguir tais institutos serão aproximados a um conceito de migração ambiental.

2.2 A compreensão do conceito geral de migrantes ambientais a partir dos institutos estudados

Os fluxos migratórios ocorrem ao redor do mundo constantemente, principalmente quando se trata de conflitos ou catástrofes climáticas. Historicamente, já se falava em grupos humanos que se deslocavam por conta de pragas, infestações, enchentes e erosão. Em alguns casos, atribuíam a causa desses fatores à punição divina (McLeman, 2014).

Entretanto, de acordo com Diamond (2005), após séculos de exploração desenfreada e má gestão na utilização de recursos naturais por parte dos seres humanos, a natureza vem respondendo com diversas catástrofes a nível global, principalmente com o advento da globalização, que remove qualquer barreira no tocante à exploração ambiental para alavancar o sistema econômico capitalista.

Com esse advento, grupos de pessoas são forçadamente obrigados a deixarem seus respectivos lares em busca de locais seguros para se estabelecerem. Geralmente esse tipo de migração ocorre internamente nos países, razão principal pela qual o Direito Internacional ainda não está consolidado neste âmbito. Entretanto, são diversos os casos de catástrofes a nível nacional, que necessitam de interferência e recepção estrangeira para preservar a integridade da vida humana. Nesse contexto, surgem os “migrantes ambientais”.

Como citado anteriormente, para ter uma definição mais precisa, é necessário vislumbrar como os organismos nacionais incluem tais grupos dentro desses institutos. Ao analisar tanto a legislação do Brasil quanto a de Portugal, não se encontra menção aos migrantes ambientais como um grupo incluído no instituto do asilo e/ou de refugiado.

O termo “refugiados ambientais” foi debatido pela primeira vez em uma publicação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em 1985, por El-Hinnawi, que os definiu como:

[...] aquelas pessoas forçadas a deixar seu *habitat* natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida (Ramos, 2011, p. 76).

Atualmente, a Organização Internacional das Migrações (OIM) define, em relatório que fornece uma visão geral dos fluxos migratórios globais, com uma seção específica sobre a migração induzida por fatores ambientais, os migrantes ambientais como:

[...] pessoas ou grupo de pessoas que, devido a alterações repentinas ou progressivas no meio ambiente, foram adversamente afetadas em suas vidas e, devido às condições que se encontram, decidem ou são obrigadas a deixar as suas casas (OIM, 2020).

Apesar das definições encontradas, como se verá na seção a seguir, as legislações vigentes no Brasil raramente incluem esse grupo em sua proteção, enquanto, na legislação portuguesa, não se encontram referências diretas. O que ocorre é uma analogia feita a partir de análises normativas que abordam a proteção à “integridade física” e “dignidade humana” ou de direitos humanos e

humanitários, que claramente são afetados e estão relacionados aos desastres climáticos.

2.3 Os migrantes ambientais sob o prisma do Quadro de Sendai

O Quadro de Sendai para Redução de Risco de Desastres 2015-2030 não oferece uma definição explícita para "migrantes ambientais". No entanto, o documento reconhece a importância de abordar os deslocamentos induzidos por desastres e mudanças climáticas e enfatiza a necessidade de fortalecer a resiliência das comunidades e reduzir os riscos de desastres para minimizar tais deslocamentos.

Diante da relevância atribuída ao Quadro de Sendai, a Lista de Verificação sobre Direito e Redução do Risco de Desastres, mencionada na introdução, destaca as espécies de deslocamento por desastres e por que é necessário abordá-las através da redução de riscos de desastres (RRD).

Nesta lista, o deslocamento por desastres refere-se às situações em que indivíduos ou grupos são obrigados a abandonar suas casas ou locais de residência habitual devido a desastres naturais, como enchentes, furacões, terremotos, e desastres induzidos por atividades humanas, como grandes acidentes industriais. Este tipo de deslocamento exclui aqueles causados por conflitos armados.

Entre os tipos de mobilidade humana enumerados pela lista, destacam-se (Conselho Norueguês para Refugiados, 2020):

- **Evacuação:** um deslocamento de curto prazo que visa reduzir lesões e mortalidade. As evacuações devem garantir a dignidade, segurança e proteção das pessoas deslocadas contra outros riscos significativos.
- **Migração voluntária e reassentamento:** em resposta a ameaças ambientais, as pessoas podem optar por migrar voluntariamente ou serem reassentadas para áreas mais seguras. Quando o reassentamento não é voluntário, é considerado deslocamento forçado.
- **Migração como meio de adaptação:** movimentos proativos que as pessoas realizam para aumentar sua resiliência e capacidade de adaptação a ameaças de evolução lenta e alterações ambientais.
- **Deslocamento prolongado:** quando as pessoas não conseguem restabelecer suas vidas e meios de subsistência por um longo período após o deslocamento inicial.

Estas definições são fundamentais para a adoção de medidas eficazes de Redução de Risco de Desastres (RRD), de forma a minimizar os impactos negativos destes tipos de deslocamento e ajudar as pessoas deslocadas a reconstruírem suas vidas. Para cada uma destas definições, espera-se um tratamento jurídico adequado, seja com o alinhamento aos institutos jurídicos já existentes, seja com a criação de novos institutos que acolham estas hipóteses específicas.

Além disso, a RRD prevista no Quadro de Sendai apresenta propostas de medidas à prevenção do deslocamento e consequente redução de sofrimento, à limitação do tempo de deslocamento, à proteção dos direitos das pessoas

deslocadas, à redução da vulnerabilidade e à mitigação das consequências econômicas e sociais de um país ou região, acelerando sua recuperação.

Entre os impactos deste tipo de deslocamento, a mencionada lista destaca a perturbação familiar e comunitária, o acesso à saúde e acesso a serviços básicos, as questões de propriedade e segurança e, especialmente, desafios de assistência governamental, traduzidos nas dificuldades das pessoas deslocadas em receber assistência, obter autorizações de trabalho e matricular filhos na escola devido à falta de documentos, por exemplo.

Abordar o deslocamento por desastres por meio da RRD, portanto, é essencial para prevenir e reduzir o tempo de deslocamento, proteger os direitos das pessoas afetadas e mitigar as consequências econômicas e sociais dos deslocamentos prolongados. As estratégias de RRD devem ser integradas aos planos de desenvolvimento, uso do solo, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, além da gestão da migração para criar comunidades mais resilientes e preparadas para enfrentar desastres.

Desse modo, embora o Quadro de Sendai não defina diretamente os "migrantes ambientais", ele fornece uma estrutura para entender e abordar os deslocamentos causados por desastres advindos das mudanças climáticas e enfatiza a importância de compreender os riscos, fortalecer a governança e investir na resiliência das comunidades para minimizar os impactos dos desastres e, conseqüentemente, os deslocamentos forçados.

2.4 Importância do estudo da migração ambiental a partir de dados e exemplos

A migração ambiental vem aumentando consideravelmente com o passar dos anos. Trata-se de um assunto que ainda não ganhou a visibilidade normativa merecida, além do fato de que os dados estatísticos e pesquisas a seu respeito por vezes não estão atualizados. Tampouco este grupo social é incluído na definição de "refugiado" nos termos da Convenção da ONU sobre o Estatuto do Refugiado. Isso ocorre pois, em 1851, época de sua elaboração, não era recorrente o fluxo migratório advindo das consequências de eventos ambientais extremos e, por isso, o tema é recente e ainda escassamente discutido.

Por conta dessa escassez de dados, apenas há uma estimativa, já alarmante, de que entre 20 e 250 milhões de pessoas já tenham migrado por fatores ambientais, de acordo com Carolina de Abreu Batista Claro, membro do Conselho Diretor do Instituto Sociedade, População e Natureza (ISPAN). Em entrevista realizada em novembro de 2018, a pesquisadora afirma que os locais mais propensos a esse tipo de migração são aqueles cujo espaço geográfico é mais limitado, como em regiões de baixa topografia, além dos países em que a ocorrência de desastres ambientais é maior, como as Ilhas do Pacífico e Bangladesh. O Brasil, por exemplo, recebe um fluxo constante de haitianos e sírios (Necchi, 2018).

Estudos divulgados pela revista *Science*, em 2017, afirmam que o número de pessoas que tentarão invadir os limites da União Europeia irá triplicar (Missirian; Schlenker, 2017). Suas pesquisas mostram que entre 2000 e 2014 as variações climáticas em 103 países desencadearam cerca de 350 mil pedidos de asilo na União Europeia por ano. Até o final do século, o aumento será de 28%. Com essas

estimativas, denota-se, claramente, que as mudanças climáticas desencadearão mais enchentes, secas, furacões e tsunamis, sendo que continentes mais pobres, como África e Ásia, sentirão o impacto de maneira profunda, gerando um fluxo migratório para as áreas mais próximas e prósperas, como o continente Europeu.

Dados mais recentes da ONU revelam que “com mais 4 milhões de deslocados em todo o mundo, 2021 superou o total do ano anterior que era o mais alto na década em termos de deslocados. O principal fator foram os desastres naturais” (ONU, 2022).

Em um artigo do jornal *The New York Times*, publicado em 2017, explica-se que os refugiados ambientais não estão incluídos nas definições do Direito Internacional, pois foram postuladas em uma época cujos problemas não possuíam tamanha repercussão – o fim da Segunda Guerra Mundial. Qualquer tentativa de mudança nesses conceitos abre brecha para políticas de impedimento, como se percebeu, por exemplo, com a administração de Donald Trump nos Estados Unidos, ao inserir novas regras que dificultaram o acolhimento desses grupos e fecharam ainda mais as fronteiras (Sengupta, 2017).

Portanto, dentro deste contexto, é fundamental o papel da investigação científica para trazer a grandeza da problemática à superfície, com propostas de reavaliação de conceitos, partindo-se da análise do *status quo* normativo. Assim, na seção a seguir, serão exploradas, de maneira mais específica, as normas do Brasil e de Portugal, com o fim de analisar qual é a tutela jurídica recebida pelos migrantes ambientais para, finalmente, sugerir por onde se deve avançar.

3 Legislação brasileira sobre os migrantes ambientais: aplicação teórica e legislativa

No tocante à legislação brasileira, a relação entre as normas e os imigrantes mudou consideravelmente, principalmente a partir de 1980. Nesse mesmo ano, durante a ditadura militar, foi criado o Estatuto do Estrangeiro (Brasil, 1980) que, entretanto, possuía um viés nacionalista e conservador, priorizando excessivamente a segurança e restringindo a liberdade dos estrangeiros dentro do território nacional.

Tal Estatuto faz menção ao “Estatuto da igualdade”, onde apenas os imigrantes portugueses poderiam ser considerados iguais, devido a seus valores históricos e culturais semelhantes. Dessa forma, pode ser interpretado que os cidadãos de outros países eram classificados como indivíduos de menor importância em relação aos nacionais.

Alguns anos depois, a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 (Brasil, 1997), instituiu o CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, como organismo público responsável por receber as solicitações de refúgio, determinando se o solicitante de fato possui os critérios para abarcar a condição de refugiado. Cabe ao órgão, também, promover coordenações de políticas e ações necessárias para uma proteção e assistência aos refugiados.

Note-se que, em seu artigo 1º, a lei definiu o conceito de refugiado, como consta em seu inciso I, como todo indivíduo que, “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira

acolher-se à proteção de tal país”. Novamente, os refugiados ambientais não são mencionados, criando-se um vazio jurídico para esse grupo. Igualmente no artigo 7º, § 1º, consta: “em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política”.

Após um período sem maiores mudanças, em 2017, foi aprovada a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Brasil, 2017), que institui a Lei da Migração, substituindo o nacionalista e conservador Estatuto do Estrangeiro. Ela possui características mais humanitárias, com direitos universais garantidos, providos gratuita e legitimamente pelo Estado, em conformidade com a Política Internacional dos Direitos Humanos.

Note-se que, na referida lei, os refugiados ambientais são mencionados poucas vezes, podendo apenas incluí-los no instituto da acolhida humanitária. O artigo 14 aborda as condições necessárias para se adquirir o visto temporário, citando no inciso I, “c) acolhida humanitária”. Já no § 3º vê-se uma clara inclusão desse grupo:

Art. 14. [...] § 3º. O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento (Brasil, 2017).

Percebe-se aqui a primeira inclusão dos migrantes ambientais na legislação brasileira. Tal inclusão também pode ser encontrada no artigo 79 da mesma lei, ao se tratar dos emigrantes brasileiros:

Art. 79. Em caso de ameaça à paz social e à ordem pública por grave ou iminente instabilidade institucional ou de calamidade de grande proporção na natureza, deverá ser prestada especial assistência ao emigrante pelas representações brasileiras no exterior (Brasil, 2017).

Há outros dois casos, na mesma lei, em que se pode fazer uma alusão aos refugiados ambientais, implicitamente. No artigo 49, § 4º:

Art. 49. [...] § 4º. Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito [...], ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa (Brasil, 2017).

E no artigo 62:

Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou integridade pessoal. (Brasil, 2017).

Em ambos os casos, deve-se salientar que não se pode colocar em risco a integridade física da pessoa humana, o que inclui os desastres e calamidades ambientais.

A partir de 1980, portanto, o Brasil passou a preocupar-se mais com a questão dos imigrantes, inclusive em alguns pontos com a menção aos migrantes ambientais. No entanto, muitas das iniciativas posteriores seguem sem ter uma conceituação definitiva sobre este grupo de pessoas.

Em fevereiro de 2005, por exemplo, foi criado o Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres (CENAD), através do Decreto nº 5.376, cuja principal missão é gerenciar, de forma ágil e eficiente, as ações estratégicas de preparação e resposta a desastres em todo o território nacional, podendo também atuar em âmbito internacional quando necessário:

A partir das informações recebidas e trabalhadas no CENAD, assim como relatórios dos grupos que estão atuando em campo é possível dimensionar adequadamente o apoio federal nas ações de resposta nos cenários de desastres. Nesse sentido, essas ações também têm cunho preventivo, mitigatório e preparatório, uma vez que considera o conhecimento que se tem das áreas, suas vulnerabilidades e recursos para utilização em desastres (Brasil, 2019).

Portanto, o CENAD desempenha um papel vital na gestão de riscos e desastres no Brasil, mas sem dar uma resposta à necessidade de definir, formalmente, os deslocados ambientais. Do mesmo modo, o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNA), instituído pela Portaria do Ministério do Meio Ambiente nº 150, de 10 de maio de 2016, tem como objetivo orientar ações para a gestão e redução do risco climático no longo prazo. O PNA foi desenvolvido pelo Grupo Executivo do Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima (GEx-CIM), entre 2013 e 2016, em conformidade com a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC - Lei nº 12.187/2009) e seu decreto regulamentador (Decreto nº 7.390/2010, revogado posteriormente pelo Decreto nº 9.578/2018).

O PNA está alinhado com o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, os planos setoriais de mitigação e adaptação, e as decisões internacionais assumidas pelo Brasil no âmbito das Conferências das Partes sobre Mudança do Clima. Foram considerados vários documentos de referência durante a elaboração do PNA, tais como (Brasil, 2016):

- Primeiro Relatório de Avaliação Nacional do Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas (PBMC, 2013).
- Recomendações da Terceira Conferência Nacional de Meio Ambiente, focada em “Mudança do Clima” e com a participação de mais de 115 mil pessoas.
- Relatório “Subsídios para elaboração do Plano Nacional de Adaptação aos Impactos Humanos das Mudanças Climáticas”, elaborado pelo Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas (FBMC).

Entre as contribuições do PNA para o tema em estudo, destaca-se o Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas (PBMC), que tem sistematizado dados e informações indicativas de alterações climáticas nas diferentes regiões do Brasil. Essas mudanças têm afetado e continuarão a impactar os sistemas naturais, humanos, de infraestrutura e produtivos do país de maneira desigual, como o

exemplo da catástrofe climática sofrida pelo Estado do Rio Grande do Sul no ano corrente².

Nota-se um importante avanço nas medidas de redução de riscos e impactos de desastres, ainda que se siga sem tratar diretamente os aspectos conceituais dos migrantes ambientais. Além disso, apesar de este avanço, em 2019, o então Presidente da República, Jair Bolsonaro, retirou o Brasil do Pacto Global de Migração, o que demonstrou um período de declínio nas políticas de inclusão social, proteção e assistência aos refugiados como um todo (Folly, 2019).

Finalmente, o atual governo brasileiro comunicou, em 05 de janeiro de 2023, ao Secretário-Geral das Nações Unidas, ao Diretor-Geral da Organização Internacional para as Migrações (OIM), aos Presidentes da Assembleia Geral da ONU e do Conselho da OIM e ao Chefe do Secretariado da Rede das Nações Unidas sobre Migrações sua decisão de reintegrar o País ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (Brasil, 2023).

O Pacto Global para Migração, adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 2018, estabelece parâmetros para a gestão de fluxos migratórios e, ao adotar a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, os 193 Estados-membros da ONU reconheceram a necessidade de uma abordagem abrangente para a mobilidade humana e maior cooperação em nível global (OIM, 2016). O documento contém compromissos já contemplados pela Lei de Migração brasileira, considerada uma das mais avançadas do mundo, como a garantia do acesso de pessoas migrantes a serviços básicos.

O retorno do Brasil ao Pacto reforça o compromisso com a proteção e a promoção dos direitos dos mais de 4 milhões de brasileiros que vivem no exterior, assim como contribui para a promoção do debate, especialmente sobre a proteção dos migrantes ambientais, presente, ainda que indiretamente no objetivo 12 do Pacto (Triagem e encaminhamento), que tem como finalidade “reforçar a segurança jurídica e previsibilidade nos procedimentos de migração para triagem, processamento e encaminhamento apropriados” (OIM, 2016).

Estabelecidas estas breves bases do ordenamento jurídico e dos organismos brasileiros relacionados à migração e à redução de riscos de desastres, a seção a seguir será dedicada ao Direito e experiência portugueses, com a finalidade de comentar, como conclusões, os aspectos comparáveis entre ambos os países.

4 Legislação portuguesa e as diretivas pertinentes da União Europeia

Aqui há o objetivo de trazer para o desenvolvimento da pesquisa as normas atinentes à legislação portuguesa, assim como as aplicadas pela União Europeia como um todo.

² “Em pouco mais de uma semana, mais de 400 municípios gaúchos tiveram bairros inteiros engolidos por uma chuva que não parava de cair. A maior tragédia climática da história do Rio Grande do Sul já deixou pelo menos 146 mortos e afetou mais de 2 milhões de pessoas” (G1, 2024).

4.1 Normas Portuguesas

No tocante a Portugal, quando se fala em direitos do imigrante, também são encontradas poucas leis referentes, nas quais não há menção aos migrantes ambientais. Em uma primeira análise, a Lei nº 70/93, de 29 de setembro, que fala sobre o direito de asilo, define, em seu artigo 2º, que este direito somente é concedido aos:

[...] estrangeiros e os apátridas que, receando com razão serem perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. (Portugal, 1993).

Aqui se nota, tal como no Brasil, que não há a inclusão dos grupos de pessoas que deixam seu local de origem por conta de catástrofes ambientais.

Num segundo plano, a Lei nº 67/2003, de 26 de agosto, transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva nº 2001/55/CE, de 20 de julho, e regula o regime de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar em curto prazo ao seu país de origem, estabelecendo os procedimentos de aplicação deste regime.

A referida lei, ao definir o conceito de “pessoas deslocadas”, afirma que estes são cidadãos de países terceiros à União Europeia ou apátridas que tiveram de deixar o seu país ou região de origem, ou tenham sido evacuados e que estavam sujeitos a um risco grave. Nesse caso, novamente não há uma menção explícita ao grupo em estudo, entretanto, analogicamente, tais conceitos podem ser usados para abarcar os migrantes ambientais.

Em uma última análise, a Lei nº 27/2008, de 30 de junho, estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas nº 2004/83/CE, de 29 de abril, e nº 2005/85/CE, de 1 de dezembro. Em seu capítulo I, artigo 2º, traz inúmeras definições dentro desses institutos. No item (j), elenca os motivos de perseguição pelos quais considera que um estrangeiro seja um refugiado, citando apenas raça, religião, nacionalidade, grupo social específico e opinião política. No Capítulo II, artigo 3º, o qual aborda a concessão ao direito de asilo, utiliza a mesma definição da lei anterior, afirmando que:

Têm ainda direito à concessão de asilo os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, por esse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual (Portugal, 2008).

Nos casos acima mencionados, não se vê nenhuma menção ao grupo dos migrantes ambientais. Tal fato ocorre porque todas as normas vigentes são baseadas no anteriormente citado Estatuto do Refugiado, aprovado em 1951, que não incluía esse grupo. Ademais, trata-se de uma época cujas discussões acerca das consequências do aquecimento global não eram recorrentes. Vê-se, portanto,

uma cadeia de acontecimentos que resultaram na falta de reconhecimento desse grupo atualmente.

Com relação às iniciativas portuguesas de redução de riscos de desastres, destaca-se a Estratégia Nacional de Adaptação às Alterações Climáticas (ENAAAC), que foi desenvolvida com o intuito de preparar o país para enfrentar os desafios impostos pelas mudanças climáticas. A ENAAAC visa aumentar a resiliência do território português, minimizando os impactos adversos e explorando as oportunidades que possam surgir, e é coordenada pelo Ministério do Ambiente e da Ação Climática, com a colaboração de diversas entidades governamentais, acadêmicas, e do setor privado. O envolvimento de múltiplos *stakeholders* é crucial para assegurar uma abordagem integrada e eficaz (Portugal, 2015).

Além disso, Plano Nacional de Gestão de Riscos (PNGR) de Portugal foi criado para fornecer uma estrutura abrangente para a gestão dos riscos naturais e tecnológicos que o país enfrenta. O PNGR busca reduzir a vulnerabilidade e aumentar a resiliência das comunidades e infraestruturas e é gerido pela Autoridade Nacional de Proteção Civil (ANPC), em colaboração com outras entidades governamentais, organizações não governamentais e o setor privado. A coordenação interinstitucional é essencial para garantir a eficácia das ações de gestão de riscos (Portugal, 2015).

Por fim, a ENAAAC e o PNGR de Portugal complementam-se, uma vez que a adaptação às mudanças climáticas contribui para a redução de riscos, e uma gestão eficaz de riscos considera as novas ameaças emergentes das mudanças climáticas. Juntas, essas estratégias proporcionam maior proteção contra os impactos adversos das mudanças climáticas e outros riscos. No entanto, tal como no Brasil, não definem expressamente as pessoas deslocadas por questões climáticas.

4.2 Normas da União Europeia

A União Europeia, como união econômica e política de seus estados-membros, aprovou ao longo do tempo algumas diretivas referentes ao direito dos migrantes de maneira geral. Dentre elas, destaca-se o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, definindo os parâmetros para diferenciar a migração regular da irregular (UE, 2007). Além disso, em 2015, a UE adotou uma Agenda Europeia da Migração, que propõe medidas imediatas para solucionar a crise no Mediterrâneo, assegurando uma maior gestão dos fluxos migratórios (UE, 2015). Dentre as competências existentes, pode-se citar a gestão de fronteiras, desenvolvimento de uma política comum mais forte em matéria de asilo e criar uma política de migração regular.

Analisando os desenvolvimentos normativos recentes, nota-se que foram estabelecidas uma série de diretivas que definem quais as formas de migração regulares existentes, incluindo os estrangeiros que adentram para ocupação de um cargo altamente qualificado, trabalhadores sazonais, transferidos de empresas, e para efeitos de investigação e estudo. Também foram inseridas as diretivas de integração, como a Diretiva 2003/86/CE, que admite a entrada no país por questões de reagrupamento familiar, como também as diretivas de regresso e sanções para imigrantes irregulares.

O Parlamento Europeu tem demonstrado um grande empenho para definir as migrações regulares e irregulares desde o início de vigência do Tratado de Lisboa, aprovando inúmeras resoluções de iniciativas sobre a migração, como a resolução de 12 de abril de 2016, que aborda a situação da crise no Mediterrâneo e formas de abordagem requeridas pela UE, a fim de formular uma série de recomendações. Entretanto, tais características são as únicas encontradas relativas à imigração europeia, sem explícitas menções aos migrantes ambientais.

Mais recentemente, o Parlamento Europeu aprovou novo pacto sobre migração e asilo da UE, em 10 de abril de 2024, que:

[...] prevê regras coletivas para gerir a recepção e realocização de requerentes de asilo, uma questão politicamente explosiva que tem sido uma fonte recorrente de tensão desde a crise migratória de 2015-2016, frustrando as tentativas contínuas de alcançar um entendimento comum a nível europeu (Euronews, 2024).

Além das discussões estarem longe de um consenso sobre as migrações em geral, nota-se que nem mesmo o instituto da proteção subsidiária menciona os migrantes ambientais em suas definições. O instituto surgiu com o objetivo de atribuir aos requerentes, que não abarcam todo o conceito de refugiado vigente, o direito de refúgio e asilo, visto que as legislações até então existentes possuíam total capacidade para proteger os diferentes grupos. Entretanto, ainda assim não se vê uma menção precisa do grupo em estudo. Em seu capítulo I, artigo 2º, ao falar dos refugiados, define:

d) Refugiado, o nacional de um país terceiro que, receando com razão ser perseguido em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a um determinado grupo social, se encontre fora do país que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção desse país, ou apátrida que, estando fora do país em que tinha sua residência habitual, pelas mesmas razões que acima mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o artigo 12 (Diretiva 2011/95/UE).

Dessa forma, resta claro que não há proteção específica aos migrantes ambientais dentro das diretivas da União Europeia, devendo-se destacar que, em Portugal, é ao menos possível, analogicamente, abarcar esse grupo social.

5 Conclusões

Depois de compreender o cenário conceitual e normativo existente sobre os migrantes ambientais, constata-se que a proteção destes indivíduos ainda é uma questão emergente. A Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados não inclui explicitamente os migrantes ambientais, o que deixa um vazio legal. Diversas iniciativas, como as discussões na ONU e os esforços de organizações não-governamentais, buscam preencher essa lacuna.

Além disso, a análise do *status* de migrante ambiental têm sido objeto de debates e divergências tanto na academia quanto na comunidade internacional. A dificuldade em estabelecer um consenso sobre este tipo de movimento de pessoas

está relacionada à proximidade e sobreposição com outros conceitos, como deslocado ou refugiado ambiental. Se, por um lado, o refugiado ambiental é enquadrado pelo deslocamento forçado, por outro, é definido pela indeterminação do tempo que dura a ausência do local de residência habitual, começando por ser temporária, mas podendo transformar-se em definitiva. Assim, também a indeterminação do tempo de ausência e a complexidade das causas do deslocamento tornam difícil sua categorização.

Uma possível solução está nas definições trazidas pela Lista de Verificação sobre Direito e Redução do Risco de Desastres, que podem contribuir diretamente tanto na uniformização dos conceitos como na proteção e nos direitos desses indivíduos, a partir das medidas propostas pelo Quadro de Sendai, uma vez que o enquadramento jurídico adequado é essencial para garantir assistência e soluções duradouras.

A partir do estudo das legislações vigentes, tanto do Brasil, quanto de Portugal, além de algumas diretivas da União Europeia, nota-se que os migrantes ambientais são excluídos, explicitamente, em todos os casos, apesar de que, no Brasil, ainda se encontrem algumas menções àqueles que tiveram que se deslocar em função de degradação ambiental ou do risco de sua integridade física.

Tal cenário é decorrente de políticas conservadoras de modificação das normas internacionais sobre migração, resultante do interesse de grupos mais nacionalistas e conservadores em retroagir os benefícios concedidos aos estrangeiros.

Especificamente, o Brasil enfrenta desafios significativos com desastres naturais, mormente devido à sua vasta extensão territorial e diversidade climática. No entanto, a previsão normativa específica para migrantes ambientais ainda é limitada. Como consequência, pode-se considerar que o supracitado PNA inclui diretrizes para adaptação e mitigação dos efeitos das mudanças climáticas, mas não aborda diretamente os migrantes ambientais. Além disso, o Estatuto do Refugiado (Lei nº 9.474/1997) não contempla explicitamente os migrantes ambientais. A falta de reconhecimento específico dos migrantes ambientais na legislação é, portanto, um grande desafio e pode provocar dificuldades na implementação de políticas públicas de longo prazo para apoio a esse grupo de pessoas.

Já a legislação portuguesa inclui algumas medidas direcionadas para a adaptação às mudanças climáticas, entre elas a Estratégia Nacional de Adaptação às Alterações Climáticas (ENAAAC), que prevê medidas para adaptação, incluindo a gestão de riscos e a proteção das populações vulneráveis, o Plano Nacional de Gestão de Riscos (PNGR), que foca na prevenção e mitigação de riscos ambientais. Há, ainda, a Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 19/2014), que inclui disposições sobre a proteção ambiental, mas não menciona especificamente os migrantes ambientais.

Entre os desafios, também se destaca em Portugal a falta de especificidade, ou seja, as leis e políticas existentes não abordam diretamente a questão dos migrantes ambientais, o que provoca a necessidade de aprofundar mecanismos de coordenação internacional, com a necessidade de cooperação com outros países e organismos internacionais para tratar a questão de forma abrangente.

Portanto, pode-se estabelecer como semelhanças entre os dois países a falta de reconhecimento específico, apesar do foco em adaptação e mitigação, já que

ambos os países têm políticas de adaptação às mudanças climáticas que podem, indiretamente, beneficiar os migrantes ambientais. Como principal diferença, destaca-se o fato de que Portugal, como membro da União Europeia, tem acesso a recursos e políticas comunitárias, o que pode facilitar a implementação de medidas mais abrangentes.

Mesmo com a escassez de normas referentes a esses grupos, no ano de 2020, uma decisão histórica da Organização das Nações Unidas (ONU) surgiu como um marco de referência para os migrantes ambientais (UN, 2020). Ioane Teitiota, oriundo do Kibati, no Pacífico, iniciou um processo contra a Nova Zelândia, no ano de 2016, após ter tido seu pedido de refúgio negado ao afirmar que era um “refugiado climático”. O cidadão moveu o então processo para o Conselho de Direitos Humanos da ONU, alegando que o Estado violara os Direitos Humanos ao deportar alguém ao seu país de origem onde, devido à crise climática, corria risco de morte ou o perigo de ser alvo de tratamento cruel, desumano ou degradante. Argumentou ainda que enfrentou disputas de terra e dificuldade de acesso à água potável, o que o forçou a imigrar com sua família, onde solicitou o visto de refugiado. Após a negativa de diversos tribunais, foi encaminhado às Nações Unidas, baseando-se na violação do direito à vida e à dignidade, trazido pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU, então, constatou que a deportação, de fato, não foi ilegal, tendo em vista a falta de reconhecimento legislativo dos migrantes ambientais como refugiados, como visto acima. Contudo, reconheceu que as alterações climáticas consistiam em uma grave ameaça de direitos, inclusive à vida, devendo ser analisado durante o processamento do pedido. Tal decisão abre precedente para que futuros pedidos sejam deferidos, tendo em vista que todos os Estados possuem o dever de proteger os indivíduos contra os efeitos das catástrofes climáticas e dos desastres, como corolário do direito à vida.

De certa forma percebe-se que, internacionalmente, há uma nova luz capaz de abarcar os migrantes ambientais, o que refletirá nos pedidos ocorrentes no Brasil e em Portugal. Por mais que não haja uma proteção definitiva nas legislações supramencionadas, constata-se que se iniciou uma nova era capaz de formular jurisprudências fortes o bastante para lhes entregar seus respectivos direitos. Sem dúvidas, o caminho a ser percorrido até a efetiva proteção dos direitos dos migrantes ambientais é longo e depende de uma coparticipação dos Estados. Entretanto, tudo indica que a rota já começou a ser trilhada.

Desse modo, apesar dos inúmeros problemas decorrentes dessa situação, o debate internacional foi iniciado e o reconhecimento começou a ganhar notoriedade, principalmente em virtude da mencionada decisão da ONU. Cabe, então, aos países requeridos encontrarem formas de proteger os migrantes ambientais da mesma maneira que aqueles que pedem refúgio decorrente de perseguição política. Conclui-se, pois, que o instituto da migração ambiental vem ganhando um merecido reconhecimento, tanto no campo subjetivo da moralidade, quanto acadêmica e jurisprudencialmente, restando, agora, ocupar o seu espaço nas efetivas normas do Direito interno e internacional.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Entenda as diferenças entre refúgio e asilo*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Regional (MDR). Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres (CENAD). 22 fev. 2019. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/demonstracoes-contabeis-e-notas-explicativas/294-secretaria-nacional-de-protecao-e-defesa-civil/centro-nacional-de-gerenciamento-de-riscos-e-desastres/5986-centro-nacional-de-gerenciamento-de-riscos-e-desastres-cenad>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Ministério de Relações Exteriores (MRE). *Nota à Imprensa nº 4*. Retorno do Brasil ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular. 05 jan. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/retorno-do-brasil-ao-pacto-global-para-migracao-segura-ordenada-e-regular. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima: volume 1: estratégia geral: portaria MMA nº 150, de 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade-e-ecossistemas/ecossistemas/biomas/arquivos-biomas/plano-nacional-de-adaptacao-a-mudanca-do-clima-pna-vol-i.pdf>. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 18 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

COMUNIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DA ÁFRICA AUSTRAL (SADC). *Quadro de Sendai para redução de risco de desastres 2015-2030*, 2024. Disponível em: <https://drmims.sadc.int/pt/sendai-framework/sendai-framework-for-drr>. Acesso em: 25 maio 2024.

Conselho Norueguês para Refugiados. *Os deslocamentos por desastres na prática e política de redução do risco de desastres*: Lista de verificação, 2020. Disponível em:

<https://www.undrr.org/sites/default/files/2022-05/Os%20deslocamentos%20por%20desastres%20na%20pratica%20e%20politic%20a%20de%20reducao%20do%20risco%20de%20desastres%20-%20lista%20de%20verificacao.pdf?startDownload=true>. Acesso em: 13 maio 2024.

DELFIM, Rodrigo Borges. O conceito de refugiado ambiental: um tema que não pode ser ignorado. *Migra Mundo*, 09 abr. 2018. Disponível em: <https://migramundo.com/o-conceito-de-refugiado-ambiental-um-tema-que-nao-pode-ser-ignorado/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

DIAMOND, Jared. *Collapse: how societies choose to fail or succeed*. Penguin Books, 2005.

EURONEWS. *Parlamento Europeu aprova novo pacto sobre migração e asilo da UE*. 10 abr. 2024. Disponível em: <https://pt.euronews.com/my-europe/2024/04/10/parlamento-europeu-aprova-novo-pacto-sobre-migracao-e-asilo-da-ue>. Acesso em: 20 maio 2024.

FOLLY, Maiara. Saída do acordo sobre migrações pode impactar brasileiros no exterior. *El País*, 12 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/12/opinion/1547304022_687377.html. Acesso em: 19 abr. 2024.

FORREST, Hannah Sofie. *Migração ambiental: a realidade brasileira*. 26 mar. 2020. <https://br.boell.org/pt-br/2020/02/19/migracao-ambiental-realidade-brasileira>. Acesso em: 15 dez. 2023.

G1. A cronologia da tragédia no Rio Grande do Sul. 12 maio 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2024/05/12/a-cronologia-da-tragedia-no-rio-grande-do-sul.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2024.

G20 BRASIL. Catástrofe climática no Sul do Brasil reforça urgência de debater mudanças do clima no mundo. 14 maio 2024. Disponível em: <https://www.g20.org/pt-br/noticias/catastrofe-climatica-no-sul-do-brasil-reforca-urgencia-de-debater-mudancas-do-clima-no-mundo>. Acesso em: 18 maio 2024.

LOPES, Adelirian Martins Lara; AB'SABER, Aziz Nacib; HOSSNE, William Saad. O conceito de Refugiado Ambiental – é uma questão bioética? *Revista Bioethikos*, Centro Universitário São Camilo, v. 6, n. 4, 2012, p. 409-415. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/98/05.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MCLEMAN, Robert. *Climate and human migration: past experiences, future challenges*. Cambridge University Press, 2014.

MISSIRIAN, Anouch; SCHLENKER, Wolfram. Asylum applications respond to temperature fluctuations. *Science*, v. 358, n. 6370, p. 1610-1614, 22 dez. 2017. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/358/6370/1610>. Acesso em: 15 dez. 2023.

MONTEVIDEO. *Tratado sobre Derecho Penal Internacional* (Firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado). Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

NECCHI, Vitor. Refugiados ambientais: uma categoria não reconhecida. Entrevista especial com Carolina de Abreu Batista Claro. *Instituto Humanitas UNISINOS*, 17 nov. 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/584707-refugiados-ambientais-uma-categoria-nao-reconhecida-entrevista-especial-com-carolina-de-abreu-batista-claro>. Acesso em: 19 dez. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ACNUR. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951). Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 18 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Human Rights Committee. Views Adopted on Teitiota Communication, 2015. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-case/un-human-rights-committee-views-adopted-on-teitiota-communication/?cn-reloaded=1&cn-reloaded=1>. Acesso em: 19 mar. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório sobre os efeitos das alterações climáticas nos direitos humanos e o papel dos defensores do ambiente nesta matéria* (2021). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0039_PT.html. Acesso em: 27 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Total de deslocados no mundo atinge recorde de 59,1 milhões*. ONU News, 19 de maio de 2022 [on-line]. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/05/1789712>. Acesso em: 28 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES (OIM). Disponível em: <https://www.iom.int/who-is-a-migrant>. Acesso em: 15 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. OIM BRASIL. *Pacto global para uma migração segura, ordenada e regular* (2016). Disponível em: <https://brazil.iom.int/pt-br/pacto-global-para-uma-migracao-segura-ordenada-e-regular>. Acesso em: 15 maio 2024.

PORTUGAL. ANEPC (Autoridade Nacional de Emergência e Proteção Civil). *Plano Nacional de Gestão de Riscos*. 2020. Disponível em: <http://www.prociv.pt/>. Acesso em: 28 maio 2024.

PORTUGAL. APA (Agência Portuguesa do Ambiente). *Estratégia Nacional de Adaptação às Alterações Climáticas 2020* (ENAA 2020). 2015. Disponível em: <https://apambiente.pt/clima/estrategia-nacional-de-adaptacao-alteracoes-climaticas>. Acesso em: 28 maio 2024.

PORTUGAL. *Lei nº 27/2008*. Estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas nº 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2008-74902145>. Acesso em: 29 nov. 2023.

PORTUGAL. *Lei nº 67/2003*. Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 2001/55/CE, do Conselho, de 20 de Julho. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/655969/details/maximized>. Acesso em: 24 nov. 2023.

PORTUGAL. *Lei nº 70/1993*. Direito de asilo. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/70-1993-651702>. Acesso em: 19 nov. 2023.

RAMOS, André Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis (Orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf. Acesso em 18 nov. 2023.

RAMOS, Erika Pires. *Refugiados ambientais: em busca do reconhecimento pelo Direito Internacional*. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/publico/TESE_versao_integral_ERIKA_PIRES_RAMOS.pdf. Acesso em: 15 dez. 2023.

RTP NOTÍCIAS. *Baixo Alentejo com 94% do território suscetível à desertificação*. 17 mar. 2023. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/economia/baixo-alentejo-com-94-do-territorio-suscetivel-a-desertificacao_n1473946. Acesso em: 18 maio 2024.

SENGUPTA, Somini. Climate change is driving people from home. So why don't the count as refugees? *The New York Times*, 21 dez. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/21/climate/climate-refugees.html>. Acesso em: 14 dez. 2023.

SOARES, Andréia Azevedo. Os desafios de um mar que não pára de subir. *Publico*, 17 abr. 2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/04/17/infografia/desafios-mar-nao-subir-759>. Acesso em: 18 maio 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Assembleia da República. *Tratado de Lisboa (2007)*. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 13 de dezembro de 2011. Agenda Europeia de Migração. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=PT>. Acesso em: 12 dez. 2023.

A modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade e a segurança jurídica em face da ação rescisória

Modulation of the effects of decisions provided by the Supreme Federal Court in control of constitutionality and legal security in face of the rescission action

Data de submissão: 30 maio 2024

Data de aprovação: 09 out. 2024

Paulo Henrique da Silveira Chaves

Pós-Doutorado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Doutor pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professor Associado IV na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9014463872656687>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3693-9736>

RESUMO: Este trabalho trata por meio dedutivo a forma como a modulação dos efeitos temporais da decisão em controle de constitucionalidade se apresenta como salvaguarda da segurança jurídica, especificamente considerando a nova hipótese de ação rescisória e seu prazo decadencial diferenciado, previsto no atual Código de Processo Civil (CPC), como disposto nos artigos 525, § 15, e 535, § 8º. Abordou-se, inicialmente, a segurança jurídica e seu alcance, com ênfase à sua importância como direito fundamental, expondo, inclusive, o especial destaque que o atual CPC deu ao instituto, objetivando garanti-lo e efetivá-lo. Em seguida, foram expostos os aspectos da modulação temporal dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade e sua importância como meio garantidor de segurança jurídica, ressaltando também a previsão no CPC sobre o tema. Outrossim, foi abordado o estudo da hipótese de ação rescisória contra decisão, transitada em julgado, fundamentada em norma tida posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como inconstitucional, dando-se especial ênfase ao prazo decadencial da referida ação e ao entendimento do STF consolidado em sentido contrário ao previsto no CPC, enquanto o CPC ainda estava em período de *vacatio legis*. Por fim, analisou-se a relevância e importância da modulação dos efeitos como instrumento garantidor de segurança jurídica, ante à aludida ação rescisória e, especialmente, em decorrência de seu prazo decadencial diferenciado das demais ações rescisórias.

PALAVRAS-CHAVE: segurança jurídica; modulação dos efeitos da decisão; ação rescisória.

ABSTRACT: The present study deals with the way in which the modulation of the temporal effects of the decision in constitutionality control presents itself as a safeguard of legal certainty, specifically considering the new hypothesis of rescission action, and its differentiated statute of limitations, provided for in the current Code of Civil Procedure, specifically in articles 525, § 15 and 535, § 8. Initially, legal security and its scope were addressed, emphasizing its importance as a fundamental right, even exposing the special emphasis that the current CPC gave to the institute, aiming to guarantee it and make it effective. Then, the aspects of the temporal modulation of the effects of the decision in constitutionality control and its importance as a means of guaranteeing legal certainty are exposed, also highlighting the provisions of the CPC on the subject. Furthermore, the study of the hypothesis of a rescission action against an unappealable decision based on a rule later held by the STF as unconstitutional, was addressed, with special emphasis on the statute of limitations of the aforementioned action and the understanding of the consolidated STF in a direction contrary to that provided for in the CPC, while the CPC was still in the *vacatio legis* period. Finally, the relevance and importance of the modulation of the effects as an instrument guaranteeing legal certainty is analyzed, in view of the aforementioned termination action and, especially, due to its statute of limitations differentiated from other termination actions.

KEYWORDS: legal security; modulation of decision effects; termination action.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Segurança jurídica. 3 A modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade e o Código de Processo Civil de 2015. 4 Ação rescisória contra decisão transitada em julgado fundamentada em norma considerada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional. 4.1 Termo inicial do prazo da ação rescisória e a segurança jurídica. 4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal antes da vigência do atual Código de Processo Civil: Recurso Extraordinário 730.462/SP. 5 Modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal como garantia de segurança jurídica. 6 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

É uma afirmação impactante dizer que se vive atualmente em um cenário em que grande parte dos cidadãos não conhece a escalação da seleção brasileira de futebol, mas, pode citar o prenome ou o sobrenome dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal (STF) e, inclusive, grande parte, aparentemente, se sente apta a julgar o caráter de muitos daqueles julgadores. O STF se aproximou do povo brasileiro, notadamente pelo fenômeno da judicialização da política, muito bem explicado por Ran Hirschl, em 2006, no seu artigo “The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide”, bem como pela sanção da Lei nº 10.461/2002 (sancionada pelo Ministro Marco Aurélio Mello), que previu a criação de um canal de televisão reservado ao STF, passando os julgados daquela Corte superior a serem televisionados. Inclusive, os jornalistas que cobrem os julgamentos proferidos pelo STF passaram a informar o “placar” dos julgamentos, contando cada voto contra e a favor, como se fosse uma disputa em que os telespectadores torcem por um resultado, tal qual num evento competitivo.

Nesse contexto de aproximação das decisões da Suprema Corte brasileira em relação ao seu povo, um sentimento acerca da segurança jurídica alçou um nível de interesse muito maior e bastante difundido. Atente-se ao detalhe de que grande parte desse público que chega a clamar por segurança jurídica, certamente, não entende, com clareza, o que é a segurança jurídica que tanto clamam.

Contudo, o desejo pela segurança jurídica não é algo novo, sendo certo que o constituinte originário já tratou de prever de forma implícita o princípio da segurança jurídica, englobando os institutos da coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito. Aliás, o princípio da segurança jurídica alcança a qualidade de direito fundamental da pessoa humana, sendo um subprincípio do Estado de Direito, tendo especial destaque no nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, ao tratar das decisões proferidas pelo STF, se identifica que a decisão em controle de constitucionalidade é a que possivelmente tem maior potencial de impactar o princípio da segurança jurídica, principalmente após a vigência do atual Código de Processo Civil (CPC), em que se verificou que toda e qualquer decisão proferida pelo STF tem demasiado potencial de gerar grave insegurança jurídica. Isso porque foi previsto no artigo 525, §§ 12 e 15, e no artigo 535, §§ 5º e 8º, ambos do CPC, uma nova hipótese de ação rescisória. Trata-se da ação rescisória contra decisão judicial, transita em julgado, fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Sob os fundamentos da nova hipótese de ação rescisória, um elemento que muito impacta na análise da segurança jurídica diz respeito ao início do prazo decadencial da referida ação, pois, conforme previsto no § 15 do artigo 525 e o § 8º do artigo 535, ambos do CPC, tal prazo para ajuizar essa ação rescisória se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão paradigma do STF e não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, como se observa na maioria dos casos de ação rescisória.

Ocorre que vários anos podem ter transcorrido após uma decisão transitada em julgado e, indiscutivelmente, enseja certa apreensão a possibilidade de vir a ser discutida novamente por uma ação rescisória, cujo prazo e fundamento se

deem numa recente decisão do STF, pois o longo decurso de tempo gera uma acomodação com situação decidida, seja ela tida como boa ou ruim. Assim, evidente que tal ação rescisória poderia causar uma insegurança jurídica sob o aspecto daquilo que já estava sedimentado.

Assim, justamente com foco na insegurança jurídica, notadamente ante o prazo decadencial para ingresso da rescisória, restou previsto no § 13 e § 6º, dos artigos 525 e 535, respectivamente, ambos do CPC, que “os efeitos da decisão do STF poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”, o que levanta o questionamento sobre a real importância da modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF.

Desta forma, pretende-se, neste trabalho, abordar o conteúdo sobre a segurança jurídica, a modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, isso com especial destaque às novas previsões sobre a modulação dos efeitos no atual CPC, a ação rescisória prevista nos artigos 525, § 15, e 535, § 8, do CPC, expondo sobre o prazo decadencial de tal ação rescisória e, por fim, analisando a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF como instrumento de garantia de segurança jurídica.

2 Segurança jurídica

A segurança jurídica é “uma das expressões máximas do Estado de Direito”, sendo um “subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”, conforme exposto por (Mendes, 2018, p. 377 e 409). Gilmar Mendes ainda destaca que a segurança jurídica “é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança” (Mendes, 2018, p. 927)

Outrossim, como explicitado por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 4), “um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado da segurança jurídica”.

Assim sendo, o princípio da segurança jurídica assume uma condição de direito fundamental da pessoa humana e, ao mesmo tempo, “princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional”, conforme destacado por Sarlet (2006, p. 4).

André Ramos Tavares (2020, p. 651), ao expor sobre o princípio da segurança jurídica, afirma que o âmbito central da segurança jurídica é “o direito à estabilidade mínima da ordem jurídica, que é realizado em especial pela existência de cláusulas de eternidade na Constituição dotada de supremacia”, bem como, explicita algumas faces de tal princípio:

- i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica

Ao analisar o princípio da segurança jurídica no âmbito internacional, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 4) destaca a inexistência de previsão expressa, porém

ressalta que a falta de previsão, no âmbito internacional, não obsta o reconhecimento de tal princípio. Confira-se:

No plano internacional, por sua vez, verifica-se que os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contém referência expressa a um direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso, apenas a título ilustrativo, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), do Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1). A segurança jurídica encontra-se contemplada apenas no âmbito de algumas garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais, notadamente em matéria penal, mediante o reconhecimento do princípio de que ninguém poderá ser condenado por delito que não tenha sido previamente tipificado em lei (artigo 9º, da Convenção Americana, artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o artigo 11, da Declaração da ONU). Tal ausência de previsão expressa de um direito à segurança jurídica ou mesmo da proteção de direitos adquiridos não constituiu, todavia, obstáculo ao reconhecimento de algumas manifestações do princípio da segurança jurídica no âmbito do direito convencional regional e na esfera da jurisprudência das instâncias judiciais supranacionais, com destaque para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que aqui não será desenvolvido.

Já analisando a legislação brasileira, embora não esteja expressamente previsto na Constituição o dever de observância ao princípio da segurança jurídica, verifica-se que, logo no *caput* do artigo 5º, da CF, restou previsto o direito à segurança e, a despeito de não se falar em segurança jurídica, tal direito “acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição”, como destacado por Sarlet (2006, p. 4), dentre tais dispositivos se destaca o artigo 5º, XXXVI, da CF, em que foi previsto que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A segurança jurídica, notadamente por se tratar de um direito fundamental, quando violado é capaz de prejudicar uma infinidade de pessoas com efeitos, principalmente econômicos, que se projetam no tempo, mesmo após ter sido sanada a violação, tendo em vista que a afronta ao princípio da segurança jurídica amedronta investidores, assusta sociedades empresárias e prejudica todo o comércio, o que acarreta um completo desarranjo ao país, notadamente na área financeira.

Assim sendo, o princípio da segurança jurídica também foi expressamente previsto em diversas leis infraconstitucionais. Note-se que o artigo 2º da Lei nº 9.784/1999 prevê, expressamente, que a administração pública deverá obedecer ao princípio da segurança jurídica.

O atual CPC foi elaborado tendo como um dos parâmetros básicos efetivar o direito à segurança jurídica, prevendo em diversos artigos a necessidade de observância desse princípio. Nesse sentido, foi previsto que os Tribunais deveriam “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC) e ainda criou o sistema de precedentes obrigatórios em seu artigo 927, de forma a gerar “clima de confiança na interpretação e aplicação da lei pelos tribunais” (Theodoro Junior, 2020, p. 982).

Ademais, a Lei nº 9.868/1999, que trata do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, também prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, visando a garantia da segurança jurídica e, no mesmo sentido, foi previsto no artigo 525, § 13, do CPC.

Outrossim, também visando garantir a segurança jurídica, observa-se a criação de novas técnicas de pronúncia de inconstitucionalidade, como, por exemplo, interpretação conforme a constituição, que, em sua essência, visa dar aplicabilidade a determinada norma, interpretando-a de forma a se compatibilizar com a Constituição (Alcalá, 2004, p. 113-158). Outra técnica se refere à hipótese em que se reconhece a inconstitucionalidade numa determinada situação, admitindo-se sua aplicabilidade em outras, sem redução no texto (Sarlet; Mitidiero; Marinoni, 2021, p. 555). Tem-se também a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade ser parcial, não recaindo sobre a totalidade da lei (Sarlet; Mitidiero; Marinoni, 2021, p. 551).

Portanto, a segurança jurídica se trata de direito de especial importância, devendo o Estado, principalmente os julgadores, utilizarem de expedientes visando garantir e realmente efetivar a segurança jurídica, por exemplo, mediante a modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, as novas técnicas de pronúncia de inconstitucionalidades e os precedentes obrigatórios.

3 A modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade e o Código de Processo Civil de 2015

A decisão que declara a inconstitucionalidade de norma tem, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*), retirando a norma do ordenamento jurídico como se ela nunca tivesse existido, isto é, retornando ao *status quo ante*. Contudo, tal situação poderá, em determinadas hipóteses, afrontar o princípio da segurança jurídica, pois poderia desfazer inúmeras situações consolidadas por vários anos.

Vale salientar que a questão não é simplesmente mudar o entendimento para que as decisões em controle de constitucionalidade tenham efeitos *ex nunc*, pois, como demonstrado no entendimento de Sarlet; Mitidiero; Marinoni (2021, p. 529):

[...] a admissão de que a decisão não retroage sempre faria escapar situações em que a retroatividade seria vantajosa. Da mesma forma, a opção pela retroatividade sempre recomendaria isentar de efeitos determinadas situações passadas.

Assim sendo, em 1999, quando da promulgação da Lei nº 9.868/1999 foi prevista a possibilidade do STF, por maioria de dois terços, modular os efeitos de suas decisões em controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos artigo 27 dessa Lei:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Conforme se verifica do referido artigo 27, parte-se da premissa que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos, porém, quando a retroatividade da decisão de declaração de inconstitucionalidade acarretar violação ao princípio da segurança jurídica, seus efeitos poderão ser modulados, de forma a estipular efeitos retroativos, mas limitados a determinada data, efeitos prospectivos ou, ainda, efeitos prospectivos a partir de determinada data ou evento. Isto é, a modulação dos efeitos se fundamenta justamente na garantia constitucional à segurança jurídica, sendo ela um meio de garanti-la, sobretudo na hipótese de declaração da inconstitucionalidade de certas normas que vinham sendo aplicadas de longa data, em decorrência da presunção de constitucionalidade.

Assim, “a modulação dos efeitos constitui um poder-dever do Tribunal”, conforme exposto por Sarlet; Mitidiero; Marinoni (2021, p. 530).

A modulação dos efeitos tem sido amplamente admitida pelo STF e a sua utilização tem assegurado a segurança jurídica em diversos casos, por exemplo, na ADI 1.220/DF, na qual se discutia sobre a constitucionalidade dos índices aplicáveis para correção monetária de débitos trabalhistas, sendo realizada a modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que a declaração de inconstitucionalidade somente produzisse efeitos para os cálculos a serem homologados a partir da data de publicação da ata de julgamento. Confirma-se a ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES APLICÁVEIS PARA A CORREÇÃO MONETÁRIA DE DÉBITOS TRABALHISTAS. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO.

1. Ação direta em que se alega a inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991, que entrou em vigor em 01.03.1991 e determina que os débitos trabalhistas sejam corrigidos: (i) pela variação do BTN Fiscal, no período compreendido entre o vencimento da obrigação e 31.01.1991; e (ii) pela Taxa Referencial Diária (TRD), após essa data.

2. As normas que tratam do regime jurídico da correção monetária, por não serem suscetíveis de disposição pela vontade das partes, incidem imediatamente, alcançando apenas as situações jurídicas em curso de formação ou execução. Precedente: RE 211.304, redator para acórdão Min. Teori Zavascki, j. em 29.04.2015.

3. Ao estabelecer os índices para a correção monetária de débitos de natureza trabalhista, o dispositivo impugnado determinou sua aplicação a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor. Assim, afetou direitos adquiridos sob a vigência de lei anterior, violando o art. 5º, XXXVI, da Constituição.

4. Procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 39, § 2º, da Lei nº 8.177/1991. Modulação temporal dos efeitos da decisão, a fim de que somente se aplique aos cálculos homologados a partir da data de publicação da ata de julgamento.

Tese: “Lei que estipula índices de correção monetária a serem aplicados a períodos aquisitivos anteriores à sua entrada em vigor viola a garantia do direito adquirido”. (STF, ADI 1.220/DF, 2020)

Ademais, em que pese a Lei nº 9.868/1999 tratar tão somente do controle concentrado de constitucionalidade, o STF já tem admitido a modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade, como, por exemplo, no RE 197.917/SP, em que foram modulados os efeitos temporais da decisão, pois, conforme

pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento de tal recurso, “observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente”. Confira-se ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

[...]

7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. (STF, RE 197.917/SP, 2004)

No mais, saliente-se que, por se tratar de poder-dever do julgador, a modulação dos efeitos da decisão deverá ser feita independentemente da existência de pedido, caso estejam presentes os requisitos necessários para a modulação dos efeitos. Isto é, uma vez presentes os requisitos autorizadores à modulação dos efeitos, ou seja, possibilidade de gerar insegurança jurídica e excepcional interesse social, o Tribunal poderá, de ofício, proceder a modulação dos efeitos de sua decisão. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o decidido na ADI 1.220/DF. Confira-se trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no referido julgado:

A ausência de pedido de modulação temporal dos efeitos da decisão pela parte interessada em nada obsta que assim se proceda. Conforme se extrai do próprio art. 27 da Lei nº 9.868/1999, se verificados os requisitos necessários para tanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pode – e deve – limitar de ofício a eficácia da decisão no tempo, inclusive para que não emita decisão contrária à própria segurança jurídica, ainda que temporariamente. Essa possibilidade se justifica também por razões de economia processual. Em casos de evidente necessidade de modulação, como entendo ser a hipótese dos autos, não se justifica aguardar eventual pedido avulso, a ser realizado, por exemplo, pela via dos embargos de declaração. (STF, ADI 1.220/DF, 2020)

Com a vigência do atual CPC, a modulação dos efeitos da decisão ganhou ainda mais relevância, notadamente porque restou previsto o cabimento de ação rescisória contra decisão fundada em norma tida posteriormente pelo STF como inconstitucional. Ademais, em clara inovação, também foi previsto, no atual CPC, especificamente no artigo 927, § 3º, a modulação dos efeitos das decisões preferidas pelos Tribunais superiores ou oriundas de julgamento de casos repetitivos, de modo que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão foi muito além dos casos de declaração de inconstitucionalidade.

4 Ação rescisória contra decisão transitada em julgado fundamentada em norma considerada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal como inconstitucional

O CPC, privilegiando as decisões proferidas pelo STF, notadamente visando garantir a segurança jurídica, acabou por prever nos artigos 525, §§ 12 e 15, e 535, §§ 5º e 8º, a desconstituição da coisa julgada no caso da decisão judicial transitada em julgado, que estiver fundamentada em lei ou ato normativo, considerado inconstitucional pelo STF, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, após o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Tal previsão legal é de suma importância, pois “a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria CF” (Theodoro Junior, 2002, p. 37).

No caso da decisão do STF proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda, o Código sequer exige que a parte ajuíze ação rescisória para que a decisão exequenda perca a sua exigibilidade, bastando uma simples alegação de tal fato em sede de impugnação ao cumprimento de sentença. Importante destacar que, no CPC de 1973 (art. 475-L, § 1º), já havia tal possibilidade, contudo, o atual Código avançou ao incluir também as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Faz-se necessário observar que, nessa hipótese, não há a desconstituição da coisa julgada, mas tão somente o reconhecimento da inexigibilidade da decisão exequenda.

A questão que gera maior controvérsia, e que caracteriza relevante inovação do atual CPC, é o cabimento de ação rescisória no caso de decisão paradigma do STF posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda. Vale salientar que o STF já havia confirmado essa possibilidade antes do início da vigência do atual CPC (STF, RE 730.462/SP, 2019), entretanto, o entendimento consagrado pelo STF diverge do atual CPC quanto à data inicial da contagem do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória.

Conforme já exposto, o atual CPC inovou ao prever no artigo 525, § 15, e artigo 535, § 8º, o cabimento de ação rescisória em face de decisão fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, mesmo que essa decisão paradigma do STF seja posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Ao fim e ao cabo, tal possibilidade de ação rescisória se fundamenta na possibilidade de rescindir um julgado com fundamento contrário à Constituição, bem como no fato de o STF ser o guardião da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 102 da CF, cabendo-lhe a última palavra a respeito da constitucionalidade ou não de norma. Assim, se a decisão é contrária ao entendimento do STF quanto à constitucionalidade ou não de uma norma, a decisão, conseqüentemente, é contrária à própria Constituição. Ademais, tal hipótese de cabimento de ação rescisória parece dar efetividade ao artigo 927 do CPC, pois garante a autoridade absoluta das decisões proferidas pelo STF.

Entretanto, não se pode desconsiderar que, devido à troca de ministros e, até mesmo, pela simples mudança do entendimento dos ministros, o STF tem mudado seu entendimento quanto à constitucionalidade de determinadas normas. Ademais, “os critérios econômicos, políticos e sociais mudam, fazendo com que a decisão anteriormente tomada pelo Supremo Tribunal Federal também possa ser diferente no estado atual” (Thamay, 2015, p. 247).

Nesse sentido, na maioria dos casos, a mudança de entendimento pelo STF constitui algo natural e, em alguns casos, extremamente necessário em um Estado Democrático de Direito. Assim, tais mudanças de posicionamento e a possibilidade de cabimento da ação rescisória por decisão contrária ao entendimento do STF, quanto à constitucionalidade ou não de uma norma, afronta diretamente o princípio da segurança jurídica a depender do prazo para ajuizamento da ação rescisória.

4.1 Termo inicial do prazo da ação rescisória e a segurança jurídica

Conforme explicitado, para verificar se a previsão contida nos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do CPC, tem capacidade de ofender ou não o princípio da segurança jurídica, faz-se necessário observar o termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória que tratam os referidos artigos.

A regra geral para a contagem do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória é de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975 do CPC). Todavia, o CPC previu nessa hipótese de ação rescisória uma regra específica para contagem do prazo para ajuizamento da rescisória, dispondo que o prazo será contado do trânsito em julgado da decisão paradigma proferida pelo STF, o que indica um comprometimento à segurança jurídica, tendo em vista, principalmente, o que já foi explicitado em parágrafos anteriores sobre a natural mudança de entendimento do STF.

Dessa forma, poderá haver casos em que uma coisa julgada constituída há muito mais de 2 anos possa ser desconstituída, afastando da coisa julgada sua principal característica, imutabilidade. Também apresentando certa preocupação (Didier Junior; Cunha, 2017, p. 534-535):

Essa hipótese especial de ação rescisória pode levar a uma primeira impressão de que há grave comprometimento à segurança jurídica. Isso porque essa decisão superveniente do STF pode vir a ser proferida muitos anos depois da coisa julgada. Assim, toda coisa julgada seria intrinsecamente instável, já que há sempre a possibilidade de o STF vir a reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo em que se funda a decisão que transitou em julgado. A preocupação é procedente.

Ao comentar esse complexo tema, Nelson Nery Junior (2016, p. 95-96) explicita que deverá ser feita uma interpretação conforme a Constituição, de modo a entender que “o prazo para rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF somente se inicia se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória iniciada do trânsito em julgado da decisão exequenda”.

Portanto, tal tema é altamente complexo e os Tribunais (TRF-4, Agr. Inst. 5007528-55.2017.404.0000, 2017) já têm recebido ações rescisórias com fundamento nos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, ambos do CPC. Contudo, ainda não se tem um posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da referida regra especial de contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória.

4.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal antes da vigência do atual Código de Processo Civil: Recurso Extraordinário 730.462/SP.

O STF, no período de *vacatio legis* do atual CPC (28/05/2015), quando do julgamento do RE 730.462/SP, enfrentou esse complexo tema, qual seja o cabimento de ação rescisória em face de decisão contrária ao entendimento do STF explicitado em decisão proferida após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, quanto à constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo.

Naquele julgamento, muito embora ainda não estivesse em vigor o atual CPC, inexistindo, portanto, norma que autorizasse o ajuizamento de rescisória na supracitada hipótese, o STF entendeu, por unanimidade, que seria cabível a ação rescisória em tal situação:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= *eficácia normativa*) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.
2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= *eficácia executiva* ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, da carta constitucional.
3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no diário oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.
4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.

5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
(STF, RE 730.462/SP, 2015)

Contudo, diferentemente do que consta no atual CPC (na época em período de *vacatio legis*), o STF entendeu que o prazo para ajuizamento da ação rescisória deveria ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda e não da decisão paradigma do STF, como previsto no CPC atual. A fundamentação utilizada para sustentar tal posição foi de que estaria resguardando-se “a segurança jurídica, consubstanciada na preservação da coisa julgada material, sem, contudo, descartar a legitimidade de sua relativização em casos excepcionais [...]” (STF, RE 730.462/SP, 2015).

Muito embora não passe de especulação, tal decisão aponta que o STF poderá eventualmente declarar inconstitucional a regra especial de contagem do prazo para ajuizamento da rescisória, uma vez que o Código já havia sido promulgado, estando somente em período de *vacatio legis*, isto é, provavelmente, os Ministros já tinham conhecimento do texto dos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC de 2015, mas optaram por utilizar a regra geral de contagem de prazo para ajuizamento de ação rescisória.

Certo é que, enquanto não houver pronunciamento do STF a respeito da constitucionalidade da regra específica de contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória, prevista nos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC, o referido artigo tem presunção de constitucionalidade e, conseqüentemente, aplicabilidade; restando aos demais juízes e Tribunais somente fazerem o controle difuso de constitucionalidade, se entenderem pela inconstitucionalidade da aludida norma.

5 Modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal como garantia de segurança jurídica

A modulação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade é instrumento garantidor de segurança jurídica, conforme já exposto no tópico e específico, e a despeito da real preocupação quanto à constitucionalidade da regra especial de contagem do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória, prevista nos artigos 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC, o Código previu a possibilidade do STF garantir a segurança jurídica ao dispor, no § 13 do artigo 525 e § 6º do artigo 535, que os efeitos da decisão do STF poderão ser modulados no tempo.

Tal previsão se apresenta como uma verdadeira “saída” para a garantia da segurança jurídica, como esclarece Didier Junior; Cunha (2017, p. 535):

Caso a modulação empreste à decisão paradigma apenas efeitos *ex nunc* ou futuros, a decisão anteriormente transitada em julgado não poderá ser objeto de ação rescisória, se o fundamento for a desarmonia entre o quanto nela decidido e a decisão paradigma do STF.

Isto é, o legislador, ciente da insegurança jurídica que a aludida ação rescisória poderia causar, sobretudo, em decorrência do seu prazo decadencial, previu o mecanismo apto a afastar a insegurança jurídica – modulação temporal dos efeitos da decisão.

Ademais, o disposto no § 13 do artigo 525 e § 6º do artigo 535 trata-se de grande inovação, pois incluiu a possibilidade de modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade, apesar do STF já estar aplicando a modulação de efeitos em controle difuso, conforme já exposto.

Por fim, é importante salientar que, muito embora a modulação dos efeitos se trate de um poder-dever do julgador, os requisitos para a modulação dos efeitos, isto é, eventual afronta à segurança jurídica e excepcional interesse social, são conceitos jurídicos indeterminados, de forma que ficará ao critério do julgador a análise da sua existência ou não, razão pela qual é certo que poderão existir decisões, principalmente em controle difuso, em que não serão modulados os efeitos, o que poderá, eventualmente, acarretar uma série de ações rescisórias em face de decisões há muitos anos imutáveis, causando evidentemente, insegurança jurídica.

6 Considerações finais

Conforme demonstrado, a segurança jurídica é um direito fundamental e expressão do Estado Democrático de Direito, sendo certo que a violação de tal direito gera prejuízos evidentes a todos jurisdicionados, notadamente pelo seu impacto de insegurança, com reflexos não somente adstritos às partes envolvidas, mas também, devido à insegurança jurídica, atingindo interesses econômicos, sabendo-se que a segurança jurídica é um elemento essencial e contribui para crescimento, assim, a sua ausência provoca a queda econômica. Depreendendo-se a importância de se garantir a efetividade de tal direito.

Contudo, o CPC, ao prever que o prazo decadencial da ação rescisória contra decisão fundada em norma tida pelo STF como inconstitucional inicia-se com o trânsito em julgado da decisão paradigma do STF, culminou por gerar inúmeras situações em que a segurança jurídica seria claramente violada.

Diante desse contexto, a modulação dos efeitos temporais da decisão surge como meio apto a garantir a efetividade do direito à segurança jurídica, notadamente considerando o prazo decadencial especial da ação rescisória contra decisão fundamentada em norma tida pelo STF, em controle difuso ou concentrado, como inconstitucional, tendo em vista que, uma vez modulados os efeitos decisões já transitadas em julgados, não poderão ser rescindidas. Assim, nessas hipóteses pode-se equilibrar a prevalência da segurança jurídica.

Todavia, a despeito da modulação dos efeitos se tratar de um poder-dever do julgador e, realmente, representar meio apto a afastar a insegurança jurídica na hipótese em discussão, os requisitos para a modulação dos efeitos, isto é, eventual afronta à segurança jurídica e excepcional interesse social, são

conceitos jurídicos indeterminados, de forma que ficará ao critério do julgador a análise da sua existência ou não, razão pela qual é certo que poderão existir decisões, principalmente em controle difuso, em que não serão modulados os efeitos, o que poderá eventualmente acarretar uma série de ações rescisórias em face de decisões há muitos anos imutáveis, causando evidentemente, insegurança jurídica.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. *Revista Ius et Praxis*, v. 10, n. 1, 2004, p. 113-158. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil* – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.220/DF*, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 19/12/2019, DJe 13/03/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420572/false>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 197.917/SP*, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJe 07/05/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12989/false>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 730.462/SP*, Relator Ministro Teori Zavascki, j. 28/05/2015, DJe 09/09/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur318554/false>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento 5007528-55.2017.4.04.0000*, j. 19/04/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&document_o=8892552. Acesso em: 05 nov. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, v. 75, n. 2, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, out./dez. 2006

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato. São Paulo: Atlas, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 4, n. 19, Porto Alegre: Síntese, set./out. 2002.

O caráter instrumental do inventário do patrimônio cultural no Brasil: diferentes perspectivas a partir das políticas públicas e do Direito

The instrumental nature of the cultural heritage inventory in Brazil: different perspectives from public policy and law

Data de submissão: 07 jul. 2024
Data de aprovação: 14 out. 2024

Carlos Magno de Souza Paiva

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (MG). Mestre em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor da Universidade Federal de Ouro Preto (MG).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0117165544216528>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2528-5631>

Ana Paula Trindade Gomes

Cientista Social pela Universidade Federal de Minas Gerais (MG). Gerente de Identificação e Pesquisa do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3392236669808315>

RESUMO: O inventário, consagrado pelo artigo 216 da Constituição Federal de 1988, é um dos mais antigos mecanismos de salvaguarda do patrimônio cultural brasileiro, destacando-se pela sua importância na identificação e contextualização dos diferentes bens culturais materiais e imateriais. Embora careça de uma regulamentação infraconstitucional específica, o inventário desempenha um papel de destaque ao ser utilizado para impor efeitos restritivos sobre o direito de propriedade, que podem implicar uma desarticulação no processo de compreensão do bem cultural e da sua integração nas comunidades. Especificamente em Minas Gerais, o Projeto de Lei nº 1.698/2007 buscou regulamentar o inventário, enfrentando desafios na definição de suas finalidades e nos efeitos jurídicos decorrentes, principalmente distinguindo-o do tombamento. Este artigo é constituído por uma abordagem metodológica qualitativa, com análise descritiva realizada a partir da leitura das cartas patrimoniais e de pesquisa bibliográfica sobre a trajetória de utilização do inventário no IPHAN. Procedeu-se à pesquisa documental, no acervo arquivístico do IEPHA/MG, sobre a execução do Inventário de Proteção do Acervo Cultural de Minas Gerais – IPAC/MG. No site da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, foi realizada pesquisa dos projetos de lei tramitados para a regulamentação do instrumento de proteção, e, por fim, no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pesquisa de acórdãos sobre bens inventariados para análise de jurisprudência. Neste estudo, buscou-se uma síntese de análise que se desdobra na compreensão do inventário como instrumento de conhecimento e gestão, que possui caráter declaratório e cautelar, indicando o interesse de preservação e impondo restrições que protegem os bens culturais até a adoção de medidas definitivas, conforme tendência jurisprudencial observada. Nesse sentido, conclui-se que as iniciativas legislativas de regulamentação do inventário devem respeitar todos os pressupostos do Estado Democrático de Direito, bem como os princípios e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: inventário; patrimônio cultural; tombamento; propriedade cultural; gestão do patrimônio cultural.

ABSTRACT: The inventory, enshrined in Article 216 of the 1988 Federal Constitution, is one of the oldest mechanisms for safeguarding Brazil's cultural heritage, and stands out for its importance in identifying and contextualizing the different tangible and intangible cultural assets. Although it lacks specific infra-constitutional regulations, the inventory plays an important role in imposing restrictive effects on property rights, which can lead to a lack of coordination in the process of understanding cultural property and its integration into communities. In Minas Gerais, Bill 1.698/2007 sought to regulate the inventory, facing challenges in defining its purposes and the resulting legal effects, mainly by distinguishing it from tombamento. This article is based on a qualitative methodological approach, with a descriptive analysis based on a reading of the heritage charters and bibliographical research on the history of the use of the inventory at IPHAN. Documentary research was carried out in the archival collection of IEPHA/MG on the implementation of the Inventory for the Protection of the Cultural Heritage of Minas Gerais - IPAC/MG. On the website of the Legislative Assembly of Minas Gerais, research was carried out into the bills being processed to regulate the protection instrument and, finally, on the website of the Court of Justice of Minas Gerais, a search was carried out for judgments on inventoried assets in order to analyze case law. In this study, we sought a synthesis of analysis that unfolds in the understanding of the inventory as an instrument of knowledge and management, which has a declaratory and

precautionary character, indicating the interest of preservation and imposing restrictions that protect cultural assets until the adoption of definitive measures, according to the observed jurisprudential trend. In this sense, it can be concluded that legislative initiatives to regulate the inventory must respect all the presuppositions of the Democratic State of Law, as well as the fundamental principles and guarantees.

KEYWORDS: inventory; cultural heritage; listing; cultural property; cultural heritage management.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O inventário do patrimônio cultural sob diferentes perspectivas. 3 Projetos de lei para regulamentação do inventário em Minas Gerais. 4 O inventário do Patrimônio Cultural enquanto instrumento restritivo de direitos. 5 Conclusão. Referências

1 Introdução

Das formas de acautelamento dispostas no artigo 216 da Constituição Federal de 1988, o inventário é o instrumento mais antigo, presente desde as primeiras ações realizadas pelas políticas de preservação brasileiras (Miranda, 2008; Motta e Rezende, 2016, p. 2). Apesar de longo, o instituto ainda não possui norma infraconstitucional federal ou estadual que regulamente seus procedimentos e efeitos jurídicos, diferentemente do tombamento, do registro ou da desapropriação. Os conflitos inerentes a todos os instrumentos de proteção tornam-se ainda mais complexos no contexto da patrimonialização dos bens culturais inventariados. Isso ocorre devido à contestação da apropriação para o inventário dos efeitos previstos para o tombamento, levantando questionamentos sobre sua eficácia jurídica, apesar de sua pertinência constitucional.

Enquanto política pública patrimonial, o inventário consiste em procedimentos técnicos e administrativos para coleta, sistematização e análise de informações, sendo respaldado por cartas patrimoniais internacionais como a Carta de Atenas de 1931 e a Declaração de Amsterdã de 1975, que recomendam sua utilização para subsidiar a gestão do patrimônio cultural. No Brasil, instituições como o IPHAN e o IEPHA/MG desenvolveram metodologias específicas de inventário para a identificação de bens imóveis, móveis, integrados, acervos arqueológicos e bens imateriais.

Este artigo é constituído por uma abordagem metodológica qualitativa, com análise descritiva realizada a partir da leitura das cartas patrimoniais e de pesquisa bibliográfica sobre a trajetória de utilização do inventário no IPHAN. No acervo arquivístico do IEPHA/MG, procedeu-se à pesquisa documental sobre a execução do Inventário de Proteção do Acervo Cultural de Minas Gerais – IPAC/MG, no site da Assembleia Legislativa de Minas Gerais sobre os projetos de lei tramitados para a regulamentação do instrumento de proteção, e, por fim, para análise de jurisprudência, pesquisa de acórdãos sobre bens inventariados no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Neste estudo, buscou-se uma síntese de análise que se desdobra na compreensão do inventário como instrumento de conhecimento e gestão utilizado pelos órgãos do poder executivo na execução de políticas públicas, mas também como instrumento de caráter declaratório e cautelar, indicando o interesse de preservação e impondo restrições que protegem os bens culturais até a adoção de medidas definitivas.

Sob uma dupla perspectiva, importa considerar que os procedimentos iniciais de conhecimento e identificação dos bens culturais presentes no inventário trazem elementos técnicos insuficientes para análise de diretrizes necessárias para garantir adequada intervenção ou salvaguarda dos bens culturais. Sem fim em si mesmo, constitui-se como um meio para a proteção, sendo forma instrumental do aparato técnico-administrativo do Estado, pelo qual as equipes técnicas cadastram os bens ou referências culturais e, a partir dele, devem indicar outras formas de proteção para serem aplicadas após a execução do inventário. E, tomado sob a forma contemporânea dos inventários culturais participativos, não somente os técnicos e especialistas, mas também, e principalmente, as comunidades e os

chamados grupos detentores passam a propor as medidas de proteção e indicações de salvaguarda.

Em que pesem as limitações postas, a identificação do interesse de preservação a que o inventário se propõe tem sustentado a proteção dos bens nas ações cautelares em caso de risco a bens imóveis, nos processos de licenciamento ambiental em caso de ações de mitigação de danos a grupos detentores de bens imateriais, nos processos de investigação e recuperação de bens sacros e obras de arte, tornando o inventário, portanto, como “garantia jurídica” de natureza fundamental.

Por outro lado, não se pode subestimar os impactos das possíveis restrições impostas pelo inventário durante os trabalhos de coleta de dados junto às comunidades detentoras e aos proprietários dos bens culturais em questão, pois ignorar tais efeitos pode comprometer tanto a eficácia quanto a legitimidade das ações de preservação e gestão patrimonial.

Tendo em vista a tendência jurisprudencial de considerar os efeitos restritivos do instrumento do inventário, importa ressaltar que os esforços legislativos para a regulamentação normativa do inventário devem respeitar todos os pressupostos do Estado Democrático de Direito, como o pluralismo, a inclusão, a participação social, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a vedação de retrocesso social, a função social da propriedade, entre outros princípios afins.

2 O inventário do patrimônio cultural sob diferentes perspectivas

Para entender o dilema que envolve a compreensão do inventário enquanto instrumento de proteção, importa abordá-lo a partir de uma dupla perspectiva: 1) das políticas públicas e 2) do Direito. No âmbito da implementação das políticas públicas patrimoniais, podemos definir o inventário como instrumento de identificação e gestão do patrimônio cultural, caracterizado por procedimentos técnicos e administrativos de coleta, sistematização e análise de informações sobre os bens culturais de interesse de preservação. Suas metodologias foram ampliadas ao longo dos anos de atuação dos órgãos estatais de proteção, de forma a se adequarem às dimensões materiais e imateriais do patrimônio, bem como ao princípio da participação social das comunidades, dispostos na Constituição de 1988, nas cartas patrimoniais e nas demais convenções e normativas deste campo de atuação.

Dito isso, ganham destaque as cartas patrimoniais que — segundo entendimento jurisprudencial no Brasil, constituem fonte material do Direito — consolidam conceitos e diretrizes, buscando orientar as práticas dos agentes públicos na preservação dos bens culturais. O inventário consta como recomendação em inúmeras cartas patrimoniais, sendo abordado pela primeira vez na Carta de Atenas, de 1931, resultante da Conferência Internacional de Atenas, organizada pela Sociedade das Nações. Neste documento, foi preconizado que os Estados criassem instituições competentes para o trabalho de publicação de um inventário dos monumentos históricos nacionais, acompanhado de fotografias e de informações, além de arquivos para reunião dos documentos relativos a seus monumentos históricos, ressaltando a importância da relação entre a produção de conhecimento e o acesso às informações para se alcançar os objetivos da preservação.

Outras cartas patrimoniais recomendaram e ressaltaram a necessidade de realização dos inventários em diferentes contextos e objetivos. A Convenção de Haia de 1954, ratificada pelo Brasil em 1958, no âmbito do acordo internacional para defesa do patrimônio cultural em caso de conflitos armados, estabelece o compromisso dos países elaborarem lista dos bens a serem preservados, com identificação e localização, resultando num grande inventário de bens de valor histórico de países de culturas muito diversas e em todos os continentes.

Em 1964, a Conferência Geral da Unesco elaborou a Recomendação de Paris com medidas para impedir a comercialização ilícita de bens culturais, preconizando o uso de inventários nacionais dos bens culturais, sem caráter restritivo (Cury, 2000, p. 100).

A Declaração de Amsterdã, de 1975, ressalta que o patrimônio é formado não somente por isoladas construções de valor excepcional e seus entornos, mas também pelos conjuntos, bairros e aldeias que apresentam interesse histórico ou cultural para seus habitantes (Cury, 2000, p. 200). Com essa premissa, recomenda a organização de inventários de conjuntos arquitetônicos e de sítios, para subsidiar a delimitação de zonas especiais de proteção e orientar a atuação da gestão dos espaços e do planejamento urbano, promovendo a articulação entre a prática dos restauradores e dos urbanistas.

A partir disso, o Conselho da Europa elaborou o Inventário de Proteção do Patrimônio Europeu para identificação dos conjuntos históricos, o que influenciou a realização de instrumentos similares no Brasil, como na Bahia e em Minas Gerais (Motta; Silva, 1998, p. 64).

Resultado do 1º Seminário Brasileiro para Preservação e Revitalização de Centros Históricos, a Carta de Petrópolis de 1987 considerou o inventário uma ferramenta essencial para o conhecimento do acervo cultural e natural. Este procedimento é fundamental na análise dos processos de preservação dos sítios históricos urbanos e deve ser realizado com a participação da comunidade para uma melhor compreensão dos valores atribuídos ao patrimônio.

Em 1990, no encontro internacional do ICOMOS na Suíça, foi elaborada a Carta de Lausanne, dedicada à proteção e gestão do patrimônio arqueológico, na qual os inventários são considerados fontes primárias de dados para pesquisa e estudo científico, cujo conhecimento “mesmo que superficial, pode fornecer um ponto de partida de proteção” (Cury, 2000, p. 307).

Em 2003, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco determinou a elaboração e atualização regular de inventários do patrimônio cultural imaterial, conforme o sistema de salvaguarda do patrimônio de cada país.

Por fim, em 2023, a Carta de Ouro Preto para a Legislação Brasileira do Patrimônio Cultural, resultante do Seminário Nacional de Direito do Patrimônio Cultural, recomendou em suas diretrizes instrumentais regulamentar o instituto do inventário de bens culturais. De algum modo, as diretrizes de todas as cartas patrimoniais conduziram o desenvolvimento das práticas e dos instrumentos de trabalho dos órgãos de preservação.

Na implementação das ações de preservação, ao longo da trajetória das políticas públicas brasileiras, os inventários sempre foram utilizados, antes mesmo da criação do instituto do tombamento. Em 1926, a primeira Inspeção Estadual de Monumentos Nacionais, criada em Minas Gerais com a atribuição de produzir

listagens e inventários dos monumentos, realizou trabalho pioneiro de identificação de bens imóveis em Ouro Preto (Rangel, 2010, p. 120). Alguns anos após o tombamento da cidade, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - SPHAN, atual Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, realizou o inventário de Ouro Preto, entre 1949 e 1950, para definir critérios de seleção de imóveis a serem restaurados com os recursos arrecadados na campanha de doações para a preservação do centro histórico (Motta; Rezende, 2016, p. 18). Segundo o Dicionário de Patrimônio Cultural do IPHAN, esse tipo de inventário pode ser classificado como um inventário de proteção, porque reuniu os dados necessários à tomada de decisões sobre a gestão de um bem tombado.

Nesse mesmo sentido, inúmeros inventários foram realizados para identificação dos acervos dos bens tombados com vistas ao planejamento de ações de preservação e salvaguarda. Na década de 1970, o Inventário Nacional de Bens Móveis e Integrados (INBMI), focado nos acervos das igrejas tombadas, tornou-se um importante instrumento de proteção da arte sacra brasileira. Esse inventário permitiu, anos depois, a coordenação de ações para impedir a evasão de obras de arte e a recuperação de bens desaparecidos.

Já na década de 1980, foi realizado o Inventário Nacional de Bens Imóveis em Sítios Urbanos Tombados (INBI-SU) com o objetivo de aprofundar o conhecimento sobre os conjuntos arquitetônicos tombados, visando sua melhor gestão e preservação. A cidade de Tiradentes, em Minas Gerais, foi a experiência piloto desse inventário.

Na década de 1990, foi implementado o INCA - Inventário Nacional de Coleções Arqueológicas e o CNSA - Cadastro Nacional de Sítios Arqueológicos, constituindo a base para a elaboração das mais de 17.500 fichas de identificação do patrimônio arqueológico, disponíveis atualmente no SGPA - Sistema de Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico.

A partir dos anos 2000, o INRC - Inventário Nacional de Referências Culturais foi implementado como um instrumento destinado a identificar, documentar e registrar sistematicamente os bens culturais que expressam a diversidade cultural brasileira. O objetivo é identificar os valores e significados atribuídos pelos grupos sociais às suas referências culturais, como patrimônio cultural. O INRC, inclusive, pode recomendar o aprofundamento de estudos com a finalidade de registro ou tombamento.

A experiência piloto desse inventário foi realizada na cidade do Serro, em Minas Gerais (Brasil, IPHAN, 2000, p. 7). A partir de 2010, o instrumento do INRC passou por adaptações, contribuindo para a formatação dos Inventários Participativos, entendidos como ferramentas pedagógicas para levantamento e seleção das referências culturais (Florencio, 2016, p. 5). Também em 2010, foi criado o INDL - Inventário da Diversidade Linguística, voltado ao "reconhecimento da diversidade linguística como patrimônio cultural, por meio da identificação, documentação e ações de apoio e fomento" (Brasil, IPHAN, s.d.). A língua inventariada recebe o título de "Referência Cultural Brasileira", sendo incluída nas ações de valorização que visem a sua preservação.

Todos esses inventários, à exceção do INRC, que é voltado à identificação de valores de referências culturais com possibilidade de serem protegidas pelo Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial (Decreto nº 3.551/2000), os demais se dedicam à pesquisa e produção de conhecimentos sobre bens já

protegidos, portanto, considerados pelo IPHAN como inventários de proteção (Motta; Rezende, 2016, p. 24).

Rodrigo Melo Franco Andrade (1987, p. 52) justificava a necessidade de inventários não somente para auxiliar a gestão dos bens tombados, mas para que pudessem subsidiar a seleção de novos tombamentos, estabelecendo a ideia de que era preciso “conhecer para preservar”. Essa premissa incentivou o desenvolvimento dos inventários também com a finalidade de produzir conhecimento sobre os bens passíveis de tombamento, os quais, na época, eram identificados por sua ligação a eventos memoráveis da história ou por critérios de excepcionalidade. Quando os órgãos estaduais de proteção são criados, a partir de 1970, num contexto de compartilhamento das responsabilidades políticas entre os entes federativos, as primeiras ações de proteção também se baseavam em critérios de monumentalidade, tal como praticado pelo IPHAN. No caso do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais - IEPHA/MG não foi diferente, contudo, pouco tempo depois da sua criação, o órgão elaborou as bases metodológicas e um planejamento para a realização do Inventário de Proteção do Acervo Cultural de Minas Gerais - IPAC/MG, a partir de 1984.

Um grande projeto financiado com recursos do governo federal, caracterizado como “uma operação permanente, dinâmica e sistemática, visando o registro de manifestações humanas, em suas diferentes criações espontâneas e formais, e de potencialidades naturais” (Brasil, IEPHA, 1985), que partia da perspectiva da monumentalidade, fundadora das ações de preservação, em direção a uma noção ainda incipiente de diversidade cultural, que não alcançava a dimensão imaterial da cultura.

A concepção do IPAC/MG foi justamente identificar e documentar o acervo de bens imóveis em variadas tipologias arquitetônicas, de bens móveis e integrados e do patrimônio arqueológico, prioritariamente das regiões ainda pouco documentadas. Com isso, permitiu a ampliação da identificação do patrimônio cultural no Estado para além da excepcionalidade, promovendo o reconhecimento de outras arquiteturas, de conjuntos urbanos de importância regional, de acervos de bens móveis e de sítios arqueológicos. Sua metodologia previa o fichamento dos bens, com registro das informações coletadas em pesquisas documentais e trabalho de campo, nas chamadas fichas de identificação ou fichas de inventário. Posteriormente, o conjunto das fichas preenchidas seriam reunidas para publicação de um catálogo do acervo de cada Município inventariado, promovendo, assim, a divulgação dos bens inventariados e a difusão do conhecimento produzido.

Interessa perceber que a identificação e a produção de conhecimento constituíam o ideário do IPAC/MG, inspirado nas premissas de Rodrigo Melo Franco Andrade, ou seja, de que o conhecimento do acervo de interesse de preservação é condição fundamental para a proteção do patrimônio cultural. Na publicação do IPAC nº 0, Rodrigo Andrade, presidente do IEPHA na época, inicia a apresentação afirmando que “o primeiro passo e a atitude mais objetiva para a preservação do nosso acervo cultural é o seu conhecimento” (IEPHA, 1985). Além disso, entre as finalidades do inventário, enfatizava a de viabilizar a proteção do patrimônio e de orientar a formulação das políticas públicas estaduais de conservação, restauração e difusão do patrimônio cultural, conforme o planejamento do Estado.

Entre 1985 e 1999, o IPAC/MG inventariou aproximadamente 40 Municípios, enfrentando inúmeras dificuldades logísticas e orçamentárias, interrupções por

cutte de investimentos e de pessoal. O relatório de atividades da Superintendência de Pesquisa, Tombamento e Documentação desse período assevera para a “necessidade imperiosa de liberação de recursos para o IPAC” e ressalta que o instrumento é “pré-requisito indispensável ao planejamento das ações na área de preservação do patrimônio cultural do Estado” (IEPHA, 1990):

Para o conhecimento efetivo da realidade cultural do Estado, é fundamental o levantamento real e sistemático dos bens considerados de interesse de preservação. Através do INVENTÁRIO DE PROTEÇÃO DO ACERVO CULTURAL DE MINAS GERAIS - IPAC/MG é possível conhecer esses mesmos bens e, conseqüentemente, criar diretrizes para protegê-los e valorizá-los, com o objetivo de orientar os organismos governamentais em seus planos e ações (Planos Diretores), como também, fornecer subsídios, estudos e pesquisas às instituições culturais, educativas e científicas. Tudo isso visa suprir a necessidade de se efetuar uma análise objetiva para o resgate da memória histórica e, em seguida, formular políticas próprias para a preservação, conservação, restauração e valorização. Dessa forma, busca-se responder a uma necessidade social contemporânea e a uma preocupação governamental atuante, comprometida com sua comunidade e seus valores mais prementes, sejam eles históricos, arquitetônicos, urbanísticos, artísticos, arqueológicos e espeleológicos. (IEPHA, 1990)

Em 2005, seus dados foram migrados para uma plataforma digital para cadastramento de um banco de dados e acesso ao público das fichas de identificação. Entretanto, o sistema eletrônico do IPAC Digital foi descontinuado em 2011, por problemas de suporte operacional e ausência de recursos financeiros para a manutenção da plataforma. A partir de 2012, com base na metodologia do IPAC/MG, os inventários realizados pelo IEPHA incorporaram a noção de referências culturais, definida como “o universo cultural que circunda indivíduos e grupos, e no qual eles se reconhecem, valorizam e, portanto, adquirem sentido” (IPHAN, 2000).

Além disso, foram adotados procedimentos e estratégias de inventários participativos para assegurar a participação das comunidades na execução do inventário. A primeira experiência foi do Inventário Cultural de Proteção do Rio São Francisco, em parceria com o Núcleo de História Regional da Universidade Estadual de Montes Claros - NUHICRE/UNIMONTES e apoio do Ministério Público, resultando no levantamento das referências culturais mais representativas das comunidades ribeirinhas de 17 Municípios lindeiros do Rio São Francisco, em Minas Gerais. Essa ação é suplementar ao inventário realizado pelo IPHAN, que contempla da nascente até a foz do “Velho Chico” (Canfora, 2012, p. 24). Conforme as recomendações do inventário estadual, foram protegidos pelo instrumento do registro as “Folias de Reis de Minas Gerais” e os “Saberes, Linguagens e expressões musicais da viola em Minas Gerais”.

As experiências do IPHAN e do IEPHA/MG destacam os inventários sob a perspectiva das Políticas Públicas, nas quais os órgãos estatais utilizam um aparato burocrático e teórico-metodológico para a identificação e produção de conhecimento sobre bens culturais protegidos ou de interesse de preservação. Além disso, essas experiências contribuem para o planejamento necessário à gestão do patrimônio cultural. Todos esses inventários constituem, assim, uma política de produção de conhecimento sobre o patrimônio cultural, seja visando a gestão dos bens protegidos ou a proteção dos bens a serem conhecidos e

acautelados. Sempre houve esforços para realizar o levantamento, a catalogação, a identificação e o estudo dos bens culturais. À medida que a noção do que constitui o patrimônio cultural se expandia, as metodologias e os procedimentos para a realização dos inventários também foram se adaptando.

Identificação e conhecimento, planejamento e gestão são as perspectivas que estruturam a compreensão e a prática do instrumento do inventário no âmbito das políticas públicas, uma vez que, além de permitir a identificação e o conhecimento do acervo cultural existente, o inventário se consolidou como uma das atividades fundamentais para a gestão do patrimônio cultural, nortecendo o planejamento das suas ações de preservação.

Portanto, o inventário é compreendido simultaneamente como um instrumento de identificação do patrimônio e de planejamento de políticas públicas para sua preservação e salvaguarda. Ele também contribui para a articulação com outras políticas transversais, como as de cultura, educação, desenvolvimento social, fomento ao turismo e planejamento e gestão do território urbano ou natural.

3 Projetos de lei para regulamentação do inventário em Minas Gerais

Desde 2007, tramita na Assembleia Legislativa de Minas Gerais proposições para a regulamentação estadual do instrumento do inventário. A primeira iniciativa foi da ex-deputada Gláucia Brandão, com o PL nº 1.698/2007, para regulamentar o regime jurídico dos bens materiais inventariados como patrimônio cultural no Estado de Minas Gerais. O texto definiu o inventário como instrumento de identificação visando a proteção somente dos bens culturais materiais, excluindo os bens de natureza imaterial, e apresentou restrições aos bens inventariados semelhantes às impostas aos bens tombados, como a necessidade de prévia análise e aprovação dos órgãos competentes para demolição ou descaracterização. Além dessa limitação, o artigo 5º determinava obrigações aos proprietários, tais como conservar o bem; franquear o acesso dos órgãos competentes, quando necessário; e adequar o uso do bem de modo a garantir sua conservação e promoção. Para o IEPHA, incidia o compromisso de manter registro atualizado e público de todos os bens culturais inventariados existentes no Estado.

Sobre a proposição, o IEPHA se manifestou por meio de nota técnica, enfatizando o inventário como ação administrativa do Poder Executivo, na qual a natureza de instrumento de conhecimento se desdobra em instrumento de gestão, na medida em que os procedimentos de identificação e cadastramento dos bens objetivam indicar ou dar subsídios para a adoção de outros instrumentos de proteção, como por exemplo a execução da política urbana, a elaboração dos planos diretores e normas de parcelamento e ocupação do solo, o tombamento, o registro, as ações de difusão e de educação patrimonial. Assim, enquanto instrumento de identificação e gestão, torna-se, portanto, instrumento de preservação e de acautelamento, visto que toda medida de proteção, intervenção e valorização do patrimônio cultural depende do conhecimento prévio dos acervos existentes.

Ressalta que os critérios de seleção e de identificação de bens culturais a serem inventariados obedecem aos fins administrativos e de planejamento da ação estatal, diferindo dos que são adotados para os tombamentos em conformidade ao Decreto-Lei Federal nº 25/1937. A nota conclui no sentido de que é inadequado impor aos proprietários de bens culturais inventariados as mesmas obrigações e restrições que são próprias do tombamento, pois, sendo tais procedimentos necessários, a medida de proteção a ser adotada pelo Poder Público seria o próprio tombamento e não apenas o inventário. Entende, por fim, desnecessária a normatização infraconstitucional do inventário, tendo em vista os fins administrativos de identificação e de planejamento a que se propõe respaldados nas práticas governamentais adotadas no Estado de Minas Gerais e na própria Constituição Brasileira. O PL nº 1.698/2007 foi arquivado no fim da legislatura.

No ano seguinte, em 2008, o IEPHA publicou a Portaria IEPHA nº 29/2008, que disciplinou os procedimentos para execução do IPAC/MG, reafirmando o inventário no contexto das medidas administrativas do órgão estatal, caracterizado como atividade sistemática e permanente de pesquisa, identificação e documentação, a ser realizada conforme o planejamento institucional, visando ao cadastramento de bens culturais.

Em 2011, por requerimento do ex-deputado Arlen Santiago, o PL nº 1.698/2007 foi desarquivado, o qual recebeu o número de PL nº 939/2011, sendo anexado ao PL nº 93/2011 do ex-deputado Sargento Rodrigues, por semelhança da matéria. O texto desta proposição amplia a proteção do inventário de bens materiais para bens culturais e naturais, buscando incluir nesta expressão os bens de natureza imaterial. Aos proprietários, exclui as restrições negativas de não demolir, descaracterizar ou alterar sem prévia autorização, mas mantém as restrições positivas de conservar o bem, adequar seu uso para garantir a conservação e facilitar acesso do Poder Público. Mantém para os órgãos competentes obrigação de disponibilizar acesso ao cadastro atualizado e público dos bens inventariados no Estado e dispõe sobre finalidades voltadas à gestão dos bens, visando orientar ações de preservação, divulgação e educação patrimonial.

O PL nº 93/2011 recebeu manifestação técnica do IEPHA enfatizando a necessidade de esclarecer, delimitar e explicitar os objetivos técnicos e os efeitos jurídicos desejáveis do inventário, valorizando-o como medida de cautela, de vigilância e de planejamento. Reiterou o inventário como instrumento de gestão, sem fim em si mesmo, a ser utilizado no planejamento, instrução e aplicação de todos os outros instrumentos de preservação, como ações de ordenamento do solo na política urbana; desapropriação; servidão administrativa; tombamento; instituição de unidades de conservação; instituição de zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; concessão de uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; referendo popular e plebiscito; estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). O PL nº 93/2011 também foi arquivado ao final da legislatura.

Em 2015, novamente, foi desarquivado, recebendo o número PL nº 942/2015. A ele foi anexado o PL nº 2.614/2015 (ex- PL 939/2011). A proposição

do PL nº 942/2015 recebeu um substitutivo nº 01 que exclui qualquer limitação imposta aos proprietários, mantendo-se apenas algumas finalidades do inventário e obrigação dos órgãos competentes manter cadastro atualizado e público de todos os bens inventariados no Estado. O texto foi encaminhado ao IEPHA em 2023, que se manifestou mais uma vez no sentido de reforçar o entendimento sobre a eficácia do inventário para o acautelamento dos bens culturais enquanto instrumento administrativo de identificação e gestão, recomendando que a proposição trate dos efeitos decorrentes da inventariação de um bem cultural, atentando-se para que não haja sobreposição de instrumentos distintos, com atribuição ao inventário dos mesmos efeitos do tombamento. Além disso, apontou para que a regulamentação do inventário seja feita por meio de lei que disponha sobre a organização da política cultural do Estado e que a metodologia do inventário seja estabelecida em Portaria do órgão competente.

De modo que, as proposições que tramitaram no legislativo mineiro se alteraram no tempo para excluir os efeitos e procedimentos do tombamento que estavam sendo atribuídos também ao inventário, dispondo exatamente sobre suas finalidades de identificação do interesse social de preservação de determinados bens culturais e da gestão por parte do poder público com a indicação para outras medidas de proteção a serem adotadas posteriormente, conforme as características de cada bem cultural e da manutenção e acesso dos dados atualizados dos bens inventariados.

No âmbito das políticas públicas do patrimônio cultural realizadas pelos órgãos de proteção, o inventário é aplicado e melhor compreendido como sendo ato administrativo de natureza declaratória da indicação do interesse de preservação com efeito de proteção cautelar (Canfora, 2012, p. 33). As informações das fichas de inventário são relativas à localização e descrição sucinta de bens culturais possuidores de elementos identitários e de valores a eles atribuídos que indicam um relevante interesse público para sua preservação, de modo que o conhecimento produzido pelo inventário não traz diretrizes técnicas ou planos de salvaguarda consolidados para orientar a adequada intervenção e acompanhamento dos bens culturais, como é elaborado para os dossiês de tombamento ou de registro.

Dessa forma, inexistente no inventário um fim em si mesmo que o constitua como definidor de restrições específicas ou de parâmetros técnicos e diretrizes de ações que orientem a conservação e salvaguarda dos bens. Constitui-se mesmo como um meio, a forma instrumental do aparato técnico-administrativo do Estado, pelo qual as equipes técnicas devem indicar outras formas de proteção para serem aplicadas após a execução do inventário. E, tomado sob a forma contemporânea dos inventários culturais participativos, não somente os técnicos e especialistas, mas também, e principalmente, as comunidades e os chamados grupos detentores passam a propor as medidas de proteção e indicações de salvaguarda.

Em paralelo, para o campo do Direito e a atuação de seus operadores, até que outras formas de acautelamento indicadas sejam adotadas, qualquer ameaça pode ser evitada por medida cautelar solicitada por qualquer cidadão. Nesse sentido, torna-se um instrumento com parcial efeito restritivo, numa garantia jurídica temporária, até que atos protetivos posteriores sejam adotados por parte do Poder Executivo, que avaliará a pertinência da proteção proposta e a motivação que justifique a tutela do bem inventariado (Canfora, 2012, p. 33).

4 O inventário do patrimônio cultural enquanto instrumento restritivo de direitos

O presente tópico tem como título aquilo que vários patrimonialistas, justamente, têm resistência¹ em reconhecer enquanto forma de melhor compreensão ou tratamento do inventário do patrimônio cultural, ou seja, um instrumento apto a produzir efeitos restritivos em relação à propriedade, especialmente, de edificações e áreas consideradas de relevante valor cultural. Todavia, assim nominou-se o tópico não por acaso e nas linhas que se seguem tentar-se-á mostrar que o inventário também pode ser tratado como uma importante garantia jurídica, definidora sim de condutas ativas e omissivas, em prol das referências culturais de uma comunidade.

Para iniciar essa discussão sobre os efeitos do inventário, desde já assume-se a premissa de o considerar uma “garantia jurídica”, de natureza fundamental inclusive (sobre a natureza de garantia fundamental do inventário, tratar-se-á adiante). O inventário não constitui um valor em si mesmo, o bem jurídico em causa é o patrimônio cultural (seu acesso, fruição e criação) e o inventário representa apenas uma ferramenta de garantia em seu favor. Essa sua característica assecuratória é absolutamente relevante para se compreender adequadamente o inventário a partir do viés do Direito. As garantias jurídicas, de modo geral, visam assegurar, resguardar, proteger, viabilizar o exercício de um direito material. Trata-se de um “instrumental jurídico” que sempre estará vinculado a uma pretensão subjetiva, todavia, isso não diminui sua importância ou força normativa. As garantias, enquanto tal, por estarem previstas em normas jurídicas, não implicam em mera recomendação ou em uma faculdade do agente de as cumprir ou não. Não existe norma jurídica que não seja coercitivamente exigível e independente de se tratar de um direito material (por exemplo, o direito ao patrimônio cultural) ou de uma garantia (no caso, a inventariação dos bens culturais), o não atendimento à sua realização ou exercício, estará sempre sujeito às sanções jurídicas.

O Professor José Alfredo de Oliveira Baracho (1991, p. 278-279) chama a atenção de que as garantias “propõem conferir aos direitos garantidos a força que lhe é própria”. O Professor mineiro exemplifica, citando o caso da França, onde já na sua Constituição de 1791 restava claro que o Poder Legislativo não poderá elaborar qualquer lei que atente ou obstaculize o exercício dos direitos naturais e civis consignados no título das garantias constitucionais.

No Brasil, quem estabelece o inventário como uma garantia jurídica é a própria Constituição da República de 1988, no seu artigo 216, § 1º, quando prescreve que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

¹ Essa resistência não significa uma negativa categórica de que o Inventário não possa ter nenhum efeito jurídico restritivo à propriedade, e sim, uma preocupação em tratar esse instrumento, primordialmente, a partir do seu aspecto “protetivo”. Sobre esse ponto, *vide* a Nota Técnica nº 003/2016 da Diretoria de Proteção do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. Todavia, há na doutrina quem assuma postura mais incisiva, afirmando ser “uma incoerência atrelar ao inventário o efeito de restrição da propriedade” (Campos, 2013).

A locução “meio” adotada pelo legislador constituinte no *caput* do artigo 216, foi muito feliz ao enfatizar que o inventário é um “meio” e não um “fim”, o que evidencia, como dito, a sua natureza garantística. E aproveitando a semântica do dispositivo constitucional, uma outra expressão se mostra relevante para enfatizar o inventário do patrimônio cultural como um instrumento de efeitos restritivos sobre a propriedade: a locução “proteção”. E aqui é preciso levantar uma reflexão, justamente sobre a possibilidade, ou não, limitativa do inventário.

O Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora, Marcos Olender (2010), ao se debruçar sobre a experiência francesa de tratamento jurídico dispensado ao inventário, destaca que, no Brasil, a exemplo do país francófono, deveria haver uma adjetificação do instituto para sua melhor compreensão. O autor mineiro sugere que, por aqui, poderia haver dois predicados distintos, sendo: o “inventário de conhecimento ou inventário de proteção” e o “inventário para preservação”. Repara-se que, conforme sugestão deste autor — e ele não é o único —, o vocábulo “proteger” equivale a “conhecer” e aqui talvez esteja o ponto chave de embate entre os que consideram que o inventário implica em efeitos restritivos sobre a propriedade e aqueles que se opõem a essa possibilidade, tratando-o exclusivamente como uma ferramenta de “conhecimento”, tal como trabalhado no tópico anterior. Afinal, “proteger” implica apenas em estudar, investigar, contextualizar e registrar a existência? Ou “proteger” significa estabelecer parâmetros de conduta e limitações de ação e omissão para os proprietários e demais interessados que convivem com um bem cultural? Não havendo, no Brasil, a predicação sugerida por Olender, o inventário “protege” ou não “protege”? Restringe ou não restringe? E de que forma?

Remetendo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro, repare-se como este aborda a questão: o Decreto-Lei nº 25, de 1937, já em sua ementa, trata da “proteção” do patrimônio cultural do país, e o faz elencando diversas medidas restritivas, em um claro esforço de considerar a propriedade dos bens culturais, ainda que privada, sujeita ao melhor interesse da coletividade. Já a Lei nº 3.924, de 1961 (que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos), dispõe que somente será possível o aproveitamento econômico de jazidas arqueológicas, quando for possível que uma parte significativa destas sejam devidamente “protegidas”, ou seja, submetidas a regime diferenciado quanto à sua destinação coletiva. Por fim, um último exemplo do emprego da expressão “proteção” no ordenamento pátrio, e que inequivocamente implica em efeitos restritivos, está na Lei nº 9.605, de 1998, que estabelece em seu artigo 62 que: destruir, inutilizar ou deteriorar bem especialmente *protegido* por lei, ato administrativo ou decisão judicial, implicará pena de reclusão, de um a três anos, e multa.

Enfim, diante daquilo que, sistematicamente, está estabelecido na legislação brasileira, não se pode esperar nada de diferente dos operadores do Direito quando enxergam na expressão “proteção” a vinculação a condutas ativas e omissivas diretamente voltadas para a salvaguarda dos bens culturais, sejam eles tombados, inventariados, chancelados, valorados ou por qualquer outro meio colacionados como patrimônio cultural. A ordem jurídica patrimonial brasileira não equivale o dever de proteção à mera possibilidade de estudar e pesquisar o bem cultural em causa. E é nesse sentido que Magistrados e membros do Ministério Público já se posicionaram publicamente durante a elaboração da III Carta de Princípios da Magistratura e do Ministério Público para o Meio Ambiente (3ª Carta de Araxá), aprovada em 9 de agosto de 2019, ao se referirem sobre a “proteção” constitucional estabelecida por meio do inventário ou demais instrumentos:

[...] conclui-se pelos ensinamentos dos estudiosos do tema e jurisprudência, que a ausência de regramento infraconstitucional não esvazia a proteção constitucional do direito fundamental à proteção do patrimônio histórico e cultural dada por meio do inventário, tampouco dos demais instrumentos, sendo que pela norma constitucional se depreende os deveres de conservação do bem de valor cultural, e com eles a obrigação dos bens inventariados não poderem ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados sem prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo.

Não obstante os inequívocos efeitos restritivos próprios do inventário, decorrentes de sua subsunção legal aos casos práticos envolvendo bens culturais classificados enquanto tal, é possível encontrar, de modo esparso, alguns esforços normativos que buscam esclarecer melhor outras possibilidades de manejo do inventário. É o caso do recente Código Estadual de Patrimônio Cultural do Ceará, Lei nº 18.232/2022. Esta Lei traz a regulamentação do inventário distinguindo-o em três espécies: a) o “inventário de conhecimento”, voltado para a identificação do patrimônio cultural; b) o “inventário com efeitos restritivos”, visando a proteção do bem cultural imóvel por meio de limitações administrativas leves ou moderadas; e o c) inventário participativo, enquanto ferramenta de educação patrimonial.

A legislação cearense inova e traz interessantes contribuições para a compreensão do inventário, destacando, entre outros aspectos, a possibilidade do inventário de conhecimento poder ser instalado de ofício pela Secretaria de Estado da Cultura, afinal não há implicações a direitos dos proprietários e demais interessados; a determinação de que não há fixação de área de entorno para os imóveis sujeitos ao inventário com efeitos restritivos e também prevendo a possibilidade de restrições parciais ou totais para esses imóveis, conforme regulamentação ainda a ser editada.

Outro exemplo de regulamentação e possibilidades de manejo do inventário do patrimônio cultural é a Lei nº 12.585 - Lei do Inventário de Bens Imóveis -, de 9 de Agosto de 2019, do Município de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. Diferentemente da legislação cearense, aqui não há distinção entre um “inventário de conhecimento” e um “inventário de restrição”. A norma do município gaúcho trata apenas do inventário enquanto forma de “identificar os bens imóveis com interesse de preservação”, visando estabelecer medidas administrativas limitativas ao livre manejo de tais bens. Sendo assim, no caso do município de Porto Alegre, o inventário, explicitamente, é tratado unicamente como instrumento com efeitos restritivos sobre a propriedade de bens culturais. E aqui, cabe um destaque para uma recente alteração desta norma, em 2022, e que alterou o inciso II do seu artigo 3º. De acordo com a norma sulista, as edificações afetas ao inventário podem ser classificadas em “imóveis de estruturação” e “imóveis de compatibilização”, sendo aqueles as edificações inventariadas propriamente ditas e estes as edificações que, apesar de não serem inventariadas, expressam relação significativa com as de estruturação e seu entorno.

Conforme o texto original, de 2019, a “edificação de compatibilização” é aquela que expressa relação significativa com a de “estruturação” e seu entorno, cuja volumetria e outros elementos de composição requerem tratamento especial, podendo ser até demolida, desde que a nova edificação qualifique a intervenção requerida. Repare-se que, mesmo no caso de um imóvel não ser propriamente inventariado, existia um cuidado com a ambiência dos “imóveis de estruturação”.

Havia, até então, um mínimo de preocupação com a qualificação da área onde estaria situado os imóveis inventariados (imóveis de estruturação), todavia, como dito, tal legislação municipal foi alterada em 2022 (Lei nº 13.288/2022) estabelecendo que a classificação em “imóveis de compatibilização” não implicaria mais “em qualquer gravame ou ônus administrativo sobre a propriedade urbana”, o que em nosso entender, significou em um “retrocesso cultural”, vedado inclusive, constitucionalmente.

Para além das experiências legislativas encontradas no país sobre a matéria, ainda bastante pontuais, o entendimento que já se consolidou nas Cortes Superiores brasileiras, notadamente no Superior Tribunal de Justiça, é que o inventário do patrimônio cultural, enquanto instrumento jurídico de proteção, implica em medidas restritivas à propriedade e pode ensejar, inclusive, a responsabilidade penal daqueles que praticam condutas danosas à sua conservação. Independentemente de qualquer norma regulamentadora do inventário, o mandamento constitucional que o consagra como meio de proteção do patrimônio cultural é tido como norma constitucional de eficácia plena. Esse entendimento é claramente extraído, por exemplo, do julgado de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em decisão proferida em sede de Recurso Especial:

Nada a acrescentar ou retificar na análise que o Tribunal de origem fez do regime jurídico do patrimônio cultural. O tombamento constitui apenas um entre vários institutos de proteção de bens de valor histórico e artístico, sendo um deles o inventário, que, isoladamente, já assegura proteção legal. Uma vez inventariado, o bem deve ser salvaguardado pelo Estado, pelo proprietário e pela sociedade em geral. Por outro lado, a notificação, que deflagra o tombamento provisório, impõe ao proprietário dever de abstenção absoluta de realizar qualquer intervenção no bem sem expressa, inequívoca e válida autorização da autoridade competente.

(STJ. Recurso Especial 1.547.058/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 06/12/2016, DJe 26/08/2020)

Não obstante a tendência de uniformização da jurisprudência do país, no sentido de considerar o inventário como instrumento jurídico de proteção com efeitos restritivos sobre a propriedade, ainda persistem situações onde o Judiciário desconhece a força normativa deste instrumento, e não, exatamente, por o classificar como uma ferramenta de política pública voltada, exclusivamente, para a compreensão e contextualização do patrimônio cultural, mas por padecer de regulamentação infraconstitucional que melhor caracterize seus efeitos. Seria o caso de Mandado de Injunção?²

Abaixo, segue uma curiosa situação de dois imóveis com relevante valor cultural, localizados em uma mesma rua, a poucos metros de distância um do outro, na cidade de Patrocínio, Minas Gerais. Estes dois imóveis foram objeto de duas ações civis públicas distintas, ajuizadas pelo Ministério Público mineiro em momentos diferentes, todavia com fundamentos muito semelhantes, onde o

² Não trataremos dessa questão neste trabalho, mas certamente que a pergunta merece a adequada reflexão em oportunidades outras destes autores ou mesmo daqueles que se sentirem interessados em pesquisar a matéria. Apenas a título de curiosidade, em matéria de patrimônio cultural, o STF já se manifestou, em sede de Mandado de Injunção, no MI 6.627/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a despeito da falta de regulamentação do Sistema Nacional de Patrimônio Cultural. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a falta de regulamentação do SNPC não era obstáculo para a implementação das políticas próprias do Conselho Nacional de Política Cultural.

parquet estadual requer a responsabilização do município pela autorização indevida de demolição dos respectivos imóveis, considerando que ambos eram formalmente reconhecidos como bens culturais inventariados pelo município de Patrocínio. Ambas as ações foram propostas no ano de 2018 e coincidentemente as respectivas decisões de 2ª Instância, para os dois processos, foram publicadas praticamente juntas, ocorre que, por Câmaras distintas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

No primeiro caso, como dito, tem-se uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais em 2018, contra o município de Patrocínio, por ter autorizado a demolição de um imóvel localizado na Rua Governador Valadares, 228, Centro e que estava inscrito, desde o ano de 2008, no Acervo de Bens Culturais Inventariados da cidade. Apesar da extensão do caso em comento, para o se pretende neste artigo, interessa tão somente destacar um pequeno trecho do acórdão, de relatoria do Desembargador Oliveira Firmo, publicado em 27 de novembro de 2023, que julgou improcedente o pedido do Ministério Público, que buscava a reparação do dano pela efetiva demolição do bem cultural. Entre outros fundamentos, o acórdão acompanha a decisão de primeira instância que estabelece o seguinte:

Trata-se de imóvel que não foi tombado, de modo que não se submete às limitações ou às restrições administrativas que visam preservar o bem tombado, uma vez que não está protegido por lei que restringe as intervenções em imóveis tombados. O imóvel foi apenas objeto de procedimento administrativo de inventário. Inexiste nos autos comprovação da inscrição do tombamento do imóvel inventariado no respectivo Livro de Tombo. Embora se admita a importância cultural do imóvel em questão, conforme reconhecido pelo próprio Município, o que se afere é que, embora inventariado, o imóvel localizado à Rua Governador Valadares 228, centro, Patrocínio/MG, sequer estava em processo de tombamento, de modo que não está restrito à realização de obra, demolição, construção, inexistindo o dever de proteção, por parte do ente público municipal, da conservação do imóvel. Desse modo, não recai sobre o Município de Patrocínio o poder-dever de proteção à conservação do imóvel em questão, uma vez que, reitera-se, trata-se de imóvel não tombado. (TJ/MG. Ação Civil Pública 1.0000.23.096601-2/001, Relator Desembargador Oliveira Firmo, DJ 27/11/2023)

Já no segundo caso, a ação civil pública também foi proposta em 2018, contra o município de Patrocínio e também buscava a responsabilização do ente público pela autorização indevida de demolição do imóvel localizado na Rua Governador Valadares, 272, Centro, que estava inscrito desde o ano de 2001, no Acervo de Bens Culturais Inventariados da cidade. Diferentemente do caso anterior, que foi julgado pela 7ª Câmara Cível - Direito Público, o recurso a esta ação foi apreciado pela 6ª Câmara Cível - Direito Público do TJMG, todavia, com uma fundamentação e uma decisão totalmente distinta do caso anterior. Aqui, o Acórdão, de relatoria do Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, foi pela condenação do município de Patrocínio e entre os fundamentos apontados, interessa aqui o posicionamento da Câmara a respeito dos efeitos jurídicos do inventário:

O inventário é instrumento de preservação do patrimônio cultural, incumbindo ao Poder Público a sua proteção. Comprovada a demolição de edificação inventariada mediante licença concedida pelo Município Patrocínio sem motivação e prévia consulta ao Conselho Deliberativo Municipal do Patrimônio

Cultural, atentando contra a memória e a identidade dos munícipes, forçoso concluir pela condenação do réu à compensação pelos danos morais experimentados diante da lesão irreparável de bem de valor cultural.

(TJ/MG. Ação Civil Pública 1.0000.23.198452-7/001. Relator Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, DJ 23/11/2023)

Desse modo, resta claro que, ainda que haja uma tendência jurisprudencial em considerar o inventário como um instrumento jurídico de efeitos restritivos, isso não significa que tais efeitos prescindam de uma adequada regulamentação da matéria, haja vista que, por implicar restrições à propriedade, enquanto bem jurídico de natureza fundamental, sempre será preciso assegurar as garantias materiais e processuais que repercutem sobre o direito do titular de direitos reais impactados pelo patrimônio cultural. Ainda assim, os Enunciados do Conselho da Justiça Federal em matéria de patrimônio cultural, publicados em setembro de 2023, por iniciativa do Superior Tribunal de Justiça, confirmam tal tendência ao estabelecer que tanto o inventário como os demais instrumentos administrativos de proteção ao patrimônio cultural são mecanismos de tutela dos bens culturais. Preconiza o Enunciado 15:

ENUNCIADO 15. O tombamento é apenas um dos instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural, tal como preconiza o art. 216, § 1º, da Constituição da República. São igualmente tuteláveis os bens registrados, inventariados, chancelados, valorados, acautelados por outros instrumentos administrativos, protegidos *ex vi legis* ou, ainda, aqueles em que – por meio de lei de efeito concreto, de decisão judicial ou de outro meio – se evidencie a sua relevância, tudo em observância ao princípio da não taxatividade dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural. (Brasil, CJF, 2023)

Para aqueles que defendem, legitimamente, que o inventário precisa ser considerado e tratado, especialmente, como uma ferramenta de política pública para conhecimento e promoção dos bens culturais, o maior receio em assumir os efeitos restritivos do instituto está no eventual prejuízo que essa característica restritiva pode causar nos estudos e na legitimidade das pesquisas que precisam, inevitavelmente, dialogar de modo espontâneo e genuíno sobre aspectos de afetividade, pluralidade e inclusão entre a comunidade e suas referências culturais. E talvez seja por isso mesmo que a Nota Técnica DPR nº 003/2016 da Diretoria de Promoção do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG) estabelece que, no procedimento de inventário, não é obrigatória a notificação formal do proprietário, sendo que o inventário se constitui primeiramente como:

[...] um instrumento de conhecimento para proteção dos bens culturais, uma operação permanente e sistemática de identificação, análise, conhecimento e monitoramento das áreas inventariadas. Constitui-se como um registro de informações de grande importância com vistas a conhecer e preservar a memória e identidade da comunidade. O inventário auxilia na pesquisa, planejamento, proposição e efetivação de ações de preservação e valorização cultural pelas equipes técnicas dos setores federais, estaduais e municipais responsáveis pelo patrimônio cultural. (Brasil, IEPHA/MG, 2016).

A referida nota técnica destaca ainda que, embora a notificação do proprietário não seja necessária, é importante que o inventário seja realizado de modo público “dando ciência aos proprietários e à coletividade do interesse de

preservação e ampliando as possibilidades de preservação e de valorização dos bens”.

Segundo o proposto no presente trabalho, dizer que o inventário do patrimônio cultural, em termos jurídicos, implica em efeitos restritivos sobre a propriedade não precisa anular a sua percepção enquanto política pública fundamental para identificar e contextualizar os bens culturais de uma comunidade. A referida Nota Técnica do IEPHA-MG destaca que o objetivo principal do inventário é a busca de “conhecimento de uma região, manifestação cultural, edificação ou objeto que se apresentam como de interesse cultural em determinados âmbitos, definindo uma metodologia de estudo e *indicando os demais instrumentos necessários para a proteção*” (grifos nossos).

É neste ponto que se concorda totalmente com o posicionamento de que o inventário é passível de se compatibilizar com os demais instrumentos de proteção, primeiro porque, ainda que não haja sua regulamentação legal, ele já reconhece, de forma autônoma, enquanto ato administrativo de natureza declaratória, o valor cultural do bem em causa; e segundo porque a mesma espontaneidade e empatia que se espera seja alcançada com os estudos de identificação dos bens culturais, pode ser alcançada, quando são apresentadas para a comunidade, de modo transparente e dialógico, as diferentes possibilidades de proteção complementar dos bens e manifestações culturais.

Assim, as pesquisas de identificação não precisam priorizar os aspectos restritivos, mas também não podem ignorá-los ou ocultá-los, já que para se alcançar o *status* de patrimônio cultural, e gozar de proteção jurídica constitucional, não seria preciso, sequer, que o Poder Público o reconhecesse como tal, bastando que exista, fatidicamente, o potencial de referencialidade identitária próprio de todos os bens culturais (Paiva, 2022). Resumindo: as obrigações positivas e negativas, tidas como efeitos restritivos, existem independentemente do inventário, não fazendo sentido dizer que a sua realização não geraria tais responsabilidades e limites³.

É importante destacar que o inventário não é o mesmo que o tombamento, e deve-se concordar que ele não pode ser tratado ou apresentado como tal. Por outro lado, como meio de proteção previsto constitucionalmente, o inventário constitui um predicado que qualifica o sujeito: “patrimônio inventariado”. Isso, por si só, é um ato jurídico relevante para o Direito e não pode ser negligenciado, seja: para garantir proteção do bem cultural em causa, seja para respeitar todos os pressupostos do Estado Democrático de Direito, como o pluralismo, a inclusão, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a vedação de retrocesso social, a função social da propriedade, entre outros princípios afins.

Até agora se falou que o inventário gera restrições sobre a propriedade, mas afinal, diante de todos os pontos trazidos nesse trabalho, quais seriam elas? Sem a regulamentação legal do instituto, é difícil pormenorizar isso, ainda assim, quatro consequências jurídicas se apresentam como inevitáveis: 1) a necessidade de prévia manifestação do órgão responsável pelo inventário antes da realização de

³ Esse entendimento também é compartilhado pela equipe técnica responsável pelos estudos, no âmbito do CNMP, de valoração econômica de danos ao patrimônio cultural, segundo a qual a responsabilidade do agente causador de dano ao patrimônio cultural decorre não apenas das lesões a bens tombados ou inventariados, mas também daquelas praticadas contra bens culturais “meramente” passíveis de proteção. (Brasil, CNMP, 2021, p. 134).

obras que impliquem em descaracterização ou demolição do bem inventariado, a fim de se avaliar a indicação para outra forma de acautelamento prevista; 2) a necessidade de motivação da decisão que autoriza a descaracterização ou demolição — sujeita, inclusive, ao controle do mérito do ato administrativo⁴ —, de modo justificado e sustentado nas referências culturais em causa; 3) A necessidade de, qualquer que seja a intervenção pretendida, seja assegurada a preservação do bem cultural inventariado por meio de proposta que dialogue e respeite os seus elementos e atributos culturais; e 4) a necessidade de notificação dos interessados sobre o inventário produzido, haja vista que, se o mesmo gera obrigações, isso deve se dar à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal.

Por fim, o Enunciado 19 da I Jornada de Direito do Patrimônio Cultural do Conselho da Justiça Federal enfatiza que todos os instrumentos de proteção que declaram a relevância cultural dos bens, definindo obrigações positivas e negativas para garantir a preservação e salvaguarda do patrimônio cultural, o fazem sustentados nos princípios estruturantes da tutela do patrimônio cultural, como o da função social da propriedade e o da fruição coletiva.

ENUNCIADO 19. Tanto o tombamento como os demais instrumentos que declaram a relevância cultural de bem material, estatuinto obrigações de fazer, não fazer e suportar, originam-se, como pressupostos intrínsecos, dos princípios da função memorativa e da função ecossocial da propriedade. Não implicam, como regra, indenização aos proprietários ou possuidores de bens materiais de relevante valor cultural. (Brasil, CJP, 2023)

Seja para garantir sua proteção, seja para viabilizar os estudos de identificação e contextualização dos bens culturais, todas as ações que envolvem o inventário, sempre devem se pautar em princípios fundamentais consolidados ao longo de quase um século de normatização da matéria e que se estruturam em torno do pluralismo, da função social da propriedade cultural, da inclusão, da justiça restaurativa, do devido processo legal, da vedação de salvaguarda deficiente, do *in dubio pro* patrimônio público, da proibição do retrocesso cultural e/ou ambiental, da prevenção de dano, da precaução, da responsabilização *in integrum*, da solidariedade intergeracional, da participação pública, da fruição coletiva e do respeito à ancestralidade e à diversidade.

5 Conclusão

A partir das diferentes perspectivas, políticas públicas e Direito, a reflexão construída neste artigo posiciona o inventário como uma garantia jurídica da preservação do patrimônio cultural, ao mesmo tempo que ressalta a importância do processo de construção coletiva de identificação e contextualização das principais referências culturais de uma comunidade.

Desse modo, é possível compreendê-lo como um instrumento de conhecimento que enseja uma proteção cautelar, constituído a partir de um ato

⁴ Inequivocamente admitido, conforme esclarece o Professor Edmur Ferreira de Faria (2016).

administrativo declaratório, próprio do aparato técnico e burocrático dos órgãos de proteção, em suas três esferas federadas de atuação.

Não tendo fim em si mesmo, o inventário é instituído pela Constituição da República como um meio de proteção, com vistas a garantir a preservação e salvaguarda dos bens materiais e imateriais de relevante valor cultural.

Tal proteção cautelar se sustenta pelo princípio da precaução, especialmente quando se trata de bens sob a iminência de perda de seu suporte físico ou dos valores e significados neles expressos (Paiva, 2022, p. 189). Nesses casos, resta clara a tendência jurisprudencial de considerar os efeitos restritivos do instrumento do inventário.

A Carta de Ouro Preto para a Legislação Brasileira do Patrimônio Cultural, de 2023 enfatiza a existência de lacuna legislativa relativa ao instrumento do inventário e preconiza em sua Diretriz nº 7 a sua regulamentação, uma vez que, a par da garantia de proteção dos bens inventariados, é preciso assegurar também a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando se tratar de restrições à propriedade.

Referências

ANDRADE, Rodrigo Melo Franco de. *Rodrigo e o SPHAN: coletânea de textos sobre patrimônio cultural*. Brasil: Ministério da Cultura, Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, Fundação Nacional Pró-Memória, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais (parte geral) direitos invioláveis; teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio de enumeração. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, 1991.

BRASIL. Ceará. *Lei Estadual nº 18.232*, de 6 de novembro de 2022. Diário Oficial do Estado do Ceará. Atos do Poder Executivo. Série 3. Ano XIV. nº 222. Caderno 1/2. Fortaleza, 07 de novembro de 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito do Patrimônio Cultural e Natural*. Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2023. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/direito-do-patrimonio-cultural-e-natural/?_authenticator=ecdd75147a8b663d9c8abc5ac549d93eed8e44e8. Acesso em: 21 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Diretrizes para valoração de danos ambientais*. Brasília: CNMP, 2021.

BRASIL. Instituto do Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG. *Nota Técnica nº 003/2016 da Diretoria de Proteção*. Disponível em: http://www.iepha.mg.gov.br/images/Documentos/Programas/Nota_Tecnica_DPR_003_2016_Invent%C3%A1rio_elei%C3%A7%C3%B5es_2.pdf. Acesso em: 06 jan. 2024.

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Inventário nacional de referências culturais* (INRC): manual de aplicação. Brasília: DID, IPHAN, 2000. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Manual_do_INRC.pdf. Acesso em: 16 out. 2023

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Inventário nacional da diversidade linguística* (INDL). Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/140>. Acesso em: 16 out. 2023

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. *Sistema de Gerenciamento do Patrimônio Arqueológico*. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/sgpa/?consulta=cns>. Acesso em: 16 out. 2023

BRASIL. Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. *Inventário de Proteção do Acervo Cultural de Minas Gerais - IPAC/MG nº 0*. Belo Horizonte: IEPHA, 1985.

BRASIL. Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais. *Portaria nº 29/2008*. Disciplina, no âmbito do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – IEPHA/MG, a execução do Inventário de Proteção do Acervo Cultural do Estado de Minas Gerais – IPAC/MG. Belo Horizonte: 2008. Disponível em: http://iepha.mg.gov.br/images/Legisla%C3%A7%C3%A3o/PORTARIA_29_2008.pdf. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 942/2015*. Parecer para o 1º Turno do Projeto de Lei nº 942/2015. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/documento/?tipo=PL&num=942&ano=2015&expr=\(PL.20150094204675%5bcodi%5d\)%5btxmt%5d](https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/documento/?tipo=PL&num=942&ano=2015&expr=(PL.20150094204675%5bcodi%5d)%5btxmt%5d). Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 942/2015*. Dispõe sobre o inventário do patrimônio cultural do Estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/942/2015>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 1.698/2007*. Regulamenta o regime jurídico dos bens materiais inventariados como patrimônio cultural no estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/1698/2007>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 2.614/2015*. Regulamenta o regime jurídico dos bens materiais inventariados como patrimônio cultural no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/2614/2015>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 939/2011*. Regulamenta o regime jurídico dos bens materiais inventariados como patrimônio cultural no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/939/2011>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei nº 93/2011*. Dispõe sobre o inventário do patrimônio cultural do Estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/93/2011>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.547.058/MG*, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 06/12/2016, DJe 26/08/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65827140&num_registro=201303328478&data=20200826&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 6.627/DF*, Relator Ministro Luiz Fux, j. 22/05/2018, DJe 24/05/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314423551&ext=.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública 1.0000.23.096601-2/001*, Relator Desembargador Oliveira Firmo, DJ 27/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública 1.0000.23.198452-7/001*. Relator Desembargador Edilson Olímpio Fernandes, DJ 23/11/2023.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequações e usos (des) caracterizadores de seu fim. *Revista CPC*, São Paulo, n. 16, p. 119-208, maio/out. 2013.

CANFORA, Ângela Dolabela. O inventário e a proteção dos bens culturais. In: *Patrimônio em textos*. Belo Horizonte: Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais, 2012.

CURY, Isabelle (Org.). *Cartas patrimoniais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições do Patrimônio - IPHAN/Ministério da Cultura, 2000.

FARIA, Edimur Ferreira. *Controle do mérito do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FLORENCIO, Sônia Rampim; et al. Educação patrimonial: inventários participativos: manual de aplicação. Brasília: IPHAN, 2016. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/inventariodopatrimonio_15x21web.pdf. Acesso em: 17 out. 2023

MIRANDA, Marcos Paulo Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1754, 20 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11164>. Acesso em: 19 nov. 2023.

MOTTA, Lia; REZENDE, Maria Beatriz. Inventário. In: GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de patrimônio cultural*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2016. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/dicionarioPatrimonioCultural/detalhes/64/inventario>. Acesso em: 09 out. 2023.

MOTTA, Lia; SILVA, Maria Beatriz Resende (Orgs.). *Inventários de identificação: um panorama da experiência brasileira*. Rio de Janeiro: IPHAN, 1998.

OLENDER, Marcos. Uma "medicina doce do patrimônio". *Vitruvius*, 11 set. 2010. Disponível em: <https://vitruvius.com.br/index.php/revistas/read/arquitextos/%2011.124/3546>. Acesso em: 22 jan. 2023.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

RANGEL, Márcio F. Políticas públicas e museus no Brasil. In: GRANATO, Marcus; SANTOS, Cláudia Penha dos; LOUREIRO, Maria Lucia de Niemeyer Matheus (Orgs.). *MAST Colloquia - o caráter político dos museus*. Rio de Janeiro: MCT, MAST, v. 12, 2010, p. 119-135.

JURISPRUDÊNCIA



ÓRGÃO ESPECIAL

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL 0005297-98.2006.4.03.6000

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. CEBAS. AUSÊNCIA. TEMAS 459 E 32 DO STF. INAPLICABILIDADE AO CASO DOS AUTOS. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido negou a imunidade tributária à agravante ao fundamento de que ela não possui o CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.

2. O recurso extraordinário interposto funda-se na tese segundo a qual, à vista da Constituição Federal e mesmo do que já decidiu o STF a respeito do assunto, a ausência do CEBAS, por si só, não afasta a imunidade. Assim, é plausível sustentar que o recurso não versa sobre questão infraconstitucional e, do mesmo modo, é dado afirmar que não se trata de discussão particularizada, ou seja, concernente à situação específica da agravante – o que poderia, aí sim, subtrair do recurso a repercussão geral.

3. Anteriormente do juízo de retratação, que afirmou a imprescindibilidade do CEBAS para o reconhecimento da imunidade tributária, a Turma julgadora concluiu pela satisfação de todos os requisitos legais, de sorte que, se a tese sustentada no recurso extraordinário vier a ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, possivelmente o resultado do julgamento – improcedência do pedido inicial – será revertido.

4. Não se aplicando, destarte, os Temas 32 e 459 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto, o caso é de desconstituir a r. decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário e determinar o retorno dos autos à Vice-presidência desta Corte Regional, para novo juízo de admissibilidade.

5. Agravo interno provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prossequindo no julgamento, após o voto do Desembargador Federal MAIRAN MAIA acompanhando o relator, foi proferida a seguinte decisão: O Órgão Especial, por maioria, deu provimento ao agravo interno, nos termos do voto-vista do Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), com quem votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, NELSON PORFÍRIO (convocado para compor quórum), MARLI FERREIRA (em retificação de voto), NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, ALI MAZLOUM e WILSON ZAUHY (convocado para compor quórum) (em retificação de voto). Vencidos os Desembargadores

Federais ANTONIO CEDENHO (Relator), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum) (em antecipação), INÉS VIRGÍNIA (convocada para compor quórum), ANDRÉ NABARRETE, CARLOS DELGADO, CONSUELO YOSHIDA e MAIRAN MAIA, que negavam provimento ao agravo. Lavrará acórdão o Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum). Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ANDRÉ NABARRETE, NINO TOLDO e DAVID DANTAS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, Ag ApCiv [0005297-98.2006.4.03.6000](#), Relator Desembargador Federal Nilton dos Santos, j. 08/03/2024, intimação via sistema 11/03/2024)

PROJETO DE SÚMULA
0047384-92.2020.4.03.8000

PROJETO DE SÚMULAS. COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ESTUDO. PRECEDENTES. ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DA 1ª E 2ª SEÇÕES. APROVAÇÃO.

- Proposta nº 1 "Inviável a reunião de ação anulatória com execução fiscal correlata distribuída posteriormente, no caso de a primeira ação ter sido ajuizada em vara não especializada em execução fiscal".

- Proposta nº 2. "Para fins de fixação de competência, há conexão entre execução fiscal e ação anulatória posteriormente distribuída";

- Proposta nº 3. "Não será exigida dupla garantia para a suspensão da exigibilidade de um mesmo crédito tributário, ou expedição de certidão negativa de débito, tanto em sede de ação anulatória quanto em execução fiscal."

- Aprovação das propostas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Órgão Especial, por maioria, aprovou as três propostas de súmulas, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Wilson Zauhy Filho que propunha súmula única para todos os temas.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, PRSU 0047384-92.2020.4.03.8000, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, j. 08/11/2023, e-DJF3 17/11/2023)

APELAÇÃO CÍVEL
5003245-83.2021.4.03.6108

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO: TEMA 779 E 780. INVIABILIDADE DE ELEVAR AO STJ DISCUSSÃO ACERCA DA NATUREZA E EFEITOS (COMO DESPESAS ESSENCIAIS OU RELEVANTES) DE BENS E SERVIÇOS, PARA FIM DE SEREM CONSIDERADOS *INSUMOS*, A FIM DE PERMITIR EFEITOS FISCAIS NO PIS-COFINS PAGO POR EMPRESA. PRECEDENTES DO STJ, NO PONTO, A INVIABILIZAR O RECLAMO ESPECIAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso, a recorrente (impetrante em mandado de segurança) pretendia beneficiar-se de creditamento de PIS/COFINS com decisão judicial que se considere como insumos de sua atividade gastos com IPTU, Taxa de Condomínio e Taxa de Fundo de Promoção e Propaganda de imóveis locados em Shoppings Centers e Condomínios Comerciais, os quais foram afastados pelo acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal.

2. Uma vez que a Sexta Turma desta Corte afastou do conceito de insumos as despesas tratadas pela agravante, não as considerando da essência de um insumo essencial ou relevante à vida empresarial, é inviável abrir discussão a respeito na via do recurso excepcional, onde não é possível abrir discussão para avaliar a "imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte" (Temas 779 e 780/STJ)..

3. Precedentes específicos: AgInt no AREsp n. 1.846.958/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.; AgInt no REsp n. 1.960.370/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/5/2022, DJe de 19/5/2022.; AgInt no AREsp 1.576.570/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/08/2021; AgInt no REsp 1.902.904/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/04/2021; AgInt no REsp 1.822.551/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/08/2020; AgInt no AREsp 1.530.250/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AgInt no REsp 1.747.154/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/04/2020; AgInt no REsp n. 1.897.982/PE, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 25/4/2022, DJe de 29/4/2022.

4. Agravo interno desprovido. Negativa de seguimento mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Vice-Presidente JOHONSOM DI SALVO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais NELTON DOS SANTOS, ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, MAIRAN MAIA, NERY JUNIOR, CONSUELO YOSHIDA, MARISA SANTOS, CARLOS DELGADO, NINO TOLDO, LEILA PAIVA, ALI

MAZLOUM, MARCELO SARAIVA, MÔNICA NOBRE e GISELLE FRANÇA. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, ApCiv [5003245-83.2021.4.03.6108](#), Relator Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, j. 19/04/2024, intimação via sistema 23/04/2024)

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5011902-34.2023.4.03.0000

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. INTERESSE E LEGITIMIDADE CONCORRENTE DA PARTE PARA DISCUTIR VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA SUCUMBENCIAL. MATÉRIA COMUM A MAIS DE UMA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO ÓRGÃO ESPECIAL. QUESTÃO PROCESSUAL CONTROVERTIDA. MULTIPLICIDADE DE AÇÕES. CONTROVÉRSIA VERIFICADA. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO ESPECÍFICO QUE DEU ORIGEM AO PRESENTE IRDR. OAB. AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. IRDR ADMITIDO.

1. De saída, registre-se a competência deste Órgão Especial para processamento e julgamento do presente feito. Com efeito, embora a requerente ilustre divergência, no âmbito da Terceira Seção, na apreciação da matéria de fundo, o fato é que a matéria processual de legitimidade para postular a fixação ou majoração de honorários advocatícios é afeta a mais de uma Seção deste Tribunal. Em homenagem ao artigo 978 do estatuto processual, bem como aos artigos 11, II, parágrafo único, "k" e 106-B, I e II do RITRF3, reafirma-se a competência deste Órgão Especial para julgamento da questão.

2. A legitimidade da parte para pedir instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem estampada no artigo 977, II, do Código de Processo Civil.

3. Quanto à admissibilidade deste IRDR, destaque-se que, nos termos do artigo 976, I e II, do Código de Processo Civil, a parte interessada demonstrou a presença dos pressupostos necessários e simultâneos ao processamento e julgamento do feito, quais sejam, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

4. É inegável, ante a própria natureza do tema, que a fixação e majoração de honorários de sucumbência, tanto na fase de conhecimento, quanto em cumprimento de sentença, é matéria diária enfrentada judicialmente.

5. A efetiva repetição (multiplicidade) de processos que contenham a controvérsia sobre a questão processual trazida ao debate, qual seja, interesse e legitimidade da parte para discutir honorários de sucumbência, pode ser representada pelos Julgados colacionados.

6. O desalinho entre os entendimentos emanados sobre a matéria vertida nos autos, a qual é claramente submetida à corriqueira (não circunstancial) análise judicial, tem o condão de gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

7. Assim, reputam-se demonstradas concorrentemente: i) a multiplicidade de ações envolvendo questão unicamente de direito; ii) a controvérsia entre decisões proferidas por esta Corte Federal. O requisito de "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" se faz presente eis que consequência lógica e natural da efetiva controvérsia sobre o tema em âmbito judicial.

8. Não consta que o tema esteja afetado/com repercussão geral reconhecida para apreciação dos Tribunais Superiores, restando satisfeita também a condição negativa prevista no artigo 976, § 4º, do Código de Processo Civil.

9. Destarte, dando azo ao primado da segurança jurídica e ao escopo pacificador inerente ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de modo a balizar, no âmbito desta Terceira Região, a questão de índole processual posta à análise – interesse e legitimidade concorrente da parte discutir honorários advocatícios de sucumbência – multiplicada no bojo de diversas ações judiciais e recursos decorrentes, instaura-se o presente incidente.

10. Reputam-se presentes os requisitos autorizadores à suspensão do curso do Agravo de Instrumento nº 5026704-71.2022.4.03.0000 uma vez que a decisão a ser adotada no mérito do presente IRDR tem evidente repercussão no feito em destaque.

11. Deixa-se de determinar a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região e versam sobre a matéria haja vista que a controvérsia em questão se dá, majoritariamente, em grau recursal e nas Turmas que compõem a Terceira Seção.

12. Nada impede, todavia, que os respectivos Relatores, se assim reputarem conveniente, procedam ao sobrestamento dos feitos que versem sobre a matéria até ulterior decisão neste Incidente.

13. Considerando-se a relevância do tema para a classe dos advogados, bem como a ausência de subjetividade da questão e, ainda, o teor do artigo 23 da Lei 8.906/94, o qual dispõe que “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”, solicita-se a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB como *amicus curiae*, respeitadas as disposições dos artigos 138 e 983 do Código de Processo Civil.

14. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas admitido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, reconheceu a sua competência para processamento e julgamento do presente feito e admitiu a instauração do IRDR, bem como suspendeu o Agravo de Instrumento nº 5026704-71.2022.4.03.0000 até decisão final de mérito neste Incidente, nos termos do voto do Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator). Votaram os Desembargadores Federais NINO TOLDO, LEILA PAIVA, DAVID DANTAS, MARCELO SARAIVA, GISELLE FRANÇA, NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), TORU YAMAMOTO (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, NERY JUNIOR, CARLOS MUTA e CARLOS DELGADO. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais THEREZINHA CAZERTA, MAIRAN MAIA, CONSUELO YOSHIDA, ALI MAZLOUM e MÔNICA NOBRE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, IRDR [5011902-34.2023.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 01/12/2023, intimação via sistema 04/12/2023)

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA

5019580-03.2023.4.03.0000

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FISCALIZAÇÃO E CORREÇÃO DE IRREGULARIDADES EM UNIDADES HABITACIONAIS DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. REUNIÃO DE PROCESSOS OU SUSPENSÃO DO JULGAMENTO IMPROCEDENTE. DETERMINAÇÃO DE VISTORIA IN LOCO PELO MUNICÍPIO. RISCOS À ORDEM PÚBLICA E ECONOMIA MUNICIPAL NÃO VERIFICADOS. INÉRCIA. INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES DE COOPERAR E ENVIDAR ESFORÇOS PARA SOLUÇÃO DO LITÍGIO. RECURSO PROVIDO.

1. Não se cogita de reunião do presente processo (SLS 5019580-03.2023.4.03.0000) com a ação principal (ACP 5002053-50.2019.4.03.6120) e respectivo pedido de efeito suspensivo à apelação interposta pela CEF (SuspApel 5031373-70.2022.4.03.0000), sobretudo porque é manifesta a divergência de competência absoluta para processamento e julgamento dos feitos, o primeiro sujeito à apreciação monocrática da Presidência da Corte e, posteriormente, colegiada do respectivo Órgão Especial, enquanto os dois últimos encontram-se adstritos ao âmbito da Segunda Turma. Tampouco a alegada prejudicialidade entre os feitos teria o condão de sobrestar o julgamento deste pedido de suspensão de liminar e de sentença, primeiramente porque a SuspApel 5031373-70.2022.4.03.0000 já restou decidida, com trânsito em julgado, inclusive, enquanto a ACP 5002053-50.2019.4.03.6120 pende de julgamento de recursos voluntários e remessa oficial, que não se confundem com a presente via extraordinária de defesa dos interesses públicos arrolados no artigo 4º da Lei 8.437/1992, inexistindo, pois, risco de decisões conflitantes, inclusive porque a decisão ora agravada foi expressa em modular os respectivos efeitos “até que sobrevenha, na via ordinária, decisão definitiva, e, no mérito, por órgão deste Tribunal Regional Federal, nos termos do artigo 4º, caput e §7º, da Lei nº 8.437/92”.

2. A suspensão da execução de decisão judicial proferida contra o Poder Público é medida excepcional, que extrapola a recorribilidade ordinária, exigindo requisitos específicos a partir da comprovação do manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade da decisão, associada à demonstração da concorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, nos termos do artigo 4º da Lei 8.437/1992. O pedido suspensivo tem caráter autônomo e, portanto, não é prejudicado pela interposição ou não do recurso, nem por eventual decisão de indeferimento da tutela requerida. A excepcionalidade da medida, por gerar a competência do presidente do tribunal para sua apreciação, ainda que a decisão judicial tenha sido impugnada pela via recursal própria, e por envolver juízos específicos, não é autorizada apenas por se tratar de pretensão deduzida pelo Poder Público nem se houver mera ilegalidade contrastada por fundamento jurídico relevante, e for somente arguido provável risco de ineficácia da medida suspensiva ou irreversibilidade da situação jurídica derivada da decisão impugnada. A avaliação de fundamento jurídico relevante ou probabilidade do direito e da urgência para suspender a decisão agravada envolve cognição ordinária sujeita, segundo regras do devido processo legal, à competência do órgão recursal próprio, relator e turma no âmbito do tribunal e, portanto, não se trata, nesta especialíssima sede processual, de promover substituição do juízo

cognitivo proferido na origem com incursão, ainda que perfunctória no mérito, ou em temas afetos estritamente à probabilidade do direito ou relevância da fundamentação jurídica do pedido. A excepcional competência do presidente do tribunal exige notabilizadas qualificações jurídicas tanto da pretensão como da situação gerada pela decisão impugnada se mantida eficaz: manifesto interesse público e flagrante ilegitimidade, capaz de gerar grave lesão não a qualquer bem jurídico, mas à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública.

3. Na espécie, a sentença foi expressa em determinar a vistoria in loco das 3.842 unidades habitacionais referidas, “excluindo-se desse total as já realizadas em razão do quanto estabelecido em audiência de conciliação e comprovadas nos autos, bem como àquelas que eventualmente já contem com financiamento liquidado”, cumprindo ressaltar que a própria sentença faz referência inicialmente a 482 e depois a mais 437 vistorias já realizadas pelo município, o que, por alto, implica redução de quase 24% da obrigação imposta.

4. Ademais, conquanto exíguo o prazo para o município, por si, efetivar as vistorias determinadas, a própria sentença possibilitou ao demandado justificar eventual óbice no cumprimento da obrigação. Tal justificativa, contudo, somente ocorreu após já integralmente decorrido o prazo fixado em sentença, vez que apenas quando do cumprimento do prazo flexibilizado na audiência de conciliação de 22/03/2023 é que o Município de Araraquara informou conseguir realizar, por si, apenas vinte vistorias por mês. Na mesma ocasião, entretanto, o município agravado chegou a informar que a solução ideal para o litígio seria a terceirização do serviço, mediante contratação de empresa especializada, mas, independentemente do tempo que respectivo processo licitatório eventualmente pudesse demandar, o Município de Araraquara não apresentou nenhum plano concreto para cumprimento da condenação imposta, deixando mais uma vez de atender determinação judicial, que agora, em audiência de conciliação, impunha-lhe apenas o dever de apresentação de cronograma, a ser formulado pelo próprio ente municipal, para realização das vistorias.

5. Não se descarta, ainda, que em 29/02/2024, mais de dez meses depois da audiência de conciliação para flexibilização dos prazos fixados na sentença, o município agravado invoca a seu favor as mesmas providências já realizadas àquela ocasião, em 22/03/2023, revelando que desde então nada mais executou para atendimento da determinação fixada em sentença, nem mesmo aquele pouco que estava a seu alcance, fossem as vinte vistorias mensais, ou abertura de procedimento licitatório para terceirização da obrigação, ou tão somente apresentação de qualquer plano de trabalho que considerasse exequível, ainda que com extensão do prazo inicialmente fixado para tanto.

6. Inegável, portanto, a postura desidiosa adotada pelo Município de Araraquara desde a imposição por sentença da obrigação de vistoria das unidades habitacionais – em espantosa contradição com a conduta até então proativa e colaborativa exercida no decorrer da ação principal –, ignorando, inclusive, tentativa de composição extrajudicial entre as partes por meio de TAC, modalidade que não exige intimação formal tampouco dispensa manifestação, ainda que negativa em razão de eventuais condições desfavoráveis, como alegado, denotando falta de cooperação do ente municipal em envidar reais esforços com vistas à célere e eficiente solução da lide, efetivamente perseguida, conforme apurado, apenas pelo Ministério Público Federal, autor da ação originária, e pela própria CEF, segunda requerida.

7. A atuação do Município de Araraquara em deliberadamente desatender à determinação judicial (seja no sentido de efetivamente promover as fiscalizações ou de apresentar alternativo plano de ação) caracteriza impedimento ulterior à manutenção da tutela suspensiva, sob pena de premiar atuação contrária à boa-fé objetiva.

8. Agravo interno provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, O Órgão Especial, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno para reformar a decisão que suspendeu a tutela provisória concedida em sentença, nos termos do voto do Desembargador Federal Presidente CARLOS MUTA (Relator). Votaram os Desembargadores Federais BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA, MAIRAN MAIA, NERY JUNIOR, CONSUELO YOSHIDA, MARISA SANTOS, CARLOS DELGADO, NINO TOLDO, LEILA PAIVA, ALI MAZLOUM, MÔNICA NOBRE, GISELLE FRANÇA, JOHONSOM DI SALVO, NELTON DOS SANTOS e ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum). Impedido o Desembargador Federal MARCELO SARAIVA. Ausente, justificadamente, a Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(TRF 3ª Região, Órgão Especial, SLS [5019580-03.2023.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Carlos Muta, j. 12/04/2024, intimação via sistema 16/04/2024)

PRIMEIRA SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA

5013698-31.2021.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 966, INCISO V, DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADE NÃO COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA.

A ação rescisória tem como objetivo a desconstituição da coisa julgada da qual se reveste a decisão, sentença ou acórdão, possuindo hipóteses de cabimento taxativas, elencadas no artigo 966 do CPC.

No presente caso, a ação rescisória tem por fundamento o artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil - violação manifesta da norma jurídica. Aponta o autor violação aos dispositivos de normas jurídicas - artigos 2º, 14 e 50 da Lei nº 9.784/99, artigo 3º do Decreto 228/91, artigo 2º da Lei nº 4.717/65 e artigo 15 da Lei nº 8.112/90 -, bem como aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, nos termos do art. 5º, II, do art. 37, caput, e do art. 84, IV e VI, da CF/88.

Não se observou, *in casu*, violação manifesta da norma jurídica e sim aplicação de uma interpretação à legislação debatida, o que não autoriza a desconstituição do decisor.

A ação rescisória não se presta a servir de sucedâneo recursal, para infirmar coisa julgada na qual foi formada com base em interpretação da norma. Precedentes desta Seção.

Não restou comprovado que a nomeação da servidora para a função de Coordenadora Substituta do Serviço de Odontologia da Secretaria da Saúde do Município de Itatiba tenha se dado de forma ilegal, não revestindo de competência para instauração do Processo Administrativo Disciplinar. Observou-se, ainda, que o ato administrativo em questão foi cancelado pelo Secretário de Saúde do Município de Itatiba, inexistindo, assim, vício de iniciativa a caracterizar nulidade.

O PAD correu de forma regular, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, culminando na pena de demissão do autor.

Não cabe ao Judiciário apreciar e substituir a Administração quanto ao critério de conveniência e oportunidade do ato administrativo, salvo em hipóteses excepcionais, as quais não foram comprovadas na espécie, conforme os documentos colacionados aos autos.

As alegações apresentadas pelo autor limitam-se a reproduzir os argumentos já examinados, não havendo enquadramento nas taxativas hipóteses de cabimento do artigo 966 do CPC. Precedentes desta Seção.

Ação rescisória improcedente.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, AR [5013698-31.2021.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Renato Becho, j. 07/06/2024, intimação via sistema 10/06/2024)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5005197-20.2023.4.03.0000

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. AÇÃO PESSOAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL E RELATIVA. DECLÍNIO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE FORO DE ELEIÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

- Discute-se, nos presentes autos, a competência para processamento e julgamento de ação de rito ordinário, na qual a autora pretende revisão de contrato de mútuo imobiliário e a condenação da Caixa Econômica Federal a restituir-lhe as quantias pagas a maior.

- A ação foi, inicialmente, distribuída no foro do domicílio da autora pertencente a Subseção Judiciária de Barueri/SP, que reconheceu, de ofício, a incompetência para processar e julgar o feito, considerando a cláusula de eleição de foro prevista no contrato que prevê como competente para conhecer de eventual ação, a Justiça Federal da localidade do imóvel (Embu das Artes), no caso, pertencente a Subseção Judiciária de Osasco/SP.

- O Juízo da 1ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de Osasco/SP, por sua vez, suscitou o conflito por entender que a competência em questão é relativa e não poderia ter sido declinada de ofício.

- A despeito de existir cláusula de eleição de foro do lugar da situação do imóvel, não se revela possível a declinação, de ofício, da competência pelo juízo que inicialmente recebeu a ação, por se tratar de incompetência relativa. Súmula n. 33 do STJ e artigos 43 e 65 do Código de Processo Civil.

- Conflito de competência conhecido e julgado procedente.

(TRF 3ª Região, 1ª Seção, CCCiv [5005197-20.2023.4.03.0000](#), Relatora Desembargadora Federal Renata Lotufo, j. 14/06/2024, intimação via sistema 17/06/2024)

PRIMEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

5001049-95.2022.4.03.6144

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PELA CEF. EDITAL COM INFORMAÇÃO SOBRE PENDÊNCIA JUDICIAL. CIÊNCIA DO COMPRADOR. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Imóvel foi objeto de contrato celebrado entre terceiro e a CEF e, em virtude da inadimplência do mutuário, houve a retomada pela instituição bancária.

- Revendido o bem aos autores. Alegam os autores que, desde a compra, não obtiveram posse do imóvel, tendo em vista a ocupação indevida pelo mutuário anterior e, ainda que não residam no imóvel, continuam arcando com todas as despesas, inclusive com o pagamento das prestações. Pleiteiam a rescisão contratual.

- Consta do contrato firmado que a responsabilização pela desocupação do imóvel ficará a cargo do devedor fiduciante, no caso, a parte autora (Cláusula Sétima). Não há que se cogitar sobre a abusividade de tal cláusula, haja vista que os imóveis ofertados por meio dos leilões pela CEF possuem valores inferiores aos praticados no mercado justamente por conta dos riscos embutidos, dentre eles eventuais custos pela desocupação do imóvel. Precedentes.

- Informadas pela Caixa Econômica Federal as condições do imóvel e também sobre a pendência de demanda judicial, de maneira que os autores assumiram o risco da aquisição. Indevida a condenação por danos morais.

- Não se cogita de enriquecimento ilícito por parte da instituição bancária, uma vez que a continuidade do contrato de mútuo anterior encontra-se em discussão nas vias judiciais. Incabível a alegação de que a rescisão do contrato firmado entre os autores e a CEF é imprescindível, haja vista que a parte autora poderá ingressar naquela ação como terceiro interessado.

- Apelação da parte autora improvida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv [5001049-95.2022.4.03.6144](#), Relator Desembargador Federal David Dantas, J. 11/06/2024, DJEN 14/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5023834-19.2023.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TUTELA DE URGÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, não sendo deferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

2. O agravante apresentou documentos produzidos em sede administrativa que demonstram, de forma segura, que o réu, irregularmente, edificou casa de madeira e metal, bem como produziu plantação dentro dos limites da faixa de domínio da Rodovia BR-060/MS, próximo ao Km 348. As medidas da faixa de domínio e da ocupação irregular se encontram detalhadas em documentos dos autos originários. Em suas manifestações oferecidas no processo de origem, o réu não nega a irregularidade da ocupação.

3. Probabilidade do direito configurada, uma vez que é possível a concessão de tutela de urgência para fins de desocupação e demolição de edificações existentes na faixa de domínio ou na faixa 'non aedificandi' de rodovia, com o objetivo de garantir a segurança dos condutores e, também, dos próprios ocupantes da construção irregular. Precedentes.

4. Presente, também, o perigo da demora, uma vez que a tutela requerida tem como finalidade garantir a segurança e a integridade física dos usuários da rodovia.

5. De outra parte, o exame dos autos revela que o réu encontra-se em situação de vulnerabilidade, sendo possível inferir, a partir dos elementos probatórios até então reunidos, que era integrante de grupo engajado em questão fundiária coletiva. Assim, e considerando-se ainda, que o agravado mantém a ocupação da área desde 2020, ou seja, desde o período da pandemia, é justificável que a desocupação requerida pelo agravante observe previamente as medidas descritas na ADPF nº 828.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI [5023834-19.2023.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Herbert de Bruyn, j. 13/06/2024, intimação via sistema 24/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5004070-13.2024.4.03.0000

ACÇÃO DE CONHECIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIES. PROCESSO SELETIVO. CRITÉRIO DA MELHOR NOTA NO ENEM. NOTA DE CORTE. LEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

- A Lei nº 10.260/2001 em sua redação atual expressamente consigna a necessidade de observar a disponibilidade financeira e orçamentária e a compatibilidade com as metas de resultados fiscais estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias

- O Ministério da Educação tem a atribuição de dispor sobre as regras de seleção. Com base nisso, editou a Portaria MEC nº 38 de 22/01/2021.

- O número de vagas ofertadas pelo processo seletivo do FIES é limitado e aferido segundo os critérios dentre os quais se encontram a disponibilidade financeira e orçamentária, a nota do curso e da instituição de ensino, a microrregião, a prioridade do curso e sua demanda social.

- A agravante tinha plena ciência das regras quando se inscreveu no vestibular e, posteriormente requereu a obtenção do Financiamento Estudantil, que, por sua vez, deve observar as diretrizes legais e reguladas pelas portarias que tratam do número de vagas e notas obtidas no ENEM, exatamente porque há uma previsão orçamentária a ser seguida. No presente caso, a própria parte agravante reconhece na peça inicial que não conseguiu ficar entre os selecionados pelo programa, razão pela qual foi incluído na lista de espera, não logrando êxito em ser selecionada para inscrição no programa de financiamento estudantil. A parte agravante não se insurge contra violação de regra do processo seletivo, apenas entende pela ilegalidade dos critérios estabelecidos na Portaria.

- Os critérios de nota são igualmente aplicados a todos os candidatos ao programa de financiamento, em obediência aos princípios da isonomia e da igualdade de acesso ao ensino, previstos pelos artigos 5º, caput e 206, I da Constituição Federal Precedente: TRF3 AI: 50224920720224030000 MS, Relator: Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, Data de Julgamento: 03/02/2023, 1ª Turma, Data de Publicação: DJEN DATA: 08/02/2023.

- Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI [5004070-13.2024.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Antonio Morimoto, j. 26/06/2024, DJEN 28/06/2024)

SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0009233-92.2015.4.03.6105

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA ADMINISTRAÇÃO DOS CONDOMÍNIOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILICITUDE POR PARTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE.

- Hipótese dos autos que é de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal, em vista dos fatos apurados em inquérito civil, por sua vez instaurado por supostas irregularidades na contratação de administradoras de condomínios inseridos no Programa de Arrendamento Residencial (PAR) sob a responsabilidade da Superintendência da Caixa Econômica Federal em Campinas.

- Caso em que não se caracteriza situação que demandasse julgamento uniforme nos moldes do art. 47 do CPC/73. Preliminar de litisconsórcio passivo necessário que se rejeita.

- Programa de Arrendamento Residencial que foi instituído pela Lei 10.188/2001 para moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, sendo que sua gestão cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal, com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR.

- Arrendamento residencial que é regido por lei específica, sendo que o parágrafo único do art. 4º da Lei 10.188/2001 dispensa a observância das disposições específicas da lei geral de licitação, respeitados os princípios da legalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência.

- A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, ressalva da exigência de processo licitatório os casos especificados na legislação.

- Hipótese dos autos em que não se vislumbra a existência de ilegalidade na contratação de empresas administradoras dos condomínios inseridos no PAR apenas pelo fato de ser realizada por meio de credenciamento, sem processo licitatório. Precedente da Corte em caso similar.

- Pretensão de imposição de outros mecanismos de controle social além dos já existentes que carece de fundamento legal. Ausência de demonstração de efetivos e concretos prejuízos na execução do Programa.

- Sentença reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

- Agravo retido desprovido. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv [0009233-92.2015.4.03.6105](#), Relatora Juíza Federal Convocada Diana Brunstein, j. 07/06/2024, intimação via sistema 12/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0001011-49.2017.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL COM A REALIZAÇÃO DE ATOS CONSTRITIVOS DE BENS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TEMA 987/STJ. PENHORA NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. CABIMENTO.

I- O Tema 987 foi desafetado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu orientação no sentido de que "pela nova legislação, o procedimento de constrição deverá seguir as seguintes etapas: Primeira etapa: Ato de constrição do patrimônio pelo juízo da execução fiscal; Segunda etapa: Comunicação do ato de constrição ao juízo da recuperação judicial; Terceira etapa: Deliberação sobre o ato de constrição pelo juízo da recuperação judicial; Quarta etapa: possibilidade de substituição do ato construtivo pelo juízo da recuperação. Além disso, em qualquer situação, é possível a celebração de ato de cooperação judicial entre o Juízo da recuperação e o Juízo da execução fiscal". (v.g.: Recurso Especial Nº 1788856 - SE (2018/0342862-5); Recurso Especial Nº 1735521 - SP (2017/0184434-9); Recurso Especial Nº 1700083 - PE (2017/0238108-1); Recurso Especial Nº 1694772 - SP (2017/0222317-7); Recurso Especial Nº 1681101 - RS (2017/0151086-3); Recurso Especial Nº 1679538 - PE (2017/0149551-4); Recurso Especial Nº 1659176 - RJ (2017/0052792-6).

II- De acordo com a recente orientação jurisprudencial adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça e da novel legislação, afigura-se possível o deferimento da penhora de bens, pelo Juízo da execução fiscal, devendo-se entretanto comunicar o ato de constrição ao juízo da recuperação judicial ou da falência, a quem cabe pronunciar-se sobre eventual prejuízo ao plano de recuperação a substituição do ato de constrição que recair sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial (e, por conseguinte, ao cumprimento do plano de recuperação judicial), por meio da cooperação jurisdicional prevista no art. 69 do Código de Processo Civil, observado o disposto no art. 805 do referido código.

III- Com acerto agiu o Magistrado ao rejeitar a exceção de pré-executividade, onde objetivava a suspensão do feito executivo, com a consequente determinação de vedação de atos constritivos que comprometessem o patrimônio da empresa, sob o argumento de que, por se encontrar em recuperação judicial, referidas medidas seriam necessárias para não inviabilizar a recuperação judicial e reestruturação da empresa, uma vez que não há óbice no prosseguimento da execução fiscal e penhora de bens das devedoras, ainda que em recuperação judicial.

IV- Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI [0001011-49.2017.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, j. 25/04/2024, intimação via sistema 07/05/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5005575-48.2019.4.03.6100

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA RURAL - PRR. LEI Nº 13.606/18. INCLUSÃO DE CONTRIBUIÇÃO AO SENAR. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO. REGRA DO ESCALONAMENTO.

1. Lei nº 13.606/18, instituindo o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), que prevê em seu art. 1º, §1º que os débitos objeto do parcelamento são aqueles previstos no art. 25 da Lei nº 8.212/91 e no art. 25 da Lei nº 8.970/94, que versam sobre a contribuição ao FUNRURAL do segurado especial e empregador pessoa física (art. 25 da Lei nº 8.212/91) e da contribuição ao FUNRURAL, em substituição à prevista nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, do empregador rural pessoa jurídica (art. 25 da Lei nº 8.970/94).

2. Referência ao SENAR constante do §1º do art. 25 da Lei nº 8.870/94, que não possui o alcance pretendido pela impetrante, porquanto tão somente prevê a redução da alíquota da contribuição ao SENAR, disposta no art. 3º, I, da Lei nº 8.315/91, aos empregadores rurais pessoas jurídicas que contribuem ao FUNRURAL.

3. Alegação de ilegalidade do art. 2º, §2º da IN RFB nº. 1.784/2018, com alterações introduzidas pela IN RFB nº. 1.804/2018, afastada.

4. Pretensão de se reconhecer direito a inclusão de débitos não previstos na lei que instituiu o programa de parcelamento que representa ofensa ao princípio da legalidade.

5. Hipótese de sentença proferida na vigência do CPC/15 e de demanda em que figura como parte a Fazenda Pública, a verba honorária devendo ser fixada nos termos do artigo 85, §§3º e 5º do CPC/15, que preveem o escalonamento do valor arbitrado para os casos em que o valor da causa for "superior ao valor previsto no inciso I do § 3º", hipótese dos autos.

6. Recurso parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, ApCiv [5005575-48.2019.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Alessandro Diaferia, j. 20/06/2024, intimação via sistema 27/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5001775-71.2022.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO FAMILIAR RECONHECIDO. GRUPO CANHEDO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE SÓCIA MINORITÁRIA SEM PODERES DE GESTÃO.

I – Inclusão de corresponsáveis no polo passivo de execução fiscal motivada por decisão que reconheceu a existência de grupo econômico, restando caracterizado o abuso da personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial, com prejuízo a credores. Redirecionamento de execução fiscal fundamentado no artigo 50 do Código Civil e no inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional, que estabelece que são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária.

II – Impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade passiva em relação a IZAURA VALERIO AZEVEDO, vez que, embora seja detentora de quotas sociais de empresas do Grupo Canhedo, possui participação societária minoritária e sem poderes de gestão.

III – Esta Corte já se posicionou sobre a irresponsabilidade tributária de IZAURA VALERIO AZEVEDO, em outro executivo fiscal envolvendo o mesmo grupo econômico (Agravado de Instrumento 0013407-68.2011.4.03.0000, Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 27/07/2012)

IV – Restou provado que a agravada, em que pese ser detentora de quotas sociais de empresas do Grupo Canhedo, possui participação societária minoritária e sem qualquer poder de gestão. Não há, portanto, como concluir, ante a inexistência de prova nos autos, tenha ela concorrido para a prática de qualquer fato gerador dos tributos em cobrança ou para a prática de ato lesivo aos cofres fazendários, tampouco para o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade e pela confusão patrimonial. Tampouco provou-se que a agravada, na condição de sócia quotista minoritária, em que pese a relação de parentesco com administradores das empresas do grupo, logrou proveito pessoal com a prática dos atos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica perpetrados por aqueles que detinham poderes de gestão.

V – Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI [5001775-71.2022.4.03.0000](#), Relatora Desembargadora Federal Audrey Gasparini, j. 25/04/2024, DJEN 06/05/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5028850-51.2023.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. FGTS. LEI Nº 8.036/1990. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/01. CLUBE DE FUTEBOL PROFISSIONAL. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA. ASPECTOS DE FATO. INDÍCIOS DE FRAUDE. ÔNUS DA PROVA.

- A lide posta nos autos diz respeito à contribuição ao FGTS nos moldes da Lei nº 8.036/1990 (não tributária) e da Lei Complementar nº 110/2001 (tributária).

- Não existe identidade entre a remuneração para fins de contribuição previdenciária (que possui delimitação material do campo de incidência no art. 195, I, "a", da Constituição) e de FGTS (desprovido dessa delimitação), como se extrai da Súmula 646/STJ: "É irrelevante a natureza da verba trabalhista para fins de incidência da contribuição ao FGTS, visto que apenas as verbas elencadas em lei (artigo 28, parágrafo 9º, da Lei 8.212/1991), em rol taxativo, estão excluídas da sua base de cálculo, por força do disposto no artigo 15, parágrafo 6º, da Lei 8.036/1990".

- O art. 15 da Lei nº 8.036/1990 (mesmo em sua redação original) contém os elementos básicos da imposição ao FGTS, que foi seguido pelo art. 1º e pelo art. 2º da Lei Complementar nº 110/2001, estabelecendo como base de cálculo a "remuneração paga ou devida". O art. 15, §5º, da Lei nº 8.036/1990 considerada como remuneração mesmo verbas pagas a diretores não empregados, dando a clara compreensão de a incidência do FGTS não ficar restrita apenas a verbas salariais. O art. 87-A da Lei nº 9.615/1998 (introduzido pela Lei nº 13.155/2015) deixa claro que o conceito de "remuneração total" paga ao atleta é "composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem".

- As introduções feitas pela Lei nº 12.395/2011 e pela Lei nº 13.155/2015 não modificaram os contornos interpretativos da Lei nº 9.615/1998 para fins de FGTS, pois embora tenham afirmado que o direito de imagem do atleta é cedido por contrato de natureza civil, não se confundindo com o contrato especial de trabalho desportivo (desde que não supere a 40% do total da remuneração), ao mesmo tempo afirmaram que as verbas recebidas a título de direito de imagem compõem a remuneração total do atleta, de modo que há incidência do FGTS sobre essas verbas, porque tanto a Lei nº 8.036/1990 quanto a Lei Complementar nº 110/2001 preveem a remuneração como base de cálculo.

- Há, ainda, aspectos de fato. A autoridade administrativa, por ocasião da autuação, apontou a forma como os contratos e os pagamentos eram realizados, como indício de que os contratos de direito de imagem eram utilizados para mascarar o pagamento de remuneração. Os indícios de fraude apontados pela autoridade administrativa não foram, ao menos até o presente momento, desconstituídos pela parte autora.

- Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI [5028850-51.2023.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Carlos Francisco, j. 20/06/2024, intimação via sistema 24/06/2024)

SEGUNDA SEÇÃO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL 5030076-28.2022.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO OBJETIVANDO A EMISSÃO DE DIPLOMA EM CURSO SUPERIOR E DANOS MORAIS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. MASSA FALIDA NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. CONFLITO IMPROCEDENTE.

- Conflito negativo de competência entre o Juizado Federal Especial na Subseção Judiciária em São Bernardo do Campo/SP (suscitante) e o Juízo Federal da 3ª Vara Cível na mesma Subseção (suscitado), em sede de ação de rito ordinário proposta por Rodolfo Luis Salviano Machado contra Faculdade Anhanguera de Tecnologia de São Bernardo e Faculdade São Bernardo de Tecnologia por meio da qual pediu a emissão de seu diploma de formado e o pagamento de danos morais.

- O caso em apreço não atrai a exceção do inciso III do § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.259/2001, porquanto o pleito de expedição do diploma de curso superior concluído não implica anulação de ato administrativo, consoante a já assentada jurisprudência deste colegiado.

- Nos termos de precedentes desta E. 2ª Seção, o fato de a requerida ser massa falida não tem o condão de alterar a competência, visto que “as exceções expressas no próprio artigo 3º da Lei 10.259/2001, aplicáveis ao microssistema do Juizado Especial Federal, devem ser interpretadas estritamente, de modo a preservar, ao máximo possível, à regra geral de competência, evidencia-se que a aplicação subsidiária de norma de outro microssistema, além de violar a autonomia da legislação específica, amplia exceção que não pode ser admitida senão estritamente, em conformidade com a jurisprudência da Corte Superior.”

- Conflito julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv [5030076-28.2022.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal André Nabarrete, j. 17/06/2024, DJEN 24/06/2024)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5019252-73.2023.4.03.0000

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, AMBOS DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DESTA CORTE REGIONAL PARA DIRIMIR O INCIDENTE. RE N. 590.409/RJ (TEMA 128), DE REPERCUSSÃO GERAL. SÚMULA N. 428/STJ. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. POLO ATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE LITIGAR PERANTE O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014 NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. CONFLITO IMPROCEDENTE.

I. Reconhecida a competência desta E. Corte Regional para apreciar o presente incidente, com base no decidido pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 590.409/RJ (Tema 128), em regime de repercussão geral, e na Súmula nº 428 do C. Superior Tribunal de Justiça.

II. Cinge-se a controvérsia em verificar a legitimidade da Sociedade de Advogados para figurar no polo ativo de demanda perante o Juizado Especial Federal.

III. Com o advento da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, que promoveu modificações na Lei Complementar nº 123/2006, dentre as quais a revogação dos incs. XI e XIII do seu art. 17 e, ainda, a inclusão do inc. VII do § 5º-C do art. 18, passou a admitir que algumas atividades de prestação de serviços fossem incluídas no SIMPLES NACIONAL, entre elas as de “serviços advocatícios”, possibilitando, assim, o enquadramento das Sociedades Cívis de Advogados como microempresas ou empresa de pequeno porte.

IV. Todavia, nada obstante a publicação da Lei Complementar nº 147/2014 em 08.08.2014, as disposições contidas no seu art. 16, que revogou os citados incs. XI e XIII do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, somente produz efeitos a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da data de sua publicação, consoante disposto no art. 15, ou seja, a contar de 1º.01.2015.

V. Ação Anulatória de Débito Fiscal subjacente foi ajuizada em 21.06.2023, ou seja, quando já vigentes os efeitos das modificações promovidas pelo art. 16 da Lei Complementar nº 147/2014 (revogação dos incs. XI e XIII da LC nº 123/2006), que permitiram às Sociedades de Advogados o enquadramento como microempresas ou empresa de pequeno porte. No entanto, do conjunto probatório acostado aos autos, não se verifica o enquadramento da Sociedade de Advogados (parte autora) como microempresa ou empresa de pequeno porte, a qual figura no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica como “Sociedade Simples Pura”, com data de abertura aos 22.01.2015. Acrescente-se que a própria Sociedade de Advogados autora, em manifestação, afirma se tratar de “Sociedade Simples”.

VI. Impõe-se reconhecer a competência do Juízo da 8ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP (Suscitante) para processar e julgar a ação subjacente, afastada a competência do Juizado Especial Federal, nos termos do art. 6º, inc. I, da Lei nº 10.259/2001.

VII. Precedentes da C. Segunda Seção deste E. Tribunal

VIII. Conflito Negativo de Competência improcedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv [5019252-73.2023.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, j. 08/05/2024, intimação via sistema 13/05/2024)

TERCEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0001168-31.2014.4.03.6142

ADMINISTRATIVO. ANP. AGÊNCIA REGULADORA E FISCALIZADORA. PODER DE POLÍCIA. ATIVIDADE REGULATÓRIA E FISCALIZATÓRIA. ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. COOPERATIVA DE PRODUTORES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS. VERACIDADE E LEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, em razão de sua natureza jurídica de agência reguladora, detém competência para o exercício do poder de polícia, abrangidas neste tanto a atividade normativa (ordem de polícia) como, no caso de descumprimento da regulamentação instituída, a atividade repressiva (sanção de polícia). Tal competência deriva dos poderes traçados na lei de instituição da agência, encontrando na mesma lei os limites de seu exercício.

2. No exercício do poder regulamentar conferido pela Lei nº 9.847/1999, a agência reguladora expediu a Resolução da ANP nº 202/1999, que estabelece os requisitos a serem cumpridos para acesso a atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel.

3. O auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção de legalidade e veracidade, devendo ser demonstrado para sua eventual desconstituição a inexistência dos fatos descritos no auto de infração, ou a atipicidade da conduta ou, ainda, vício em algum de seus elementos componentes.

4. A conduta descrita na autuação configura infração ao ordenamento normativo aplicável à ausência de autorização de distribuição de combustíveis líquidos, inexistindo vício material capaz de afastar a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo.

5. A autoridade fiscalizadora constatou que distribuição de álcool combustível para as usinas cooperadas, restando à apelante suportar a responsabilidade sobre essas infrações.

6. Não há que se falar em ilegalidade da autuação da agência reguladora, já que para a atividade de distribuição de combustíveis é obrigatória a habilitação de distribuidor e a autorização para o exercício da atividade de distribuição, uma vez que a apelante e suas cooperadas possuem apenas autorização para produção de álcool combustível.

7. Apelação não provida, majorando-se o ônus de sucumbência.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv [0001168-31.2014.4.03.6142](#), Relatora Desembargadora Federal Adriana Pileggi, j. 07/06/2024, intimação via sistema 11/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL

5633339-97.2019.4.03.9999

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO DE RECEITA. INOCORRÊNCIA. PERCEPÇÃO ACUMULADA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. TRIBUTAÇÃO PELO REGIME DE COMPETÊNCIA. TEMA 351 DO STJ. TEMA 368 DO STF. CDA. NULIDADE. NOVO CÁLCULO. NÃO CABIMENTO EM GRAU RECURSAL. LEI 6.830/80, ART. 2, § 8º. RECURSO DESPROVIDO.

- Cinge-se a controvérsia em definir se a CDA n. 80 1 12 105879-37 está eivada de nulidade que impede a sua execução fiscal.

- A questão posta no presente recurso demanda a análise da sentença que acolheu os embargos à execução e declarou a nulidade do título executivo que instruiu a execução fiscal nº 0002632-88.2013.8.26.0407.

- O imposto de renda incidente sobre as verbas recebidas acumuladamente, após a procedência de demanda previdenciária, deve observar o regime de competência, aplicando-se a alíquota correspondente ao valor recebido mês a mês, nos exatos termos do Tema 351 do STJ e do Tema 368 do STF.

- Posteriormente, o legislador buscou superar esse entendimento jurisprudencial e introduziu o art. 12-A à Lei 7.713/88, por meio da Lei 13.149/15, estabelecendo que o recebimento de rendimentos acumuladamente deve se dar pelo regime de competência.

- Seja como for, ainda que antes da entrada em vigor do referido dispositivo legal, deve ser aplicado o "regime de competência" nos rendimentos recebidos acumuladamente, em face do entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Inocorrência de omissão de receitas por parte do executado - já que todo o valor por ele recebido tem lastro em processo judicial devidamente juntado aos presentes autos - e sim do critério de apuração do rendimento tributável recebido pelo contribuinte, isto é, se os valores de benefícios previdenciários recebidos atrasados, em decorrência de decisão judicial, devem ser tributados em seu montante integral, na data do efetivo recebimento (regime de caixa) ou se devem ser tributados com base na legislação vigente a cada recebimento que seria devido (regime de competência).

- Não é possível no presente momento se efetuar alteração na CDA, pois o presente processo já se encontra em grau recursal. De acordo com o §8º do art. 2º da Lei 6.830/80, "Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos."

- Não se trata de apenas corrigir a forma de recalcular o montante devido com base em novos parâmetros, mas sim de se refazer o ato de constituição a partir da alteração da base de cálculo do imposto de renda lançado, considerando-se o regime de competência sobre cada montante. Precedentes desta Turma.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv [5633339-97.2019.4.03.9999](#), Relator Desembargador Federal Rubens Calixto, j. 20/06/2024, DJEN 25/06/2024)

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

5002584-31.2021.4.03.6100

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA COM BASE EM REUNIÃO FAMILIAR. DOCUMENTOS. APRESENTAÇÃO. DISPENSA. DESCABIMENTO. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DA UNIÃO PROVIDOS.

1 - Conquanto a política migratória nacional seja baseada na acolhida humanitária e, bem por isso, em assegurar o direito à reunião familiar, há que se cumprir procedimentos próprios constantes da legislação, no que diz com a regularização migratória, razão pela qual não se permite afastar, indiscriminadamente, a exigência a todos imposta a viabilizar a entrada e permanência do estrangeiro no país, que exigem o cumprimento de critérios específicos.

2 - No caso concreto, a impetrante instruiu a ação mandamental com os seguintes documentos: Passaporte em seu nome, emitido pela República de Angola em 11 de junho de 2015, com validade até 11 de junho de 2025 e ingresso no território nacional em 08 de outubro de 2019/25); CPF; Certidão de Antecedentes Criminais emitida pela República de Angola, em 28 de fevereiro de 2020 e Certidão do nascimento do filho da impetrante, P.M., ocorrido em 19 de dezembro de 2019.

3 - Depreende-se da documentação apresentada que a impetrante teve um filho em território nacional, o que a motivou a ingressar com o pedido de autorização para residência.

4 - Em que pese a argumentação desenvolvida neste recurso, a Certidão de Antecedentes Criminais – válida - do país de origem, bem como as Certidões de Nascimento e Consular, devidamente legalizadas e traduzidas, são exigidas pelo art. 129, III e V, do Decreto nº 9.199/2017, assim como pelo art. 234, V, no caso de naturalização ordinária. Ademais, não se mostra irrazoável tal exigência, na medida em que a própria Lei de Migração, em seu artigo 30, §1º, em regra, impede a concessão de autorização de residência "a pessoa condenada criminalmente no Brasil ou no exterior por sentença transitada em julgado".

5 - Ademais, já é assegurado ao solicitante, a partir do protocolo do seu requerimento de refúgio, o direito de residência provisória até o julgamento de seu pleito, nos termos do art. 31, §4º, da Lei nº 13445/2017. Assim, não há justificativa racional para flexibilizar a exigência documental, conforme requerido, a fim de viabilizar a discussão do mesmo direito em dupla via procedimental.

6 - Se a mitigação na apuração dos requisitos gerais de ingresso e permanência de estrangeiro é reconhecida em relação ao detentor da condição de refugiado e se a própria residência é garantida até que se resolva o procedimento específico, não é viável que se formule outro pedido para autorização de residência permanente – ou naturalização ordinária - sem a observância das exigências próprias. O benefício que se confere ao refugiado deve ser exercido nos limites do procedimento que se destina à apuração da respectiva condição e não, extensivamente, em outros aplicáveis a estrangeiros em geral fora da excepcionalidade do pedido de refúgio. Precedentes desta Corte.

7 – Remessa necessária e apelação interposta pela União Federal providas. Sentença reformada.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec [5002584-31.2021.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Carlos Delgado, j. 21/06/2024, intimação via sistema 26/06/2024)

AGRAVO INSTRUMENTO
5018281-25.2022.4.03.0000

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 10, DO ANEXO 10.413/2021 ANATEL. EXIGÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO CÓDIGO 0303 NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE TELEMARKETING. PONDERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES EM CONFLITO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA COLETIVIDADE CONSUMIDORA.

1. Mantida a bem lançada decisão liminar proferida pelo Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, substituto regimental, cujas razões são adotadas como fundamento para decidir:

2. Cotejando-se os argumentos expendidos pelas partes, não se pode afirmar, sequer com razoável segurança, que o direito de uma prevaleça nitidamente sobre o da outra, ambas havendo tecido razões plausíveis e viáveis.

3. Com efeito, se de um lado a autora afirma que o novo sistema dependeria de lei e foi imposto sem a análise de impacto relatório, de outro a ré sustenta que seu ato encontra base no artigo 151 da Lei 9.472/1997 e foi construído com observância estrita do procedimento legal. Se assiste razão a uma ou a outra parte, é questão a ser esclarecida e decidida no momento próprio, mediante cognição exauriente e em caráter definitivo.

4. Nesse cenário, não há falar, data venia, em manutenção da decisão de primeiro grau simplesmente por não ser teratológica, como sustentado pela agravada. Afigurando-se plausíveis e aceitáveis os argumentos de ambas as partes e, portanto, nenhum deles sendo teratológico, não há o menor sentido em, pura e simplesmente, cancelar-se a decisão de primeiro grau, ainda mais quando, repita-se, tomada sem a prévia oitiva da parte ré. A pensar desse modo, a razoabilidade defendida pela instância superior cederia à sustentada pela inferior, o que significaria verdadeira inversão da ordem natural do sistema judicial.

5. Ganha relevo, portanto, para o deslinde da questão, o critério da ponderação entre os interesses em conflito, havendo de ser tutelado o interesse público, que sabidamente prevalece sobre o interesse particular.

6. Não se está, aqui, evidentemente, afirmando que o interesse público coincida com o interesse do poder público, longe disso. O que se diz, sim, é que, no caso dos autos, avulta o interesse da coletividade, em prejuízo do interesse patrimonial da parte autora ou mesmo de certo e limitado número de colaboradores.

7. Ora, o ato cuja legalidade se questiona na petição inicial não foi baixado na defesa do interesse próprio da agência reguladora, mas da coletividade consumidora, pública e notoriamente exposta ao abuso das empresas de telemarketing ativo, as quais, como o próprio nome diz, têm a iniciativa da abordagem muitas vezes indesejada.

8. Note-se, no particular, que a identificação da chamada, mediante o prefixo 0303, em princípio não inviabiliza o exercício da atividade econômica, apenas confere ao destinatário da ligação – mediante informação prestada no momento da chamada – o poder de decisão quanto a atendê-la ou não, o que parece ser inquestionavelmente um direito seu.

9. Precisamente aqui cabe dizer que não há paralelo a fazer com a telemedicina ou o tele-ensino, atividades que não são prestadas sem a iniciativa do interessado. Não há notícia de que médicos ou escolas realizem chamadas telefônicas verdadeiramente anônimas para a formalização de negócios ou para a prestação de serviços.

10. Agravo de instrumento provido, restando prejudicado o agravo interno.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI [5018281-25.2022.4.03.0000](#), Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. 21/06/2024, DJEN 26/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5002192-23.2023.4.03.6100

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. NÃO CUMULATIVIDADE. TRIBUTAÇÃO. DECRETO 11.322/2022. REVOGAÇÃO ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA. INAPLICABILIDADE. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. Cumpre mencionar que a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, bem como ao Programa de Integração Social - PIS, previstas, respectivamente, nas Leis Complementares nº 70/91 e nº 7/70, encontram-se regidas pelos princípios da solidariedade financeira e da universalidade, a teor do disposto nos artigos 194 (incisos I, II, V) e 195 da Constituição Federal/88.

2. Por sua vez, a contribuição ao PIS/COFINS no regime não cumulativo foi instituída pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, prevendo hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas. Os referidos diplomas legais estabeleceram a exigibilidade da contribuição ao PIS à alíquota de 1,65% (artigo 2º da Lei nº 10.637/2002) e da COFINS no percentual de 7,6% (artigo 2º da Lei nº 10.833/2003), ambas a incidirem, ressalte-se, sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da denominação ou classificação contábil da empresa, ou do objeto social, o que permite concluir que as receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas tributadas por meio da sistemática não-cumulativa sofrem incidência da contribuição ao PIS e da COFINS ainda que não se dediquem ao exercício de atividades financeiras.

3. Com a edição da Lei nº 10.865/2004, sobreveio, em seu artigo 27, § 2º, autorização para o Poder Executivo reduzir, bem como restabelecer aos limites anteriores, as alíquotas da contribuição ao PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras obtidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo dessas contribuições.

4. Assim, no dia 1º/04/2015 foi publicado o Decreto nº 8.426 estabelecendo a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não cumulativa às alíquotas de 0,65% para o PIS e 4% para a COFINS.

5. Foi editado, então, o Decreto nº 11.322/2022, de 30/12/2022, que reduzia as referidas alíquotas para 0,33% (PIS) e 2% (COFINS), com produção de efeitos a partir de 01/01/2023. Todavia, em 01/01/2023, sobreveio o Decreto nº 11.374/2023, publicado em 02/01/2023, com vigência imediata, revogando o Decreto nº 11.322/2022, restabelecendo-se as alíquotas do Decreto nº 8.426/2015. Assim sendo, o Decreto nº 11.322/2022 sequer chegou a produzir efeitos.

6. Destarte, considerando que o Decreto nº 11.322/2022, que reduzia as alíquotas, não teve sua vigência efetivada, não há que se falar na necessidade de observância do princípio da anterioridade nonagesimal.

7. Ademais, em decisão cautelar proferida pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski no âmbito da ADC 84, referendada pelo Pleno do STF em

09.05.2023, suspendeu-se a eficácia das decisões judiciais que, de forma expressa ou tácita, tenham afastado a aplicação do Decreto 11.374/2023.

8. Ressalte-se que o contribuinte tem apenas direito ao creditamento nos limites impostos pela lei, considerando tratar-se de “benefício fiscal”, sendo plenamente válida a revogação de determinada hipótese de desconto de crédito de acordo com a política tributária/fiscal adotada à época, desde que chancelada por lei.

9. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv [5002192-23.2023.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Nery Júnior, j. 24/06/2024, intimação via sistema 27/06/2024)

QUARTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0004456-97.2011.4.03.6107

CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALTERAÇÃO DO TRATAMENTO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. IMUTABILIDADE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO.

1. A parte autora propôs a presente ação com o objetivo de obter do Poder Público os medicamentos Insulinas Glardina (Lantus) e Insulina Listro (Humalog), uma vez que tais fármacos não são disponibilizados pelo SUS, para o tratamento de Diabetes Mellitus tipo 1.

2. Após o juízo de primeiro grau ter julgado improcedente o pedido autoral, a sentença foi reformada pela 4ª Turma do TRF da 3ª região sob o argumento de que as provas nos autos indicavam que o tratamento pretendido era imprescindível para conter o avanço da enfermidade, além de demonstrar a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS. No entanto, após o trânsito em julgado do processo, o médico responsável pelo acompanhamento da autora entendeu que o tratamento realizado não estava surtindo efeito e solicitou a readequação do tratamento para disponibilização pelos entes públicos da Insulina Glulisina.

3. Convém destacar que o pedido autoral passa pela alteração de um título executivo judicial, em uma clara afronta à coisa julgada, que tem como efeito ser imutável e indiscutível, conforme disposto na legislação processual pátria. A substituição do medicamento na atual fase processual não pode ser realizada pela impossibilidade de produção de provas, no intuito de demonstrar a necessidade pelo tratamento, além de notória violação ao contraditório, por não permitir a manifestação da parte contrária.

4. Com efeito, no presente caso, o médico responsável pelo acompanhamento da autora foi claro quanto à imprescindibilidade dos medicamentos solicitados inicialmente e, no curso do processo, verificou-se que o tratamento não gerou o efeito pretendido.

5. Cabe a lembrança que o direito à saúde não consiste em fornecer o melhor tratamento possível a um cidadão, com dispêndio de elevados recursos públicos, sob pena de comprometer significativamente as receitas do SUS, mesmo por que a concessão do medicamento pretendido em toda e qualquer situação feita pelo Judiciário ensejaria violação à separação dos Poderes.

6. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv [0004456-97.2011.4.03.6107](#), Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, j. 26/03/2024, DJEN 05/04/2024)

APELAÇÃO CÍVEL

0005082-36.2013.4.03.6111

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DE VERBAS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR - PNAE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.230/2021. POSSIBILIDADE. ART. 10 e 11 DA LEI Nº 8.429/92 (REDAÇÃO DADA PELA LEI NOVA). AUSÊNCIA DA VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE ALCANÇAR O RESULTADO ILÍCITO (DOLO). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

- Trata-se de apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela UNIÃO e pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE, visando a reforma da r. sentença que, em sede de ação civil pública, julgou improcedentes os pedidos formulados.

- O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a UNIÃO e o FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, em seus recursos, requerem a reforma da r. sentença, alegando, em síntese, que restaram demonstrados os atos ímprobos dos apelados.

- Ressalto, de imediato, que, em 26/10/2021, foi publicada e entrou em vigor a Lei nº 14.230, que alterou diversos dispositivos da Lei nº 8.429/92.

- Destaco, também, que, em decisão proferida em 18/08/2022, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sede de repercussão geral (Tema 1199), definiu: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”.

- Feias as devidas considerações sobre a aplicabilidade da nova lei de improbidade ao caso, observo que a Lei nº 8.429/92 (redação dada pela lei nº 14.230/21), em seu art. 17-C, § 3º, dispõe que “não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta Lei”.

- No Tocante ao mérito, os atos de improbidade, que acarretam enriquecimento ilícito, previstos no art. 9ª, da Lei 8.429/92 (redação dada pela Lei nº 14.230/21), referem-se à obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei de improbidade administrativa. Os atos que causam prejuízo ao erário, consagrados no art. 10, relacionam-se à ação ou omissão que acarreta perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no art. 1º.

Constitui ato de improbidade administrativa, ainda, as condutas previstas no art. 11, comissivas ou omissivas, que contrariam princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade e de legalidade.

- Nos termos do art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.429/92 (redação dada pela Lei nº 14.230/21), consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas e, somente estarão sujeitos às sanções da lei de improbidade, aqueles tiverem a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11.

- A configuração da prática de improbidade administrativa, portanto, depende da presença dos seguintes requisitos: recebimento de vantagem indevida/lesão ao erário/violação aos princípios da Administração Pública; conduta dolosa e o nexo causalidade.

- Posto isto, anote-se que, no caso dos autos, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ajuizou a presente ação civil pública em face de PAULO MARQUES DA FONSECA e de ADELICIO APARECIDO MARTINS, por supostos atos de improbidade administrativa decorrentes de condutas consistentes em ilegalidade na aplicação de verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, procedimentos de licitação em desacordo com a legislação - Contratações ilegais, fracionamento do objeto da licitação, adoção de modalidade de licitação diversa da prevista em lei, não cumprimento da obrigatoriedade de adjudicação de objeto por item, homologação de licitação na modalidade convite com apenas uma ou duas propostas válidas, indicação de marca de produto em licitação, valor da nota fiscal em desacordo com o valor contratado, celebração indevida de contratos com prazo de vigência indeterminado, descumprimento de obrigações em relação ao Conselho de Alimentação Escolar, inexistência/ineficiência de controle de estoque e de distribuição de alimentos para a merenda escolar, falta de aplicação no mercado financeiro de verbas federais enquanto não utilizados em sua finalidade do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, ilegalidades referentes às verbas federais para apoio ao transporte escolar na educação básica-PNATE, dispensa indevida de licitação, ilegalidades envolvendo aquisição de bens e prestação de serviços, ilegalidades concernentes à aplicação das verbas destinadas à saúde, irregularidade na execução do contrato, não disponibilização de nota fiscal e comprovante de pagamento, irregularidades no programa de atenção básica em saúde, ausência do ato formal de dispensa de licitação, ausência da realização de pesquisa de preços, falta de atesto de recebimento de mercadorias, notas fiscais sem a identificação da origem dos recursos, contratação de agentes comunitários de saúde (médica e dentista do PSF) em desacordo com a legislação vigente, ausência de pesquisa de preços para aquisição dos itens previstos nos convênios nº 2315/2006 e 2316/06, adquiridos por meio do pregão presencial nº 01/2007 (art. 43, inciso IV, da Lei de Licitação), ausência de controle efetivo de estoque de medicamentos, falta de aporte de contrapartida mínima em relação ao convênio nº 029/2008-MI, não devolução do saldo remanescente dos recursos financeiros e dos respectivos rendimentos provenientes de aplicação financeira, contratação de empresa impedida de contratar com o Poder Público, não formalização dos processos de dispensa de licitação, em descumprimento do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 e realização de despesas sem a correspondente documentação comprobatória, relativamente ao serviço de apoio à gestão descentralizada do Programa Bolsa Família, documentação comprobatória das despesas realizadas com recursos do Programa Proteção Social Básica sem identificação da origem,

utilização de recursos do PBT infância em atividades sem especificidade no tocante à infância e irregularidades na aplicação das verbas federais destinadas à habitação.

- Segundo o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, os atos cometidos por PAULO MARQUES DA FONSECA e de ADELICIO APARECIDO MARTINS estão disciplinados na Lei de Improbidade, em especial, nos artigos 10, caput, e 11, caput, ambos, da Lei nº 8.429/92 (redação original).

- No caso do artigo 10, registro que este passou a vigorar após a publicação da Lei nº 14.230/2021 com a seguinte redação: "Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei".

- Além disso, foram acrescentados ao art. 10 os §§ 1º e 2º, segundo os quais "nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei" e "a mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade".

- Assim, para a configuração do ato de improbidade baseado no art. 10 da Lei nº 8.429/92 (redação dada pela Lei nº 14.230/21), não basta mais a inobservância das regras que cuidam da contratação direta. Há que se demonstrar efetiva perda patrimonial, a causar prejuízo ao erário público.

- Já o art. 11, caput, da Lei 8.429/92, foi alterado pela Lei nº 14.230/2021. Foi eliminado o rol exemplificativo do art. 11 e a nova Lei passou a estabelecer que o ato de improbidade, que atenta contra os princípios da administração pública, é caracterizado pela ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade e por uma das condutas descritas nos incisos do referido dispositivo (rol taxativo), o qual não se inclui as supostas ações praticadas pelos requeridos.

- Da leitura atenta dos autos, considerando o conjunto probatório, bem como a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, entendo que não há que se falar em atos de improbidade administrativa, haja vista a ausência da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito (dolo).

- R. sentença mantida.

- Recursos interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela UNIÃO e pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE não providos.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv [0005082-36.2013.4.03.6111](#), Relatora Desembargadora Federal Mônica Nobre, j. 20/06/2024, DJEN 27/06/2024)

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL

5000077-63.2022.4.03.6100

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. CONSELHO REGIONAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SP. EXIGÊNCIA. INSCRIÇÃO. LEI Nº 14.242/2021. GRADUAÇÃO EM CURSO DE TECNÓLOGO. RECONHECIMENTO PELO MEC. INEXISTÊNCIA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA.

1. Narrou a impetrante, em suma, que solicitou sua inscrição CONSELHO REGIONAL DE DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP, para obtenção do registro profissional. Afirma que, dentre os documentos exigidos para a realização da inscrição, a impetrada exige que seja apresentado o "Diploma SSP" e "comprovante de escolaridade". Alega que a Lei n. 10.602/2002, ao regulamentar a atividade profissional de despachante documentalista, não exigiu qualquer requisito para o exercício da atividade de despachante, de modo que deve prevalecer a norma constitucional do livre exercício profissional.

2. A teor da garantia constitucional ao livre exercício profissional amparada no artigo art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, a exigência de requisitos pelos Conselhos Profissionais, além daquelas previstas em lei, deve ser considerada como restrição ao exercício da atuação do profissional no seu ramo de atividade.

3. A Lei nº 10.602/2002 dispõe sobre o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Despachantes Documentalistas e da sua leitura, não há previsão expressa sobre os requisitos para a inscrição do profissional para o exercício da atividade de despachante documentalista, razão pela qual o Conselho não poderia criar óbices ao requerimento de registro em seus quadros.

4. Mesmo com o advento da Lei nº 14.282/2021, que regulamentou o exercício da profissão de despachante documentalista, a jurisprudência Pátria tem entendido que, muito embora haja previsão no artigo 5º, inciso II, quanto a observância de ser o inscrito graduado em nível tecnológico como despachante documentalista em curso reconhecido na forma da lei, não há como cumprir o requisito exigido, à ausência de curso superior de tecnólogo de Despachante Documentarista regulamentado pelo MEC. Precedentes.

5. Muito embora tenha afirmado a autoridade impetrada que "o curso superior de tecnólogo de Despachante Documentalistas já está disponível no Centro Universitário Uniasselvi, com polos espalhados por todo território nacional e modalidade EAD", não houve comprovação de que o referido Curso é regulamentado pelo MEC. Enquanto não reconhecido pelo MEC e regulamentado o curso tecnológico referido no artigo 5º, II, da Lei n. 14.282/2021, não pode o Conselho Profissional restringir o exercício profissional da impetrante, exigindo a apresentação de diploma de curso de graduação tecnológica como despachante documentalista para inscrição em seus quadros.

6. Remessa necessária não provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv [5000077-63.2022.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 24/06/2024, intimação via sistema 26/06/2024)

SEXTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0016100-87.2013.4.03.6100

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. STATUS DE EMENDA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO ESTADO. CABÍVEL A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. DETRAN/SP. CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES DEVEM DISPONIBILIZAR INTÉRPRETE DE LIBRAS SEM COBRANÇA ADICIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA. PLURALIDADE E IGUALDADE MATERIAL. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. RECURSO PROVIDO.

1. O princípio da separação de Poderes, disposto no artigo 2º da CF, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Trata-se de um controle recíproco entre os Poderes, através de um sistema de freios e contrapesos, a fim de assegurar a cooperação e o equilíbrio entre eles. Nesse sistema, cabe ao Poder Judiciário exercer a revisão dos atos legislativos e administrativos que, em situações concretas, possam acarretar lesão ao direito do cidadão comum ou das próprias instituições, de modo que a discricionariedade administrativa não é absoluta.

2. No caso, ao contrário do que constou na r. sentença, há ofensa a questões relacionadas a direitos reputados como essenciais pelo texto constitucional. Isso porque a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada no Brasil pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF, sendo incorporada ao direito brasileiro como emenda constitucional. Assim, a ausência de ato normativo e fiscalizatório em relação às medidas necessárias à acessibilidade e inclusão, nos termos da Convenção, configura omissão do Estado, cabendo a intervenção do Poder Judiciário.

3. Já em seu preâmbulo, a referida Convenção, que foi promulgada pelo Decreto n. 6.949/2009, reconhece a importância da acessibilidade "aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais", cabendo aos Estados tomar as medidas apropriadas para que o seu acesso a bens e serviços de uso público ou abertos ao público se dê em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Há, também, menção expressa no sentido de que "as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias" (artigo 5º, item 4).

4. Da mesma forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) estabelece, em seu artigo 4º, que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e a não sofrer nenhuma espécie de discriminação em razão da deficiência, o que inclui "a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas"

(§1º), sendo estas definidas, respectivamente, como modificações e ajustes necessários e adequados, que não acarretem ônus desproporcional e indevido, e produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

5. Nessa senda, o Decreto nº 5.626/2005 estabelece que as instituições privadas e as públicas dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e do Distrito Federal buscarão implementar serviços de tradutor e intérprete de Libras em sala de aula e em outros espaços educacionais, bem como equipamentos e tecnologias que viabilizem o acesso à comunicação, à informação e à educação (artigo 23, §2º).

6. Com base nisso, a Resolução nº 558/2015 do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN determinou aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal o dever de disponibilizar às pessoas com deficiência auditiva intérprete ou qualquer outro meio tecnológico hábil para a interpretação da LIBRAS, em diversas fases do processo de habilitação.

7. E, embora o DETRAN/SP tenha imposto, através da Portaria nº 101/2016, aos CFCs a obrigação de fornecer os serviços de intérpretes em libras, não os proibiu de cobrar valores adicionais das pessoas com deficiência auditiva para custear a contratação desses profissionais. Tal lacuna possibilitou a implementação de tal cobrança pelas autoescolas de São Paulo, de forma absolutamente ilegítima e discriminatória.

8. Assim, razão assiste ao Ministério Público Federal ao afirmar que: "Os custos, em hipótese alguma, devem ser suportados (isoladamente) pelo público-alvo, objeto da política inclusiva, sob pena de inadmissível postura que afronta o princípio da isonomia, em sua faceta substancial, que é a que realmente constitui a sua essência, impondo-se a estes destinatários de especial proteção jurídica (decorrente de compromissos internacionais, assim como de mandamentos e diretrizes de caráter constitucional e infraconstitucional), os ônus exclusivos da implementação de tais políticas públicas, já não bastasse a situação adversa que vivenciam".

9. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o C. STF, ao reconhecer a constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência na parte em que estipula o dever dos estabelecimentos privados de ensino de adotar todas as medidas necessárias para acolher alunos com deficiência, sem a imposição de mensalidades/anuidades/matrículas diferenciadas, sob o fundamento de que "a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta" (Tribunal Pleno - ADI 5357/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJE 11/11/2016).

10. Em relação aos custos de tais medidas, a Exma. Ministra Rosa Weber destacou, em sua declaração de voto, que "a vida em coletividade pressupõe a diluição dos gastos necessários à concretização do bem comum, notadamente em se tratando de despesas imprescindíveis à realização de um direito fundamental como é o direito à educação. Assim, os custos efetuados com bens e serviços necessários à implementação de ambiente acessível e de qualidade para todas as pessoas devem ser incorporados aos custos totais das escolas independentemente da fruição, de tais bens e serviços, por todos os alunos".

11. Tais fundamentos também se aplicam ao presente caso, restando evidenciada a necessidade dos réus editarem ato normativo/fiscalizatório ou outra medida no âmbito de suas competências, para garantir que o fornecimento de intérprete em LIBRAS pelos CFCs e autoescolas se dê sem a cobrança de qualquer valor extra das pessoas com deficiência auditiva.

12. Condenação da União e do DETRAN/SP ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa e majorados em 10% em sede recursal, nos termos do artigo 85, §11, do CPC, totalizando o montante de 20% sobre o valor atualizado da causa para cada réu.

13. Ante a relevância da matéria e o tempo transcorrido desde o ajuizamento da ação, concede-se a antecipação da tutela, a fim de os réus cumpram a obrigação de fazer acima estabelecida, no prazo de 06 meses, a contar da intimação deste v. acórdão, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00.

14. Recurso de apelação provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [0016100-87.2013.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Valdeci dos Santos, j. 23/05/2024, intimação via sistema 08/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL

5001387-60.2020.4.03.6105

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTOS DE INFRAÇÃO FISCAL. REEXAME PELA AUTORIDADE AUTUANTE. LEGITIMIDADE. VIOLAÇÃO AO DEVER DE IMPESSOALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. ISENÇÃO DO TRIBUTO RECONHECIDA ADMINISTRATIVAMENTE. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. AUTONOMIA. APELAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Reexame dos autos pela autoridade autuante após o retorno da esfera recursal.

1.1. Não somente é comum, mas é verdadeiramente incentivado aos auditores fiscais que acompanhem os desdobramentos dos autos de infração que lavraram, especialmente para que possam alinhar a própria atuação funcional futura aos entendimentos da administração superior.

1.2. No exercício desse legítimo e zeloso reexame, identificando o auditor qualquer irregularidade no feito, impõe-lhe a comunicação à autoridade competente – estando-se, aqui, diante de um dever de lealdade do servidor público para com a Administração.

2. Autos de infração que, a princípio, foram lavrados com 02 (dois) fundamentos independentes e autônomos: (i) inexistência de direito adquirido à isenção do Decreto-Lei nº 1.510/76; e (ii) erros do contribuinte no cálculo da parcela isenta, ainda que reconhecido o direito à isenção do Decreto-Lei nº 1.510/76.

3. Recurso Especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) que teve por objeto apenas a matéria referente ao direito à isenção do Decreto-Lei nº 1510/76, não tendo sido devolvido àquele órgão recursal o lançamento atinente aos erros de cálculo apontados pela fiscalização.

4. A obrigação acessória prevista no art. 113, § 2º c/c art. 115, ambos do CTN, é independente da obrigação principal, e subsiste, ainda que isento o imposto, em atenção ao interesse fiscalizatório da Administração Tributária.

5. Considerando que os lançamentos tributários desafiados pelos apelantes se referem não ao tributo administrativamente reconhecido incabível, mas, sim, à infração da obrigação acessória de apuração do ganho de capital, obrigação acessória essa que possui caráter autônomo em relação à principal, não se verifica a aduzida irregularidade no agir da autoridade coatora.

6. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [5001387-60.2020.4.03.6105](#), Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 24/05/2024, intimação via sistema 03/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5004813-61.2021.4.03.6100

TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO. LEI N. 8.989/1995. VEÍCULO SINISTRADO. RECUPERAÇÃO DE SALVADOS. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE À SEGURADORA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

1. O artigo 6º da Lei nº 8.989/1995 estabelece que "a alienação do veículo adquirido nos termos desta Lei que ocorrer no período de 2 (dois) anos, contado da data de sua aquisição, a pessoas que não satisfaçam as condições e os requisitos estabelecidos para a fruição da isenção acarretará o pagamento pelo alienante do tributo dispensado, atualizado na forma prevista na legislação tributária. (Redação dada pela Lei nº 14.183, de 2021)".

2. O artigo 12, inciso III, da Instrução Normativa RFB nº 1.769/2017 assegura que não será exigido o IPI sobre a transferência de propriedade do veículo para a companhia seguradora quando ocorrido o pagamento de indenização em decorrência de perda total por sinistro, por não configurar alienação do veículo adquirido com isenção.

3. A transferência da propriedade do veículo sinistrado (enchente) à seguradora, mediante pagamento de indenização integral, não enseja a exigência do IPI, não recolhido originalmente em face de isenção (pessoa com deficiência).

4. Honorários recursais no percentual de 1% sobre o valor da causa, a serem acrescidos aos fixados pelo Juízo de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 85, § 1º, fine, combinado com o § 11, do Código de Processo Civil.

5. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [5004813-61.2021.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Mairan Maia, j. 27/02/2024, DJEN 07/03/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5033401-44.2022.4.03.6100

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. ERRO NA DECLARAÇÃO. IRREGULARIDADE DA NOTIFICAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Consoante o princípio da causalidade aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração do incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.

- Não restou demonstrada a irregularidade da notificação, pois embora enviada para endereço no qual a autora não mais residia houve a intimação por edital.

- É ônus do contribuinte manter atualizado seu cadastro perante o órgão fazendário.

- A intimação por edital após intimação postal encaminhada a endereço declarado pelo contribuinte é válida.

- O lançamento fiscal decorreu de erro do contribuinte ao enquadrar em sua declaração os valores recebidos a título de sucumbência em ação de desapropriação no conceito de Rendimento Recebido Acumuladamente, de modo que a princípio não havia qualquer irregularidade no lançamento.

- Os documentos colacionados nos autos não permitem concluir a existência de irregularidade no processo administrativo.

- O lançamento tributário, como ato administrativo que é, goza de presunção de legalidade e veracidade, que só pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do contribuinte.

- Cabia ao autor, na seara administrativa, juntar os documentos comprobatórios das alegações ventiladas, essenciais ao deslinde do feito, em especial o comprovante de recolhimento do tributo referente aos valores omitidos em sua declaração, que serviram de base para o lançamento tributário, ônus que lhe incumbia.

- Deve a parte autora responder pela verba de sucumbência.

- A título de honorários recursais, a verba honorária fixada na sentença, deve ser majorada do valor equivalente a 1% (um por cento) do seu total.

- Recurso da parte autora não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv [5033401-44.2022.4.03.6100](#), Relator Desembargador Federal Souza Ribeiro, j. 24/05/2024, DJEN 03/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

5034705-11.2023.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE VAGA DE GARAGEM. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. HIPÓTESES DO ARTIGO 151 DO CTN. TAXATIVIDADE.

- A Lei Federal nº. 8.009/90 determina a impenhorabilidade do bem imóvel próprio do casal ou entidade familiar, utilizado para moradia. Porém, caso o imóvel possua vaga de garagem, faz-se necessário verificar a autonomia do espaço com relação à residência, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp n. 2.170.905/SP, j. 06/03/2023, DJe de 20/03/2023, rel. Min. RAUL ARAÚJO).

- Mesmo que reconhecida a natureza de bem de família da unidade residencial, será possível a penhora da vaga de garagem autônoma. Esse é o teor da Súmula nº. 499 do Superior Tribunal de Justiça: "A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora".

- A indeterminação da vaga dentro da garagem coletiva não afasta a autonomia do espaço com relação à unidade condominial, não constituindo óbice à constrição. Nesse sentido, precedente desta Corte Regional.

- Consoante entendimento repetitivo do Superior Tribunal de Justiça, "a mera discussão judicial da dívida, sem garantia idônea ou suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151 do CTN, não obsta a inclusão do nome do devedor no CADIN" (1ª Seção, REsp 1137497/CE, j. 14/04/2010, DJe 27/04/2010, Rel. Min. LUIZ FUX).

- A suspensão da exigibilidade do crédito só ocorre nas hipóteses previstas no artigo 151 do Código Tributário Nacional, das quais se destacam o depósito integral (inciso II) e a concessão de liminar em processo judicial (incisos IV e V).

- No caso concreto, não há prova de hipótese suspensiva da exigibilidade do crédito fiscal, de sorte que remanesce hígida a presunção de liquidez e certeza do crédito fiscal, conforme artigos 204, do Código Tributário Nacional, e 3º, da Lei Federal nº. 6.830/80.

- Agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI [5034705-11.2023.4.03.0000](#), Relatora Desembargadora Federal Giselle França, j. 24/05/2024, DJEN 03/06/2024)

TERCEIRA SEÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA

5002996-60.2020.4.03.0000

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA POR IDADE. PRELIMINAR – REEXAME DA AÇÃO SUBJACENTE. VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA CARACTERIZADA. PERÍODOS DE AUXÍLIO-DOENÇA INTERCALADOS. CARÊNCIA. HIPÓTESE DE RESCISÃO CONFIGURADA. JUÍZO RESCISÓRIO. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. TRABALHADOR URBANO. REQUISITOS PREENCHIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA. AÇÃO RESCISÓRIA PROVIDA. SUCUMBÊNCIA.

- Ação rescisória ajuizada em 11/02/2020. Decisão transitou em julgado em 19/06/2019.

- Concessão da justiça gratuita à parte autora. Dispensa do recolhimento de depósito prévio (cf. art. 968, §1º, do CPC).

- Preliminar: ação com caráter recursal - intenção de reexame de provas. Questão que se confunde com o mérito.

- Pedido de rescisão fundado no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil. Violação de normas jurídicas.

- Violação aos artigos 60, inciso III, do Decreto nº 3.048/1999 e 55, inciso II, da Lei nº 8.213/1991 - previsão de que o tempo intercalado em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença seja considerado tempo de contribuição.

- Violação aos artigos 48, caput, da Lei nº 8.213/1991 e 51, caput, do Decreto nº 3.048/1999 - deixou-se de computar o período de auxílio-doença para fins de carência, considerando não preenchidos os requisitos e indeferindo indevidamente a aposentadoria por idade.

- Contribuições previdenciárias anteriores e posteriores ao auxílio-doença comprovadas e incontroversas – INSS computou, para fins de carência, 154 contribuições a partir da filiação ao RGPS em 10/08/1977, com o último período anotado de 01/03/2012 a 30/11/2013.

- Controvérsia: possibilidade de serem considerados, para efeito de carência, os períodos em que a parte autora esteve em gozo do benefício de auxílio-doença (de 09/11/2004 a 18/12/2007).

- Julgado rescindendo contrariou a disposição legal ao desconsiderar o período do auxílio-doença como tempo de carência, por entender que havia decorrido lapso temporal considerável entre a cessação daquele benefício e o recolhimento posterior de contribuições previdenciárias. Interpretação contrária ao texto legal.

- Tema 88 de Repercussão Geral julgado em 21/09/2011. Precedentes do STF e STJ. Jurisprudência pacífica.

- Hipótese de juízo rescindente comprovada: violação a normas jurídicas. Desconstituição do acórdão.

- Juízo rescisório. Remessa oficial não conhecida e apelação do INSS reapreciada.

- Para a percepção do benefício de aposentadoria por idade, exige-se o implemento da idade mínima de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, e o recolhimento do número mínimo de contribuições previdenciárias, para o cumprimento da carência.

- O período de carência exigido é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais (art. 25, II, da Lei nº 8.213/91), observadas as regras de transição previstas no art. 142, da referida Lei.

- O C. STJ alicerçou entendimento no sentido de que a carência exigida deve levar em conta a data em que o segurado implementou as condições necessárias à concessão do benefício.

- O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.298.832/RS, julgado em 18/02/2021, na sistemática dos recursos repetitivos, no Tema 1125 da Repercussão Geral, firmou o seguinte entendimento: "É constitucional o cômputo, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo do benefício de auxílio-doença, desde que intercalado com atividade laborativa."

- Por atividade laboral, entende-se tanto a atividade desenvolvida com anotação em CTPS, quanto o recolhimento de contribuições pelo segurado, consoante disposto no art. 152, inc. VII, "a" e § 13, da Portaria DIRBEN/INSS Nº 991/2022. Precedente desta Corte.

- Os períodos contributivos computados (mais de 190 contribuições) são suficientes ao cumprimento da carência legal exigida.

- Requisitos preenchidos. Benefício deferido.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (06/01/2014), uma vez que implementados os requisitos necessários à sua concessão a partir de tal data. Sentença mantida.

- As parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora na forma estabelecida e pelos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, alterado pela Resolução CJF nº 784/2022, de 08 de agosto de 2022, ou daquele que estiver em vigor na data da liquidação do título executivo judicial.

- Parte autora beneficiária da justiça gratuita, pelo que não há que se falar em condenação do INSS ao reembolso das custas processuais.

- Quanto às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei nº 1060/50. Observando a justiça gratuita deferida à parte autora.

- Cabe ao INSS o pagamento de honorários advocatícios. Redução para 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença, conforme artigo 20, §§3º

e 4º, do Código de Processo Civil/1973, vigente à época, e Súmula nº 111/STJ. Apelação do INSS parcialmente provida.

- Sucumbência na rescisória: parte ré (INSS) condenada ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

- Ação rescisória procedente. Em juízo rescisório, remessa oficial não conhecida, apelação do INSS parcialmente provida para reduzir a verba honorária e, de ofício, esclarecidos os critérios de correção monetária e juros de mora, nos termos da fundamentação, restando mantida no mais a sentença que reconheceu o direito à aposentadoria por idade a partir da DER.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, AR [5002996-60.2020.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal Erik Gramstrup, j. 29/05/2024, DJEN 05/06/2024)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL

5010276-77.2023.4.03.0000

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA AJUIZADA NA JUSTIÇA ESTADUAL. SUPERVENIENTE INSTALAÇÃO DE VARA FEDERAL NO MUNICÍPIO. EXECUÇÃO DO JULGADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- A instalação superveniente de Vara Federal no município de domicílio da parte autora, comarca na qual foi ajuizada a ação previdenciária, induz à competência absoluta prevista no artigo 109, I, da Constituição Federal, não subsistindo a competência delegada.

- A regra de competência absoluta fixada na Constituição Federal prevalece independentemente da fase em que o processo se encontre. Exceção ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis* e ao artigo 516, II, do Código de Processo Civil (CPC) configurada.

- Hipótese não abarcada pela tese jurídica firmada no julgado proferido no Incidente de Assunção de Competência 6 (IAC6) no Conflito de Competência n. 170.051/RS (2019/0376717-3), cuja análise não trata da hipótese de extinção da competência delegada em razão de ulterior instalação de Vara Federal na mesma localidade.

- Conflito de competência julgado procedente para declarar a competência da Justiça Federal de Jundiaí/SP para a execução do julgado.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CCCiv [5010276-77.2023.4.03.0000](#), Relatora Desembargadora Federal Daldice Santana, j. 05/06/2024, intimação via sistema 05/06/2024)

SÉTIMA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0007337-37.2016.4.03.6183

PREVIDENCIÁRIO - RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA E CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E ANULATÓRIA DE INDÉBITO - INCAPACIDADE DEFINITIVA PARA A ATIVIDADE HABITUAL - IDADE AVANÇADA - DEMAIS REQUISITOS PREENCHIDOS - INCAPACIDADE PREEXISTENTE NÃO CONFIGURADA - TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA - APELO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA.

1. Em razão de sua regularidade formal, o recurso foi recebido, nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015.

2. Os benefícios por incapacidade, previstos na Lei nº 8.213/91, destinam-se aos segurados que, após o cumprimento da carência de 12 (doze) meses (art. 25, I), sejam acometidos por incapacidade laboral: (i) incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laborativa, no caso de aposentadoria por invalidez (art. 42), ou (ii) incapacidade para a atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, no caso de auxílio-doença (art. 59).

3. Para a obtenção dos benefícios por incapacidade, deve o requerente comprovar o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) qualidade de segurado, (ii) cumprimento da carência, quando for o caso, e (iii) incapacidade laboral.

4. No caso dos autos, o exame realizado pelo perito oficial em 11/10/2017 constatou que a parte autora, pedreiro, idade atual de 69 anos, está incapacitada definitivamente para o exercício de sua atividade habitual, como se vê do laudo oficial.

5. O laudo em questão foi realizado por profissional habilitado, equidistante das partes, capacitado, especializado em perícia médica, e de confiança do r. Juízo, cuja conclusão encontra-se lançada de forma objetiva e fundamentada, não havendo que falar em realização de nova perícia judicial. Atendeu, ademais, às necessidades do caso concreto, possibilitando concluir que o perito realizou minucioso exame clínico, respondendo aos quesitos formulados, e levou em consideração, para formação de seu convencimento, a documentação médica colacionada aos autos.

6. Embora o perito oficial afirme que a incapacidade atual teve início em setembro de 2017, há elementos, nos autos, que conduzem à conclusão que tal incapacidade iniciou com o agravamento do quadro em 2009, que motivou a realização de tratamento cirúrgico do quadril direito (Artroplastia total), em abril de 2011, a partir de quando a incapacidade se tornou definitiva para a atividade habitual da parte autora, em razão das sequelas desenvolvidas.

7. Há que se considerar, também, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais da segurada, sendo certo que, no caso concreto, a parte autora exerceu, por toda vida, apenas atividades braçais, e conta, atualmente, com idade de 69 anos, não tendo condição e aptidão intelectual para se dedicar a outra profissão.

8. O magistrado não está adstrito às conclusões do laudo pericial, conforme dispõem o artigo 436 do CPC/1973 e o artigo 479 do CPC/2015, também podendo ser considerados, como no caso, outros elementos de prova constantes dos autos.

9. Considerando que a parte autora, conforme conjunto probatório dos autos, não pode mais exercer, de forma definitiva, a sua atividade habitual desde 25/03/2009, e não tendo ela idade nem condição para se dedicar a outra atividade, é possível restabelecer o auxílio-doença e convertê-lo em aposentadoria por invalidez, até porque preenchidos os demais requisitos legais.

10. Demonstrado, nos autos, que a parte autora é segurada da Previdência Social e cumpriu a carência de 12 (doze) contribuições, exigida pelo artigo 25, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

11. Não há que se falar, no caso, de preexistência da incapacidade ao reingresso no regime em setembro de 2007. Com efeito, o conjunto probatório dos autos, como exposto acima, atesta que, após o acidente sofrido em setembro de 2007, houve recuperação da capacidade laboral e, apenas em março de 2009, teve início da incapacidade atual. Não houve, portanto, irregularidade na concessão do benefício, sendo indevida a cobrança dos valores recebidos no período de 29/04/2009 a 30/11/2013.

12. O termo inicial do benefício, em regra, deveria ser fixado à data do requerimento administrativo ou, na sua ausência, à data da citação (Súmula nº 576/STJ) ou, ainda, na hipótese de auxílio-doença cessado indevidamente, no dia seguinte ao da cessação indevida do benefício.

13. No caso, o termo inicial do auxílio-doença é fixado em 01/12/2013, dia seguinte ao da suspensão do pagamento do benefício, até porque, nessa ocasião, a parte autora já estava incapacitada para o exercício da atividade laboral, conforme se depreende do laudo oficial. E, considerando a idade da parte autora quando da elaboração do laudo oficial (63 anos), e a ausência de condições de reabilitá-la para outra atividade (baixa instrução), deve o auxílio-doença, a partir de 08/11/2017, data da juntada do laudo, ser convertido em aposentadoria por invalidez.

14. Para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, revendo posicionamento adotado anteriormente, devem ser aplicados os índices e critérios previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, vigente na data da execução.

15. Relativamente à verba honorária, revendo posicionamento anterior, e em consonância com o entendimento dominante esposado pelas Turmas da 3ª Seção deste Egrégio Tribunal - no sentido de que, nos casos em que o benefício previdenciário não é concedido em sentença, mas apenas em sede recursal, a base de cálculos da verba honorária compreende as parcelas vencidas até a data da decisão concessiva do benefício -, o INSS deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor das parcelas vencidas até a data do presente julgamento (Súmula nº 111/STJ), acrescidos, ainda, de 10% do valor

cobrado da parte autora, conforme Relatório Simplificado constante do ID286457236, págs. 105-106, devidamente atualizado.

16. A Autarquia Previdenciária, no âmbito da Justiça Federal, está isenta das custas processuais (Lei nº 9.289/96, art. 4º, I), mas (i) não do reembolso das custas recolhidas pela parte autora (artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.289/96), inexistentes, no caso, tendo em conta a gratuidade processual que foi concedida à parte autora, (ii) nem do pagamento de honorários periciais ou do seu reembolso, caso o pagamento já tenha sido antecipado pela Justiça Federal, devendo retornar ao erário (Resolução CJF nº 305/2014, art. 32).

17. Apelo provido. Sentença reformada.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv [0007337-37.2016.4.03.6183](#), Relatora Desembargadora Federal Inês Virgínia, j. 23/04/2024, intimação via sistema 05/05/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5005531-30.2023.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ÓBITO DO MANTENEDOR APÓS EC 103/19. LEGISLAÇÃO ESPECIAL APLICÁVEL. ECA. PROTEÇÃO DO MENOR VULNERÁVEL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REPERCUSSÃO GERAL APLICADA. TEMA 1271. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. MAJORAÇÃO DO JULGADO.

1. O benefício de pensão por morte está disciplinado nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/1991, sendo requisitos para a sua concessão a qualidade de segurado do de cujus e a comprovação de dependência do pretense beneficiário.

2. A legislação aplicável à pensão por morte é aquela vigente à época do óbito, em consonância com o princípio *tempus regit actum*, com guarita no artigo 74, da Lei de Benefícios.

3. A questão controvertida versa sobre a qualidade de dependente da parte autora, já que é menor sob guarda desde 05/12/2012.

4. O INSS alega impossibilidade de concessão do benefício em razão da alteração da legislação aplicável à menor sob guarda. De acordo com o §2º do artigo 16, da Lei de Benefícios, o enteado e o menor tutelado são equiparados aos filhos mediante declaração do segurado e desde que comprovem a dependência econômica.

5. 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 (art. 23, §6º, da EC 103/19).

6. Foi aplicado à matéria, a sistemática de repercussão geral sob o Tema 1271 (Decisão do Plenário virtual do STF proferida em 06/09/2023, de relatoria da Min. Rosa Weber, DJe 18/09/2023).

7. Nesse contexto, é possível a aplicação que acolha a vulnerabilidade da menor visando a preservação dos seus interesses. Logo, aplicável ao caso o entendimento trazido pelo STJ, no REsp 1.411.258/RS.

8. Conjunto probatório suficiente à comprovação da qualidade de segurado do falecido e da dependência econômica da menor sob guarda.

9. Apliquem-se para o cálculo dos juros de mora e correção monetária, os critérios estabelecidos pelo Manual De Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal vigente à época da elaboração da conta de liquidação até a edição da EC 113/2021, a partir de quando será aplicada exclusivamente à taxa Selic.

10. Apelação do INSS desprovida. Alteração, de ofício, dos critérios de atualização monetária e juros de mora.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv [5005531-30.2023.4.03.9999](#), Relator Desembargador Federal Jean Marcos, j. 27/06/2024, intimação via sistema 28/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5077156-27.2023.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO RECLUSÃO. CONDIÇÃO DE BAIXA RENDA DO SEGURADO DEMONSTRADA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PRESCRIÇÃO. DIB. VERBA HONORÁRIA. CUSTAS. AUTODECLARAÇÃO.

- O auxílio-reclusão é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.213/1991.

- A renda a ser aferida é a do detento e não a de seus dependentes. (RE 587365, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 08/05/2009).

- No caso, considerando a DIB, não se faz presente a prescrição quinquenal.

- A parte autora deve comprovar a manutenção no cárcere do instituidor, mediante apresentação de certidão judicial que ateste o recolhimento efetivo à prisão (Art. 80, § 1º, da Lei 8213/91), na esfera judicial.

- A verba honorária de sucumbência incide nommontante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Turma, aplicada a Súmula 111 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual os honorários advocatícios, nas ações de cunho previdenciário, não incidem sobre o valor das prestações vencidas após a data da prolação da sentença.

- Quanto à alegação de necessidade de a parte autora apresentar autodeclaração, entendo tratar-se de procedimento a ser efetuado na esfera administrativa, em que se dispensa a determinação judicial.

- A autarquia previdenciária está isenta das custas processuais no Estado de São Paulo. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

- Quanto ao prequestionamento suscitado, assinalo não ter havido nenhuma infringência à legislação federal ou a dispositivos constitucionais.

- Apelação do INSS parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv [5077156-27.2023.4.03.9999](#), Relator Desembargador Federal Marcelo Vieira, j. 10/04/2024, intimação via sistema 11/04/2024)

OITAVA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0005155-42.2017.4.03.9999

PREVIDENCIÁRIO. IRREPETIBILIDADE DE VALORES RECEBIDOS DE BOA FÉ. TEMA 979 DO STJ. MODULAÇÃO DE EFEITOS. NÃO INCIDÊNCIA DA TESE NOS PROCESSOS AJUIZADOS EM DATA ANTERIOR À DECISÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. ÔNUS PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE BOA-FÉ POR PARTE DO SEGURADO.

1. O art. 103-A da Lei 8.213/91 dispõe que "o direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

2. O STF já assentou entendimento de que diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever e anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. No mesmo sentido são as súmulas 346 e 473, ambas do STF.

3. Ao constatar a ilegalidade na concessão do benefício e iniciar procedimento administrativo de apuração e cobrança dos valores, respeitado o contraditório e ampla defesa, a autarquia age em conformidade com o ordenamento jurídico, motivo pelo qual é válido o procedimento de cobrança.

4. Quanto à devolução dos valores recebidos indevidamente, o assunto foi discutido no Tema 979, do STJ, cuja tese firmada é a seguinte "Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados, decorrentes de erro administrativo (material ou operacional) não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela administração, são repetíveis, sendo legítimo o desconto no percentual de até 30% do valor do benefício pago ao segurado/beneficiário, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprove sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido".

5. Com a modulação dos efeitos o Tema 979 só é aplicável "aos processos que já estavam em curso, na primeira instância, a partir da divulgação desta decisão judicial", ou seja, a partir de 23/04/2021.

6. No caso dos autos, o processo foi distribuído em 29/02/2016 e redistribuído por dependência/prevenção em 16/07/2019. Portanto, afasta-se a aplicação do tema 979, do STJ, cujo precedente é de observância obrigatória, aproveitando à parte autora, não lhe recaindo o ônus de provar sua boa-fé.

7. Da análise de todo o conjunto probatório acostado aos autos não restou caracterizada má-fé da apelante. Diante da ausência de comprovação da má-fé da segurada, cumulado com o caráter alimentar do benefício, os valores recebidos de forma indevida são irrepetíveis.

8. Apelo da parte autora provido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv [0005155-42.2017.4.03.9999](#), Relatora Desembargadora Federal Silvia Rocha, j. 25/06/2024, DJEN 28/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5004155-53.2020.4.03.6106

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE AÇÃO JUDICIAL QUE REVISOU BENEFÍCIO INSTITUIDOR. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. PRESCRIÇÃO.

- O INSS tinha ciência da ação judicial que beneficiou o instituidor, sendo que, quando instado a cumprir a obrigação de fazer, deveria ter efetuado administrativamente a revisão do benefício de pensão por morte dele decorrente, pagando as prestações devidas desde sua data de início, dado que a ação judicial para revisão do benefício foi protocolada pelo instituidor em 2014 e transitou em julgado em 2018.

- Não há que se falar em prescrição quinquenal, uma vez que, tendo a pensão por morte sido concedida durante o trâmite da ação revisional do benefício instituidor, patente que interrompida a prescrição quinquenal, a teor do artigo 240 do CPC. Assim, são devidas as diferenças desde a DIB da pensão por morte, em 09/10/2017.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv [5004155-53.2020.4.03.6106](#), Relatora Desembargador Federal Therezinha Cazerta, j. 11/06/2024, DJEN 14/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL

0003005-76.2021.4.03.6304

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR PARCIALMENTE COMPROVADA NA SEARA ADMINISTRATIVA. REQUISITOS CUMPRIDOS MEDIANTE REAFIRMAÇÃO DA DER. BENEFÍCIO CONCEDIDO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A concessão da aposentadoria por tempo de serviço, hoje tempo de contribuição, está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91.

2. A EC nº 103/2019, por sua vez, trouxe as seguintes regras de transição para os segurados filiados ao Regime Geral da Previdência Social até a entrada em vigor da referida norma.

3. Cumpre observar que o artigo 4º da EC nº 20/98 estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no Regime Geral da Previdência Social.

4. Por seu turno, o artigo 55 da Lei nº 8.213/91 determina que o cômputo do tempo de serviço para o fim de obtenção de benefício previdenciário se obtém mediante a comprovação da atividade laborativa vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, na forma estabelecida em Regulamento.

5. E, no que se refere ao tempo de serviço de trabalho rural anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, aplica-se a regra inserta no § 2º do artigo 55.

6. Cabe destacar ainda que o artigo 60, inciso X, do Decreto nº 3.048/99, admite o cômputo do tempo de serviço rural anterior a novembro de 1991 como tempo de contribuição.

7. No caso dos autos, o autor pretende, em sede recursal, o reconhecimento de alegada atividade campesina regular, em regime de subsistência, nos interregnos de 10/03/1968 a 1987 e de 1992 a 2000, realizada em propriedade rural de titularidade de seu genitor.

8. Nota-se do processado, ainda, que o INSS, na seara administrativa recursal, teria reconhecido a alegada atividade rural do demandante no período de 02/03/1977 a 01/04/1987, determinando o cômputo do interregno para fins de tempo de contribuição. Tal julgado administrativo consignou, ainda, que o período de 01/02/1992 a 21/01/1994 também poderia ser objeto de eventual reconhecimento, desde que indenizadas as contribuições respectivas, o que nunca ocorreu.

9. Em relação ao reconhecimento de labor campesino já efetuado em sede recursal administrativa, ele é incontroverso (02/03/1977 a 01/04/1987), sendo descabida qualquer apreciação judicial nesse ponto. Não há que se falar em eventual reconhecimento de quaisquer outros eventuais períodos anteriores, uma vez que nunca houve pedido administrativo nesse sentido (vide ID 270614151 – págs. 89/90), sendo evidente a ausência de interesse de agir judicialmente.

10. Por sua vez, quanto à possibilidade de reconhecimento de atividade campesina para períodos posteriores a 01/11/1991, destaco que esses apenas

poderiam ser objeto de eventual apreciação judicial, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço ou outro benefício de valor superior à renda mínima, mediante o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, conforme disposto no artigo 55, §2º, da Lei nº 8.213/91 c/c disposto no artigo 161 do Decreto nº 356/91 e no artigo 123 do Decreto nº 3.048/99. Precedente.

11. Desse modo, tendo em vista que o presente feito refere-se exclusivamente à concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, o tempo de serviço rural de 1992 a 2000, independentemente de ser reconhecido o regime de economia familiar, somente poderá ser computado em caso de pagamento das contribuições previdenciárias correspondentes, o que no caso não ocorreu. Logo, o período em questão não deve ser computado para fins de aposentadoria por tempo de contribuição. Diante disso, na data do requerimento administrativo, o autor não possuía tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos dos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, conforme determinado pela r. sentença.

12. Por outro lado, verifico que o autor continuou a verter contribuições previdenciárias regulares depois de ter formulado o requerimento administrativo (com exceção daquela vertida em valores inferiores ao salário mínimo, referente a competência 01/2020), consoante informações obtidas pelo sistema CNIS-DATAPREV, passando assim a fazer jus à benesse vindicada a partir de 09/10/2022, consoante disposição do artigo 17 das regras de transição da EC 103/19, pois cumpriu o tempo mínimo de contribuição até a data da entrada em vigor da EC 103/19 (mais de 33 anos), o tempo mínimo de contribuição (35 anos), a carência de 180 contribuições (Lei 8.213/91, art. 25, II) e o pedágio de 50% (0 anos, 11 meses e 9 dias), conforme observado na tabela anexa que fica fazendo parte do presente julgado.

13. No tocante aos honorários advocatícios, destaco que descabe sua fixação quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo, nos termos do julgamento proferido, aos 23/10/2019, nos autos do REsp 1.727.063-SP (Tema Repetitivo 995).

14. No presente caso, vejo que a parte autora sucumbiu na maior parte do pedido, uma vez que não foi reconhecido judicialmente qualquer período de atividade campesina em regime de economia familiar e que só restou agraciada com a concessão de benefício previdenciário em razão de recolhimentos vertidos posteriormente a DER, por meio de reafirmação. Desse modo, condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, §§ 2º e 3º do CPC, suspensa, porém, a exigibilidade de tal verba, na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, por tratar-se de beneficiária da justiça gratuita.

15. Apelação da parte autora parcialmente provida. Benefício concedido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv [0003005-76.2021.4.03.6304](#), Relator Desembargador Federal Toru Yamamoto, j. 25/06/2024, DJEN 27/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5001231-27.2021.4.03.6141

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AERONAUTA. EXPOSIÇÃO À PRESSÃO ATMOSFÉRICA ANORMAL. PROVA EMPRESTADA. TEMPO ESPECIAL. RECONHECIMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REAFIRMAÇÃO DA DER. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO

1. A decisão ora agravada, naquilo em que reconheceu a especialidade do labor da autora por exposição à pressão atmosférica anormal, com base inclusive em prova emprestada, foi prolatada em consonância com o permissivo legal e está amparada também em entendimento desta Oitava Turma, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A reiteração da essência das afirmações expostas na decisão agravada, que ora se faz, é suficiente ao deslinde da causa e não configura violação ao art. 1.021, § 3º, do CPC/2015, haja vista que esse dispositivo, interpretado em conjunto com o seu §1º, não impõe ao julgador, em sede de agravo interno, o dever de refazer o texto da decisão com os mesmos fundamentos, porém em palavras distintas, quando inexistentes novas (e relevantes) teses recursais. Jurisprudência.

3. Há a necessidade de ajustamento da monocrática para fins de esclarecimentos em relação aos juros moratórios.

4. A incidência dos juros de mora se dá a partir da citação.

5. Observa-se dos autos que o INSS impugnou expressamente o pleito de reafirmação da DER desde a apresentação da sua contestação (id. 256527187), não havendo, pois, que se falar em ausência de sucumbência, devendo ser mantida, assim, a condenação da autarquia em honorários advocatícios.

6. Entendimento firmado pelo C. STJ no julgamento dos EDcl no REsp nº 1727063 – SP, representativo da controvérsia do Tema 995.

7. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, ApCiv [5001231-27.2021.4.03.6141](#), Relatora Desembargadora Federal Louise Filgueiras, j. 12/06/2024, DJEN 18/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO
5023530-88.2021.4.03.0000

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA CORRESPONDENTE A 1/30 AVOS DO VALOR DO BENEFÍCIO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER PELO INSS. VALOR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A imposição da multa diária, como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer, tem respaldo nos artigos 536, § 1.º, e 537 do Código de Processo Civil.

2. Essa medida inibe o devedor de descumprir a obrigação de fazer, ou de não fazer, e visa assegurar a observância das ordens judiciais, bem como garantir a efetividade do direito reconhecido em prazo razoável.

3. Entendimento de que a multa diária na proporção de 1/30 avos do benefício atende tanto a intimidação do devedor para a força cogente das decisões judiciais quanto a relação de proporcionalidade com o interesse a ser protegido pela prestação da obrigação principal. Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI [5023530-88.2021.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal João Consolim, j. 10/04/2024, intimação via sistema 15/04/2024)

NONA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

0043237-89.2010.4.03.9999

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC. TEMA 1.018. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1767789/PR E 1803154/RS. BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. OPÇÃO. PARCELAS PRETÉRITAS. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

- Incidente de retratação em razão do decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso representativo da controvérsia (Tema 1.018 - Recurso Especial repetitivo 1767789/PR e 1803154/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN).

- A Primeira Seção do E. STJ, por unanimidade, julgou o mérito do Tema Repetitivo 1.018, fixando a seguinte tese jurídica: "O Segurado tem direito de opção pelo benefício mais vantajoso concedido administrativamente, no curso de ação judicial em que se reconheceu benefício menos vantajoso. Em cumprimento de sentença, o segurado possui o direito à manutenção do benefício previdenciário concedido administrativamente no curso da ação judicial e, concomitantemente, à execução das parcelas do benefício reconhecido na via judicial, limitadas à data de implantação daquele conferido na via administrativa", nos termos da reformulação de voto do Sr. Ministro Relator. (3001)".

- Consoante entendimento consolidado pelo E. STJ, a parte autora possui o direito à manutenção do benefício concedido administrativamente no curso da ação judicial e, concomitantemente, à execução das parcelas do benefício reconhecido na via judicial, limitadas à data de implantação daquele conferido na via administrativa.

- Juízo de retratação positivo. Agravo interno da parte autora provido. Acórdão de Id 261899118, páginas 82/89, reformado, em parte.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [0043237-89.2010.4.03.9999](#), Relator Juiz Federal Convocado Denilson Branco, j. 13/06/2024, DJEN 19/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL

0005345-20.2012.4.03.6106

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SEGURO-DESEMPREGO. TRANSAÇÃO POSTERIOR À SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO. RECURSOS PREJUDICADOS. MULTA DIÁRIA. REDUÇÃO.

- Após proferida sentença de mérito e interposto, pelo autor, recurso de apelação, ele e a ré Débora Maretti Montagnana-ME conciliaram-se, tendo havido o pagamento do valor acertado.

- A transação firmada entre um dos devedores solidários e seu credor extingue a dívida em relação aos codevedores (artigo 844, §3º, CC). A composição notificada, assim, aproveita à ré União Federal.

- A sentença de ID 95113431 - Págs. 72-74, na parte em que homologa a transação notificada, não padece de nulidade e não merece reparo. Diante disso, porque interesse recursal, ante o acordo encetado, não subsiste, tem-se por prejudicada a apelação de ID 95110452 - Págs. 232-238, interposta pelo autor.

- Da mesma forma, na parte em que aborda a matéria transacionada, o apelo interposto pela União Federal no ID 95110452 - Págs. 265-274 não pode ser admitido. Dele se conhece, todavia, no tocante ao pedido de conhecimento do recurso de agravo retido, voltado à multa diária por descumprimento fixada pela decisão que antecipou a tutela.

- A multa diária, prevista no artigo 461 do CPC/1973 e no artigo 536 do CPC/2015, é medida coercitiva legítima para o cumprimento de obrigação de fazer. O C. STJ pacificou entendimento no sentido de que é cabível sua imposição em face da Fazenda Pública.

- Verificou-se atraso de 22 (vinte e dois) dias no cumprimento da obrigação imposta, diante do que a multa é devida.

- A valor apurado devido, porém, afigura-se excessivo na hipótese. Na forma do artigo 537, §1º, I, do CPC, fica reduzida a multa diária fixada contra a União Federal para o valor de R\$100,00 (cem reais) por dia de atraso.

- Apelação de ID 95110452 - Págs. 265-274 parcialmente admitida e provida, para conhecimento do agravo retido interposto, ao qual se nega provimento. Parcialmente provida a apelação de ID 95113536 - Págs. 92-106.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [0005345-20.2012.4.03.6106](#), Relator Desembargador Federal Fonseca Gonçalves, j. 14/06/2024, DJEN 19/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5004818-77.2021.4.03.6102

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. GFIP. RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇO. CARÊNCIA CUMPRIDA. TERMO INICIAL NA DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS.

- É assegurado o benefício da aposentadoria por idade aos trabalhadores urbanos, na forma da Lei n. 8.213/91, ao segurado que completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou 60 (sessenta) anos, se mulher, nos termos do art. 48.

- A Lei n. 10.666/03 trouxe algumas alterações quanto à responsabilidade no recolhimento das contribuições previdenciárias, em se tratando de contribuinte individual.

- A empresa contratante é a responsável por arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando o valor da respectiva remuneração e repassando o montante arrecadado à Autarquia previdenciária.

- O dies a quo do benefício previdenciário deve corresponder à data em que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento do direito da parte autora e se recusou a concedê-lo.

- Os honorários advocatícios deverão ser fixados na liquidação do julgado.

- Apelação do INSS não provida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [5004818-77.2021.4.03.6102](#), Relator Desembargador Federal Gilberto Jordan, j. 12/06/2024, DJEN 19/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5006099-19.2022.4.03.6301

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE VERIFICADA. TEMA 416 STJ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- O auxílio-acidente é devido ao segurado cuja capacidade laborativa para sua atividade habitual tenha sido reduzida em razão de acidente, mesmo após a sua recuperação, conforme verificado em avaliação pericial.

- São requisitos para a concessão do benefício de auxílio-acidente: (i) a qualidade de segurado, art. 15 da LBPS; (ii) a ocorrência de acidente de qualquer natureza, art. 86 da LBPS; (iii) a redução parcial da capacidade para o trabalho habitual e o nexo causal entre o acidente a redução da capacidade (art. 104, Decreto nº 3.048/99).

- Segundo entendimento adotado pelo C. STJ, em julgamento de recurso repetitivo, o direito ao auxílio-acidente independe do grau de limitação decorrente da consolidação das lesões.

- Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApCiv [5006099-19.2022.4.03.6301](#), Relatora Desembargadora Federal Cristina Melo, j. 27/05/2024, DJEN 03/06/2024)

DÉCIMA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL

5000442-98.2019.4.03.6108

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMPO COMUM. GUARDA-MIRIM. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSENTE REMUNERAÇÃO. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECOLHIMENTOS COM ALÍQUOTA REDUZIDA. COMPLEMENTAÇÃO DA DIFERENÇA. DEVER DO SEGURADO. REAFIRMAÇÃO DA DER. TEMA 995/STJ. CONECTIVOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OPÇÃO AO MELHOR BENEFÍCIO.

- A prova da situação de insuficiência, necessária à gratuidade da justiça, deve observar o disposto pelos §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC. É possível aceitar a declaração da pessoa natural no sentido de que não pode arcar com os custos do processo sem comprometer o sustento de sua família (artigo 99, § 3º, CPC), presumindo-a verdadeira. Trata-se, à evidência, de presunção relativa (*juris tantum*), pois a própria lei processual prevê que o magistrado pode, após determinar a prova da situação financeira, indeferir o benefício quando houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão (artigo 99, § 2º, CPC).

- No caso, cotejando os documentos apresentados aos autos, evidencia-se que a parte autora comprovou sua incapacidade financeira para suportar as despesas processuais, de forma a ter direito à gratuidade da justiça.

- A Constituição da República (CR) previa na redação original do artigo 202, I e II, e § 1º, a aposentadoria por tempo de serviço, concedida com proventos integrais, após 35 (trinta e cinco) anos de trabalho, ao homem, e, após 30 (trinta), à mulher, ou na modalidade proporcional, após 30 (trinta) anos de trabalho, ao homem, e, após 25 (vinte e cinco), à mulher.

- É firme a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o período laborado na qualidade de aluno-aprendiz pode ser computado, para fins de complementação de tempo de serviço, desde que haja remuneração recebida (artigo 58, inciso XXI, do Decreto nº 611/92), às expensas do Orçamento, em dinheiro ou in natura.

- O reconhecimento das atividades exercidas pelo menor aprendiz como tempo de contribuição requer, de fato, a comprovação de que o labor se desenvolva em condições análogas às prescritas no artigo 3º da CLT, ou seja, mediante remuneração, habitualidade e subordinação.

- Não há documentos nos autos que permitam depreender que as atividades de guarda mirim eram controladas e remuneradas mensalmente, com o pagamento de retribuição/contraprestação pecuniária.

- Prescreve o artigo 21, § 2º, da Lei n. 8.212/1991 a possibilidade de recolhimento de contribuições previdenciárias com alíquotas diferenciadas para o contribuinte individual, microempreendedor individual e o segurado facultativo. No entanto, o mesmo dispositivo legal expressamente prevê que o recolhimento previdenciário com alíquotas reduzidas não gerará direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

- No presente caso, consoante se extrai do extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), o autor verteu contribuições como contribuinte individual no período de 01/10/2016 a 31/10/2019, tendo realizado recolhimentos no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do salário mínimo.

- Comprovado que o autor verteu as contribuições pela alíquota reduzida como contribuinte individual microempreendedor, não é cabível o cômputo do interregno controvertido como carência para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do artigo 21, § 2º, II, "a" e § 3º, da Lei n. 8.212/1991.

- O regramento resguarda a possibilidade de complementação da contribuição mensal pretérita mediante o recolhimento da diferença entre a alíquota efetivamente paga e os 20%, acrescido de juros moratórios, para o fim de se obter a aposentadoria por tempo de contribuição ou contagem recíproca de tempo, nos termos da Lei n. 12.470/2011. Cabe, assim, ao autor efetuar, na via administrativa, o recolhimento da diferença devida, nos termos da referida lei.

- No caso concreto, considerados os períodos já reconhecidos pelo INSS, afere-se que a parte autora possuía na data de entrada do requerimento administrativo (DER), em 25/05/2017, o total de 32 anos, 3 meses e 23 dias de tempo de contribuição, tempo insuficiente para lhe garantir a concessão, desde a referida data, do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

- No entanto, considerando que a parte autora continuou trabalhando após o requerimento administrativo, constata-se o preenchimento dos requisitos em 12/03/2020, alcançando o total de 35 anos, 1 mês e 10 dias de tempo de contribuição, tempo suficiente para fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o artigo 17 das regras de transição da EC 103/19, uma vez que cumpre o tempo mínimo de contribuição até a data da entrada em vigor da EC 103/19 (mais de 33 anos), o tempo mínimo de contribuição (35 anos), a carência de 180 contribuições (Lei 8.213/91, artigo 25, II) e o pedágio de 50% (0 anos, 1 meses e 10 dias). O cálculo do benefício deve ser feito conforme artigo 17, parágrafo único, da mesma Emenda Constitucional ("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 artigo 29 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991"). Dessa forma, é possível reconhecer que a parte autora implementou os requisitos necessários para fazer jus ao recebimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição na DER reafirmada (12/03/2020).

- Consoante pesquisa ao sistema CNIS, a parte autora recebe o benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 195.788.054-3), deferido em sede administrativa em 14/04/2020. Considerando o presente reconhecimento do direito à aposentadoria por tempo de contribuição com a DIB em 12/03/2020, cabe à requerente optar, na fase de cumprimento de sentença, pelo benefício que lhe seja mais vantajoso, observada a *ratio decidendi* do Tema 334/STF e do Tema 1018/STJ.

- Reafirmada a DER, quanto aos juros de mora devem ser respeitados os termos dos Embargos de Declaração no REsp 1.727.063/SP, julgado em 19/05/2020 (Tema 995/STJ) e publicado em 21/05/2020.

- Não havendo insurgência do ente autárquico quanto à aplicação da técnica da reafirmação da DER, não há que se estabelecer sucumbência nos moldes da tese firmada no Tema 995/STJ.

- Apelação da parte autora parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv [5000442-98.2019.4.03.6108](#), Relatora Desembargadora Federal Leila Paiva, j. 12/06/2024, DJEN 18/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5004927-88.2021.4.03.6103

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA AS FUNÇÕES HABITUAIS. LAUDO MÉDICO PERICIAL FAVORÁVEL. AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA CONCEDIDO ATÉ A REABILITAÇÃO.

1. Prescrição quinquenal das parcelas vencidas reconhecida, vez que a ação foi ajuizada em 02/08/2021, mais de 5 anos desde a cessação do benefício pleiteado (NB31 5367439094), que ocorreu em 09/04/2013.

2. O autor, desempregado, com 52 anos na perícia realizada em 10/03/2022, sofreu acidente automobilístico e teve amputação da perna esquerda na altura do terço médio da tíbia esquerda, além de fratura do fêmur esquerdo.

3. A perícia judicial concluiu pela existência da incapacidade total e permanente para atividade habitual, mas reconheceu que há possibilidade de reabilitação para atividades de menor demanda física.

4. A r. sentença concedeu o restabelecimento do benefício para o dia seguinte à data da cessação indevida, em 10/04/2013, e condicionou a concessão do benefício até a posterior reabilitação do segurado.

5. Tratando-se de segurado com 55 anos atualmente, que alega que era carregador de cimento até o acidente que o afastou do labor, com baixa escolaridade (ensino fundamental incompleto) e, diante das sequelas comprovadas pelo laudo médico (amputação traumática da perna esquerda na altura do terço médio da tíbia esquerda, além de fratura do fêmur esquerdo), não há como se exigir a recolocação no mercado de trabalho para atividades habitualmente exercidas, devendo ser readaptado em outra atividade.

6. Não obstante a consolidação das lesões, é de se reconhecer que existe a possibilidade da autarquia realizar perícias periódicas com o objetivo de verificar a constatação da persistência ou cessação das condições incapacitantes do autor, nos termos do artigo 101, da Lei 8213/91.

7. Parte do recurso não conhecido. Recurso parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv [5004927-88.2021.4.03.6103](#), Relatora Juíza Federal Convocada Raecler Baldresca, j. 08/05/2024, DJEN 14/05/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5002780-59.2022.4.03.6134

MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. SÓCIO DE EMPRESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RENDA. PRESENÇA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. BENEFÍCIO CONCEDIDO.

1. Nos termos do inciso V do artigo 3º da Lei nº 7.998/90, é requisito para o recebimento do seguro-desemprego o interessado não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

2. À míngua de prova robusta de que o impetrante estivesse, realmente, percebendo algum rendimento, o simples fato de integrar os quadros societários de uma pessoa jurídica não pode ser admitido como suficiente para infirmar a alegação de falta de rendimentos.

3. Benefício concedido.

4. Apelação do impetrante provida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv [5002780-59.2022.4.03.6134](#), Relator Desembargador Federal Marcus Orione, j. 26/06/2024, intimação via sistema 28/06/2024)

APELAÇÃO CÍVEL
5031257-76.2022.4.03.6301

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO OCORRIDO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS 13.135/2015 E 13.846/2019. APLICAÇÃO DO ARTIGO 77 DA LEI Nº 8.213/91. DURAÇÃO DO RELACIONAMENTO POR PERÍODO SUPERIOR A DOIS ANOS COMPROVADA. BENEFÍCIO DEVIDO DE FORMA VITALÍCIA. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Com razão o INSS quanto à aplicação do disposto no artigo 77 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o óbito do instituidor ocorreu em 22.06.2020, quando já estavam em vigor as alterações trazidas pelas Leis nºs 13.135/2015 e 13.846/2019.

2. Todavia, no caso dos autos, além de ter sido demonstrado o recolhimento de mais de 18 (dezoito) contribuições pelo segurado falecido (ID 290580600), restou comprovado através do conjunto probatório produzido (farta documentação e prova testemunhal) que o relacionamento teve duração superior a 02 (dois) anos.

3. Dessarte, considerando que a parte autora contava com 69 anos de idade na data do óbito do segurado, a pensão por morte deve ser paga de forma vitalícia, nos termos do artigo 77, §2º, V, "c", "6", da Lei nº 8.213/91.

4. Apelação do INSS parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv [5031257-76.2022.4.03.6301](#), Relator Desembargador Federal Nelson Porfírio, j. 25/06/2024, DJEN 28/06/2024)

QUARTA SEÇÃO

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

0004963-49.2015.4.03.6000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. LAVAGEM DE CAPITAIS. ARTIGO 1º, §1º, II, DA LEI 9.613/98. DIVERGÊNCIA SOBRE A CORPORIFICAÇÃO DELITIVA. INOCORRÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO NA CONDUTA DA ACUSADA. RECURSO PROVIDO.

- A divergência motivadora destes embargos infringentes relaciona-se à corporificação da figura delitiva capitulada no art. 1º, §1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98.

- Não conhecimento do recurso nas parcelas alheias à referida discussão.

- É noção frequente na jurisprudência a de que o mero ato de transportar importâncias decorrentes de atividades ilícitas não serve à comprovação, por si só, do crime de ocultação de capitais.

- Compreende-se que, para a cabal configuração delituosa, hão de existir subsídios probantes reveladores da presença do elemento subjetivo na conduta do acusado, a demonstrar que seu intento estava em atribuir às importâncias uma compleição de licitude.

- No caso sob exame, percebe-se precariedade probatória precisamente no que tange à intenção de branqueamento dos numerários.

- Ao êxito do intento acusatório restaria imprescindível a demonstração de que a ação da ré tinha por objetivo não apenas esconder os haveres, mas encobrir a própria origem ilícita do dinheiro, apartando-o da ação criminosa pretérita, com vistas à sua progressiva reinclusão na economia formal, com ares de liceidade.

- À míngua de demonstração cabal da vontade da acusada voltada à reintrodução do dinheiro na economia formal com aparência de licitude, premente se faz a sua absolvição no que pertine à prática do delito previsto artigo 1º, "caput", e § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, na esteira do sustentado pelo voto vencido. Precedentes.

- Pertinência da proclamação imediata de deliberação favorável à ré, face à consolidação de situação de empate apta a propiciar a aplicação da nova redação do art. 615, § 1º, do CPP, trazida pela Lei nº 14.836/2024.

- Recurso provido, na parte em que conhecido.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, EIfNu [0004963-49.2015.4.03.6000](#), Relator Desembargador Federal Ali Mazloum, j. 25/06/2024, DJEN 28/06/2024)

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

5001229-79.2019.4.03.6124

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE RACISMO. ART. 20, § 2, DA LEI 7.716/89. PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL. CONTEÚDO DE ANTISSEMITISMO. DADOS HISTÓRICOS DISTORCIDOS. COMUNIDADE NEONAZISTA. DOLO ESPECÍFICO CONFIGURADO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR. EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS.

1. A denúncia narra, em apertada síntese, que o embargante, praticou e incitou a discriminação de raça e cor, por intermédio de meio de comunicação social, porquanto postou mensagem de cunho racista no site de relacionamentos denominado "Orkut", em comunidade destinada a difundir ideias nazistas.

2. A questão a ser dirimida nos presentes embargos infringentes diz com a existência do elemento subjetivo do tipo na conduta do embargante a sustentar a sua condenação nas penas do art. 20, parágrafo 2º, da Lei 7.716/89.

3. O dolo consiste na vontade livre e consciente de praticar quaisquer das condutas descritas no tipo penal, no caso do art. 20 da Lei 7.716/89, "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". O dolo específico, no caso, se consubstancia na intenção de promover preconceito ou discriminação contra um grupo de pessoas distinguíveis pelos critérios de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

3.1. A alegação no sentido da falta de demonstração do dolo específico na conduta do embargante, que afirmou que suas declarações foram feitas em um contexto de crítica às políticas de cotas, não encontra respaldo no conjunto probatório. Pelo próprio ambiente em que inseridas (especificamente destinado a promover discurso de ódio contra afrodescendentes e judeus) não é razoável admitir-se que seriam apenas críticas sociais a determinada ação afirmativa, despidas de qualquer caráter discriminatório, já que a utilização da falsa associação dos judeus à imagem de escravagistas revela a intenção deliberada de gerar a sua segregação social.

4. Da simples leitura da publicação é possível identificar-se a incitação de insurgência contra grupos de pessoas, quais sejam, os judeus. Identifica-se clara referência ao citado grupo nas expressões "Judaico-americanismo negro", "grupos de judeus", "cães de guarda do sionismo", entre outras, bem como a intenção do réu de inferiorização e desqualificação do povo judeu retratando-os como escravagistas tanto em séculos passados quanto atualmente, o que revela a incitação à discriminação, com acentuado conteúdo racista, reforçada pelo contexto em que se inseriu.

5. Conforme já se reconheceu na jurisprudência dos Tribunais Superiores, comete o crime de racismo, quem emprega palavras pejorativas, contra determinada pessoa, com a clara intenção de menosprezar ou diferenciar determinada coletividade, agrupamento ou raça.

6. Portanto, a conduta do embargante, ao vincular mensagem preconceituosa e discriminatória, em ambiente voltado especificamente para este fim, ultrapassou os limites do direito à liberdade de expressão e evidencia a presença do elemento subjetivo do tipo, configurando o crime de racismo. A detida análise dos autos revela que a postagem se deu de forma deliberada e, ainda que travestida de

crítica às ações afirmativas, reflete a intenção de propagar mensagens discriminatórias contra o povo judeu, violando princípios fundamentais de dignidade e igualdade.

7. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, EIfNu [5001229-79.2019.4.03.6124](#), Relator Desembargador Federal José Lunardelli, j. 21/06/2024, DJEN 26/06/2024)

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

5000624-83.2024.4.03.6181

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. OPERAÇÃO WESTMINSTER. CONEXÃO PROBATÓRIA. RISCO DE DECISÕES CONFLITANTES. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PRECEDENTE DO C. ÓRGÃO ESPECIAL DESTA E. CORTE REGIONAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO JULGADO PROCEDENTE. DECLARADA A COMPETÊNCIA DA E. 4ª VARA CRIMINAL FEDERAL DE SÃO PAULO/SP.

- A questão debatida neste Conflito de Jurisdição guarda relação em se perquirir se a Ação Penal nº 5000624-83.2024.4.03.6181 possui relação de conexão ou continência com os processos 5022135-95.2020.4.03.0000 (Inquérito Judicial), 5006468-69.2020.4.03.0000 (Inquérito Judicial), 5017778-72.2020.4.03.0000 (Busca e Apreensão), 5017784-79.2020.4.03.0000 (Sequestro de Bens), 5017787-34.2020.4.03.0000 (Prisões Cautelares) e 5017789-04.2020.4.03.0000 (Afastamento de Sigilo Bancário e Fiscal), todos relacionados à denominada "Operação Westminster".

- Verte das informações consignadas nos autos que os fatos narrados na r. denúncia derivam das investigações produzidas no bojo do caderno indiciário registrado sob o número 5006468-69.2020.4.03.0000 (Inquérito Judicial), que tramitou no C. Órgão Especial desta E. Corte Regional em razão do foro por prerrogativa de função de crimes cometidos, em tese, por juiz federal no âmbito de suas atribuições funcionais. Posteriormente, o mencionado Inquérito Judicial e as ações penais dele derivadas foram redistribuídos à Primeira Instância de Jurisdição, em razão da perda do foro por prerrogativa por parte do então magistrado federal.

- Eventuais elementos de informações coletados no bojo do mencionado Inquérito Judicial podem influenciar na prova das infrações da presente Ação Penal subjacente (Autos nº 5000624-73.2024.4.03.6181), a permitir a reunião dos processos em um único juízo criminal, nos termos do artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal.

- Há possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre os fatos objeto desta denúncia com os demais atos de corrupção apurados nos inquéritos ou ações penais em curso na 4ª Vara Criminal Federal, o que reafirma a necessidade de reunião dos processos, a fim de se evitar, outrossim, a prolusão de decisões conflitantes.

- Ao apreciar uma das ações penais (Caso Charlotte) decorrentes da "Operação Westminster", o C. Órgão Especial desta E. Corte Regional decidiu que os feitos deveriam ser analisados em conjunto, "em razão da particular imbricação da conduta dos denunciados". O v. aresto foi confirmado pelo E. STJ.

- De rigor fixar a competência para o tramitar da Ação Penal nº 5000624-83.2024.4.03.6181 junto ao MM. Juízo da 4ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP.

(TRF 3ª Região, 4ª Seção, CJ [5000624-83.2024.4.03.6181](#), Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, j. 21/06/2024, DJEN 26/06/2024)

QUINTA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL **0008727-04.2015.4.03.6110**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 273, §1º-B, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPORTAÇÃO E FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA. PRECEITO SECUNDÁRIO. LEI 9.677/98. READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA.

1. Havendo outras condutas de importação ilegal de medicamentos além daquelas previstas no artigo 273, § 1º-B, incisos I a VI, do Código Penal e sendo todas elas tratadas como crime único, com a aplicação da pena mais grave, não há incidência do Tema 1003 e dos efeitos repristinatório no preceito secundário previsto no artigo 273 do Código Penal, na sua antiga redação (STF, RE 1.090.977/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/04/2022, DJe de 28/04/2022).

2. Dosimetria redimensionada.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim [0008727-04.2015.4.03.6110](#), Relator Desembargador Federal Maurício Kato, j. 25/06/2024, intimação via sistema 28/06/2024)

APELAÇÃO CRIMINAL
5007779-25.2020.4.03.6102

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ART. 288 DO CP. MATERIALIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU MANTIDA. ART. 158, § 1º, C.C 62, I, CP. CRIME DE EXTORSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O PREVISTO NO ART. 345 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONFIGURADO. PENA-BASE REDUZIDA. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA. PEDIDO REFERENTE À PRISÃO PROVISÓRIA PREJUDICADO. RECURSO ACUSATÓRIO PARCIALMENTE DESPROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Crime de Associação Criminosa. As provas trazidas aos autos não são suficientes para demonstrar que o réu estava associado a terceiros no nível de organização e permanência próprios do tipo atualmente conhecido por associação criminosa. Não há elementos nestes autos que permitam concluir pela existência quer do animus associativo, quer da estrutura estável e duradoura para o cometimento de um número indeterminado de delitos, no caso, como pretende o assistente da acusação.

2. A materialidade restou suficientemente demonstrada, conforme procedimento administrativo de cooperação internacional (PCI-PGR nº 1.00.000.0019808/2020-67, Relatório Parcial de Interceptação nº 1491928-2020, Auto de Apreensão IPL 2020.011051, Relatório Final nº 1491928/2020, mensagens de Whatsapp, Laudo nº 491/2020 - NUTEC/DPF/RPO/SP, Relatório de Análise de Material Apreendido nº 1774666/2020, Auto de Qualificação e Interrogatório do Réu, Informações, Termo de Declaração de Ronaldo Funck Thomaz e de Ricardo Funck Thomaz, bem como pelos depoimentos das testemunhas, da vítima e do réu.

3. A autoria imputada ao réu Fernando Mestriner Zedu, ademais, se evidenciou com segurança das provas acostadas, a despeito da insurgência defensiva em sentido contrário. A prova lastreia-se em laudos periciais e nos depoimentos convincentes das testemunhas e da vítima, havendo convergência na constatação que as graves ameaças foram feitas através de ligações telefônicas, e-mail e whatsapp para a Samuel e seus familiares, e por meio de envio de vídeos gravados em frente à sede da ONU, pelos comparsas de Zedu, quais sejam, Luiz Felipe Eidam e Leandro Caetano dos Santos.

4. O delito tipificado no art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões) exige, para sua configuração, que o sujeito seja titular de uma pretensão legítima. É indispensável a possibilidade de satisfação da pretensão em juízo, na medida em que o exercício arbitrário das próprias razões integra o rol dos crimes contra a Administração da justiça. Na hipótese dos autos, o apelante não trouxe aos autos qualquer documento ou comprovante que justificasse a sua cobrança, ou seja, não há qualquer contrato ou cláusulas do negócio que comprove que haja um crédito ou débito entre as partes. Ante comprovada a exigência de vantagem econômica indevida, por meio de violenta intimidação a Samuel e seus

familiares, resta configurado o tipo penal da extorsão, sendo, por essa mesma razão, descabido falar em desclassificação do delito para o previsto no artigo 345, do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões).

5. Dosimetria. 1ª fase. Pena-base fixada no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 2ª fase. Afastada a agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal. Prejudicado o pedido de majoração da fração de aumento. Pena intermediária fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. 3ª Fase. Na terceira fase, reconhecidas as causas de aumento relativas à pluralidade de agentes e ao emprego de arma de fogo, nos termos da norma prevista no § 1º do art. 158 do Código Penal. Mantido, pois, o aumento de 1/2 (um meio) relativo às majorantes aludidas, razão pela qual a pena intermediária resta fixada em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa. Presente, na hipótese, a causa de aumento da continuidade delitiva, tendo em vista que o acusado reiteradamente, praticou mais de um crime da mesma espécie e nas mesmas "condições de tempo, lugar, maneira de execução" (art. 71 do CP), e durante período prolongado de tempo (de fevereiro/2020 até 02/12/2020), torna-se justificado o aumento da fração em 2/3 (dois terços), de forma a resultar na pena definitiva de 10 (dez) anos de reclusão e o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, conforme preconiza a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

6. Mantido o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente quando dos fatos.

7. Mantido o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

8. Ausente os requisitos do art. 44 do Código Penal, inadmissível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

9. Os benefícios da Justiça Gratuita devem ser concedidos ao réu.

10. Prisão Preventiva. Prejudicada.

11. Apelação do assistente da acusação parcialmente provida. Apelação da defesa parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, ApCrim [5007779-25.2020.4.03.6102](#), Relator Desembargador Federal Paulo Fontes, j. 21/05/2024, DJEN 24/05/2024)

HABEAS CORPUS CRIMINAL

5002928-71.2024.4.03.0000

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS: FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS. LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS SUBJETIVOS. INSUFICIÊNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. MULHERES PRESAS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MEDIANTE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a prisão preventiva deve ser lastreada em fundamentação concreta sobre a existência de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), e presente uma das situações de risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (*periculum libertatis*) (STJ, HC n. 516.105, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.09.19; RHC n. 113.380, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.08.19).

2. É natural que seja exigível o preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão de liberdade provisória. Contudo, tais requisitos, posto que necessários, não são suficientes. Pode suceder que, malgrado o acusado seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não faça jus à liberdade provisória, na hipótese em que estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva (STJ, HC n. 89.946-RS, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 11.12.07; RHC n. 11.504-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.01).

3. Em regra, deve ser concedida prisão domiciliar a todas as mulheres presas preventivamente que sejam gestantes, puérperas, mãe de crianças com até 12 (doze) anos incompletos ou de pessoas com deficiência, salvo se a mulher tiver praticado o crime mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, ou ainda, em situações casuísticas devidamente fundamentadas, sendo a indispensabilidade dos cuidados maternos presumida, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (STF, HC n. 143.641, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.10.18; STJ, HC n. 489.534, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 02.04.19, RHC n. 107.804, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.03.19, RHC n. 106.969, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12.03.19, HC n. 467738, STJ, RHC n. 103.069, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 05.02.19, STJ, HC n. 467738, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.10.18).

4. Ordem concedida.

(TRF 3ª Região, 5ª Turma, HCCrim [5002928-71.2024.4.03.0000](#), Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, j. 11/06/2024, intimação via sistema 14/06/2024)

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL

0001504-80.2014.4.03.6127

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CORRUPÇÃO DE TESTEMUNHA. CRIME DO ARTIGO 343 DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA. LEGALIDADE. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

1. Imputa-se ao denunciado GLEITON MAZOLINI DE OLIVEIRA a prática do delito previsto no art. 343, caput, do Código Penal, sob a acusação de que teria prometido vantagem (dinheiro, cesta básica e pagamento de conta de água e energia) para Benedito Destefano Ribeiro, a fim de que este, na qualidade de testemunha, prestasse depoimento falso em seu favor, em Reclamação Trabalhista nº 041600-81.2009.5.15.011, que tramitava perante a Vara do Trabalho de Itapira (SP).

2. A materialidade delitiva e a autoria estão devidamente comprovadas, conforme atestam os elementos de informação coligidos no inquérito policial e nos autos judiciais. Não há nenhuma dúvida de que o réu GLEITON MAZOLINI DE OLIVEIRA foi o responsável pela empreitada criminoso, tal como se infere das provas documentais e orais produzidas no inquérito policial e na instrução criminal.

3. Da mesma forma, a autoria do crime emerge de forma evidente do conjunto probatório, sobretudo do teor dos depoimentos prestados por Benedito Destefano Ribeiro, corroborado pelos demais elementos encartados aos autos.

4. Não merece ser acolhida a tese defensiva de que o denunciado havia oferecido apenas “ajuda” para que o réu comparecesse em audiência trabalhista, pois o acervo probatório contraria sua versão, que carece de indícios mínimos de verossimilhança. Todo o arcabouço probatório torna seguro a conclusão de que GLEITON MAZOLINI DE OLIVEIRA tentou corromper e ofereceu vantagem ao Sr. Benedito Destefano Ribeiro, visando dissuadi-lo de comparecer à audiência perante a Justiça do Trabalho, para prestar falso depoimento nos autos nº 0041600-81.2009.5.15.0118.

5. Quanto à dosimetria da pena, não há recurso da defesa contra qualquer aspecto afeto ao tema. Ante a ausência de ilegalidade, resta mantida incólume a sentença.

6. Afasta-se a tese da acusação de imposição de pena base superior ao mínimo legal, sob a alegação de que o juízo deixou de considerar a personalidade agressiva e voltada à prática criminoso do réu, com vasta folha de antecedentes criminais.

7. A condenação, ainda que definitiva, por fato posterior ao tempo do crime ora denunciado, não pode ser usado para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social e ensejar acréscimo da pena-base. (AgRg no AREsp 1903802/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em

21/09/2021, DJe 30/09/2021) (HC 189.385/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 06/03/2014)

8. Apelações desprovidas.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim [0001504-80.2014.4.03.6127](#), Relator Desembargador Federal Hélio Nogueira, j. 07/06/2024, intimação via sistema 13/06/2024)

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL

5000454-98.2023.4.03.6132

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CLÁUSULA DE DOAÇÃO DE SANGUE EM ANPP. VOLUNTARIEDADE. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. CLÁUSULA RESTABELECIDA.

1. Não há ilegalidade na cláusula do ANPP que estabeleceu a condição de doação de sangue periódica. O agravado tinha duas possibilidades, tendo optado por aquela que contemplava a doação de sangue, mas previa uma sensível redução na quantidade de horas de prestação de serviços comunitários. Não houve imposição, mas uma escolha consciente pela alternativa que o agravado considerou mais favorável e para a qual estava apto, tanto que já doara sangue por duas vezes quando essa parte do ANPP foi anulada.

2. O Conselho Nacional de Justiça já decidiu, em procedimento de controle administrativo, que não há óbice no ordenamento jurídico para a doação de sangue como abatimento da pena de prestação de serviços à comunidade.

3. Agravo provido.

(TRF 3ª Região, 11ª Turma, AgExPe [5000454-98.2023.4.03.6132](#), Relator Desembargador Federal Nino Toldo, j. 23/05/2024, intimação via sistema 28/05/2024)

TURMAS RECURSAIS DO JEF

RECURSO INOMINADO CÍVEL 0012320-25.2021.4.03.6306

EMENTA

Dispensada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sétima Turma Recursal do Juizado Especial Federal da Terceira Região - Seção Judiciária de São Paulo, por maioria, deu provimento ao recurso da parte autora e negou provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal, nos termos do voto do Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales, acompanhado pelo Juiz Federal Rafael Andrade de Margalho, vencido o Juiz Relator Jairo da Silva Pinto.", nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela parte ré, em face da r. sentença que julgou procedente pedido de restituição de valores debitados indevidamente na conta bancária do autor.

A r. assim decidiu:

"Chози Shitakubo move ação em face da Caixa Econômica Federal e TECBAN - Tecnologia Bancária S/A, em que objetiva a restituição do valor de R\$30.889,99, acrescidos de juros e encargos, referente a movimentações realizadas com o seu cartão bancário, sem sua prévia autorização ou ciência.

Aduz o autor que é titular de conta junto ao Banco Réu, sob o n.º 001-00001994-4, Agência 3150, à Av. Elias Alves da Costa, 415, Centro Vargem Grande Paulista-SP; que, no dia 13 de abril de 2021, pela manhã, compareceu ao caixa eletrônico instalado no Hipermercado Extra, à Av. Prof. José Barreto, 1.635, Jardim Dinorah, Cotia-SP, para realizar um saque a fim de pagar seu cartão de crédito Extra mas, ao sacar R\$600,00 e dirigir-se ao balcão de atendimento do Hipermercado para impressão do boleto, foi abordado por um homem que o alertou que teria deixado a tela do terminal aberta, razão pela qual retornou ao caixa eletrônico, que exigia seus dados, inseriu seu cartão no dispositivo, iniciou cadastramento, foi abordado por uma mulher, retirou o cartão e, poucos instantes mais tarde, percebeu que portava o cartão de outra pessoa, de nome Túlio Sérgio Vieira, ao invés do seu.

Informa o requerente que, após, por volta das 9h52 e 10h06, recebeu mensagens dando conta das movimentações com os eu cartão, entrou em contato com o Banco CEF, às 9h56 e às 10h11, porém, a atendente recusou-se a tomar providências de

comunicação do furto, bloqueio do cartão e da senha, orientando que o autor fosse à Agência bancária.

Esclarece que foi à agência no mesmo dia, mas o responsável exigiu a realização prévia de boletim de ocorrência. Após realizar o B.O., contestou perante a CEF as movimentações, sem êxito, pois recebeu como resposta a conclusão de que não houve fraude eletrônica nas movimentações questionadas.

Informa que a Ré, só então, bloqueou o cartão, senhas e cancelou a conta, abrindo uma nova, em 30 de junho de 2021.

Afirma que, nos dias 27/04 e 28/05, também ocorreram movimentações irregulares na sua conta com o seu cartão furtado.

A CEF contestou o feito, pugnando pela improcedência do feito.

A TECBAN em sua contestação alegou ilegitimidade passiva e postulou pela improcedência da ação.

A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Ré TECBAN deve ser acolhida, tendo em vista que não há relação jurídica entre ela e o autor, que detém contrato apenas e exclusivamente com a Ré, Caixa.

Cabe a ré Tecnologia Bancária S.A (TECBAN) apenas fazer o gerenciamento da rede de autoatendimento do Banco 24 horas. Ademais, não se pode concluir que houve alguma falha na máquina do "Banco 24 horas", que pudesse responsabilizar a TecBan.

Não havendo mais preliminares a serem debatidas, passo à análise do mérito.

A responsabilidade objetiva, embora não exija prova da culpa do fornecedor, não afasta a necessidade da existência de nexo de causalidade entre a ação e o dano sofrido.

Nesse sentido:

"Como terceiro pressuposto da responsabilidade civil – quer subjetiva quer objetiva -, faz-se necessária a existência de uma relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Vale, como princípio, a assertiva de que ninguém pode ser responsabilizado por dano a que não tenha dado causa" (SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, "Direito Civil – Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 3ª ed., p. 87).

Chozí Shitakubo, para comprovar os fatos que narrou na inicial, juntou o B.O (ID 137274368-7), o extrato da sua conta bancária (ID 137274368-8), o protocolo de contestação em conta de depósito via cliente (ID 137274368-12/13), a contestação de movimentação em conta de depósito/esclarecimentos do contestante (ID 137274368-14), o sistema de histórico de extratos (ID 137274368-22) e o comunicado de parecer sem indícios de fraude eletrônica (ID 137274368-24).

Extraio dos documentos juntados aos autos (ID 137274368-24) que a primeira movimentação contestada foi realizada por meio de assinatura eletrônica gerada e desbloqueada em terminal de autoatendimento e dispositivo cadastrado e validado em terminal, com utilização de via física do cartão com chip final 5336 e senha do cliente emitido para uso pessoal, intransferível, cadastrado inicialmente pelo titular da conta, de modo que não houve qualquer conduta irregular do banco Réu ao efetuar o desconto. Quanto a esta primeira movimentação bancária, o autor foi vítima de fraude de terceiro, golpe que não ser reputado de responsabilidade da CEF.

De maneira diversa ocorre com relação as outras movimentações, já que o autor, após a primeira movimentação, ligou para a CEF e noticiou o furto do cartão, requerendo o bloqueio e o cancelamento dele e da senha. Neste momento, agiu com erro a CEF que exigiu a presença do requerente numa agência, a realização prévia de B.O., dando chance e oportunidade a novos golpes, a outras movimentações irregulares, com o uso do cartão furtado.

A CEF admitiu a recomposição dos valores à conta do autor, referentes às movimentações de 27/04 e de 28/05, de modo que, quanto a estes valores, não há mais interesse de agir do requerente nesta ação.

Nesse contexto, os valores referentes às movimentações após 9h52, do dia 13 de abril de 2021, que ainda não foram recompostos à conta do autor devem ser devolvidos, com incidência de juros e de correção monetária, considerando a má prestação do serviço pela parte ré:

- compra Elo, às 10h06, no valor de R\$4.000,00,
- envio de PIX, às 10h46, no valor de R\$14.300,00,
- envio TEV, às 11h27, no valor de R\$4.799,99,
- saque ATM no valor de R\$500,00 e
- saque ATM no valor de R\$800,00.

Total: R\$24.399,99.

No que tange ao pedido de dano moral, verifico que a ré não tomou qualquer providência para sanar os efeitos decorrentes da fraude assim que procurada pelo requerente, por telefone e pessoalmente, o que provoca abalo acima do normal, uma vez que o usuário do serviço vê-se obrigado a produzir prova negativa de que não aprovou as movimentações e completamente impotente diante da negativa da instituição financeira.

Além disso, há a perda da confiança na instituição que guardava seus recursos.

Assim, é devida indenização por danos morais, que passo a quantificar.

Observo a qualidade de empresa pública da ré e a necessidade de evitar o enriquecimento sem causa da vítima. Entretanto, a indenização deverá ter caráter preventivo e repressivo, devendo a ré buscar o aperfeiçoamento de seus serviços.

Fixo, por fim, a indenização no equivalente a R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Posto isso, extingo o feito com relação à TECBAN, por ilegitimidade de parte, extingo o feito com relação à CEF apenas no que tange à recomposição dos valores afetos às movimentações realizadas nos dias 27/04 e 28/05 porque a ré já admitiu a restituição, sendo o caso de falta superveniente de interesse de agir do requerente, mas julgo parcialmente procedente o pedido do autor, Chozi Shitabuko, expresso na exordial, com relação à CEF, sobre a restituição de R\$24.399,99, resolvendo o mérito, com base no artigo 487, inciso I, do CPC.

Condeno, assim, a Caixa Econômica Federal - CEF a pagar ao requerente as quantias movimentadas de sua conta corrente no dia 13 de abril de 2021, após 9h52, que ainda não tenham sido recompostas à conta do autor, R\$24.399,99, nos termos da fundamentação, com correção monetária e juros de mora incidentes desde a data de 13/04/2021.

Condeno a CEF, ainda, à composição dos danos morais, que fixo em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), com correção monetária a ser calculada a partir do arbitramento por esta sentença (Súmula 362 do E. STJ) e juros de mora a partir da citação.

Índices conforme o Manual de Cálculos da Justiça Federal vigente na execução, uma vez que reflete o entendimento dominante dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

Defiro a gratuidade da justiça.

Sem custas e honorários advocatícios neste Juizado Especial Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes. Esta sentença serve como ofício expedido. ”

Com contrarrazões

É o relatório.

VOTO

De início, pondero que há dois recursos no caso em apreço: a) um recurso da CEF, cujo votação em sessão de julgamento presencial dos pares fora unânime para o não provimento desse recurso, nos termos do Voto do Relator; b) o outro recurso é do próprio autor voltado para reformar a r. sentença em seu capítulo que extingue o

processo em face do réu TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A (Banco 24 Horas), para condená-los solidariamente (em paridade com CEF) a ressarcir os danos materiais e morais em que incorreu o autor, dada a fraude ter tido início em uma máquina do Banco 24 Horas.

Pego, pois, vênia para divergir do voto do Relator apenas quanto ao recurso do autor, oportunidade em que dou integral provimento ao recurso, pelas seguintes razões fáticas e jurídicas.

Como se nota do iter criminis narrado nos autos, todo o enredo criminoso tivera origem através de um Caixa 24 Horas, em operações bancárias realizadas na manhã do dia 13.04.2021 nas proximidades de um Supermercado Extra, em Vargem Grande Paulista/SP, cuja documentação de fls. 21 e seguintes da inicial aponta que a movimentação fraudada partiu desse Caixa 24 Horas.

A teor dos fatos engendrados nos autos, nota-se refinada fraude promovida por terceiros que maliciosamente ludibriaram o autor que de alguma forma usou seu cartão e digitou sua senha para saque pessoal, oportunidade em que ambos foram tomados pelos meliantes; oportunidade em que usaram a mesma máquina/Caixa 24 Horas para novamente sacar dinheiro, baixar aplicações, fazer PIX e as demais compras apontadas, sem as cautelas operacionais e logísticas – como a nova exigência de digital, dupla senha em outro aplicativo, checagem facial entre outras – cabíveis à segurança dessas operações atípicas, todas realizadas em curtíssimo espaço temporal.

Nesse passo, resta clara e indubitável a legitimidade da empresa TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A (Banco 24 Horas), responsável ou corresponsável pelo sistema tecnológico material e do software do caixa 24 Horas utilizado para a ultimação da fraude, cujo mérito abaixo explicitado aponto falha de sistema de segurança que o consumidor quer e deseja esperar da relação de consumo/financeira tratada.

Afasto, pois, a preliminar de ilegitimidade. Passo a apreciar o mérito da relação de responsabilidade das rés, em especial da empresa

Tecnologia Bancária S/A, a teor da legislação e da tecnologia atual ao sistema bancário.

A vexata quaestio ao caso presente, tido como ponto controvertido, é justamente aferir se o sistema de compliance e proteção da recorrida TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A e da CEF, de certa forma não impedira a ocorrência do evento, ao conferir tratamento de falta de segurança na prevenção e combate às fraudes. Nessa vertente, surgem duas questões para fazer frente às disposições legais referentes à responsabilidade e contenção de risco: i) houve por parte das recorridas desrespeito às disposições de segurança de dados pela Lei Geral de Proteção de Dados ? ii) o cometimento de fraudes realizado pelos criminosos, poderia ser evitado ou até sido limitado, a teor da legislação e tecnologia atual por parte de ambas as recorridas ?

As respostas dessas indagações aferirão a responsabilidade conjunta ou não das rés, pela análise do risco para facilitação ou não da fraude em apreço, fiel às disposições legais ora aplicáveis, segundo o estado da técnica e da tecnologia atual antifraudes.

A rigor, os fatos explicitados vinculam claramente ambas as rés, quer do ponto de vista da legislação do consumidor, quer do ponto de vista da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, obrigam expressamente os fornecedores de um lado, bem como o controlador e o fornecedor pela segurança e higidez de seus serviços e operações. Passo, pois, a explicitar a cada legislação citada com seus contornos e peculiaridades próprias ao caso.

Quanto à legislação consumerista, a Lei 8.078/90 já há muito disciplina a situação de solidariedade entre aqueles que prestam o serviço, através de terceiros, vinculando esse último, quando comercializa o serviço em sua plataforma. Vejam as disposições legais:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

(...)

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Ora, como já esclarecido pela moderna legislação do consumidor, o reconhecimento de fornecedor engloba o prestador de serviço intermediário, quer ele represente ou não os serviços originários, como é o caso do Caixa 24 Horas, a empresa TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A -TECBAN (Banco 24 Horas), já que a fraude fora inaugurada no Caixa 24 Horas dessa empresa localizado 2021 nas proximidades de um Supermercado Extra, em Vargem Grande Paulista/SP, a teor dos documentos apontados na inicial.

Essas situações são reiteradas na interpretação jurisprudencial.

Por sua vez, a LGPD também vincula a empresa que operacionaliza os dados de terceiro, o próprio autor da ação, como expressam os artigos 42, 46 e seguintes da Lei n. 13.709:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

(....)

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

Deveras, em face da facilidade em que as fraudes foram cometidas, as suas circunstâncias e as providências que as recorridas tomaram tecnológica e operacionalmente foram sofríveis, já que não houve checagem, monitoração de segurança em mais de uma fase, ou até checagem e autorização em dois dispositivos, denoto excessivamente frágil a segurança de ambas as empresas, especificando as obrigações também para a empresa detentora do CAIXA 24 HORAS, TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A, já que em descompasso às premissas de boa governança em segurança financeira, compliance, deveres antifraude da instituição financeira – como os devidos e alertas de operação necessários à segurança dos consumidores.

Por essas razões, vislumbro necessário *distinguishment* de outros julgados, como o RESp n. 1.633.785/SP, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, porquanto factível aqui espécie de compliance não seguida pela instituição financeira, no aplicativo do PIX.

Ademais, como é sabido, o juiz deve interpretar o Direito à luz dos fins sociais e das exigências do bem comum (art. 4º LINDB), onde se constata que diversas transações bancárias exigem ativação ou limite diário, bem como avisos circunstanciais, em face das diversas fraudes que assolam a população brasileira, de sorte que a instituição financeira e os demais operadores bancários como a recorrida TECBAN S/A têm o dever de zelo e cuidado para impedir e afastar a fraude, sobretudo impedindo sua ocorrência e efeitos continuados – como é o caso dos autos, dado a baixa em aplicações a continuidade de transações suspeitas e elevadas, fiel ao perfil de um idoso e aposentado como o autor.

Nesse sentido, é o posicionamento recente do STJ, cuja tônica é a situação de hipervulnerabilidade do idoso, maior de 70 anos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

1. Ação declaratória de inexigibilidade de débito.

2. Recurso especial interposto em 16/08/2021. Concluso ao gabinete em 25/04/2022.

3. O propósito recursal consiste em perquirir se existe falha na prestação do serviço bancário quando o correntista é vítima do golpe do motoboy.
4. Ainda que produtos e serviços possam oferecer riscos, estes não podem ser excessivos ou potencializados por falhas na atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.
5. Se as transações contestadas forem feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros. Precedentes.
6. A jurisprudência deste STJ consigna que o fato de as compras terem sido realizadas no lapso existente entre o furto e a comunicação ao banco não afasta a responsabilidade da instituição financeira. Precedentes.
7. Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto. Precedentes.
8. A vulnerabilidade do sistema bancário, que admite operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos consumidores, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre em falha da prestação de serviço.
9. Para a ocorrência do evento danoso, isto é, o êxito do estelionato, necessária concorrência de causas: (i) por parte do consumidor, ao fornecer o cartão magnético e a senha pessoal ao estelionatário, bem como (ii) por parte do banco, ao violar o seu dever de segurança por não criar mecanismos que obstem transações bancárias com aparência de ilegalidade por destoarem do perfil de compra do consumidor.
10. Na hipótese, contudo, verifica-se que o consumidor é pessoa idosa, razão pela qual a imputação de responsabilidade há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, sempre considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável.
11. Recurso especial provido.
(REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

Assim, vislumbro relação de causalidade em toda cadeia de fraudes, em face da corresponsabilidade das rés para operacionalizar sistemas antifraude, com cautelas e alertas de operações ostensivamente atípicas, como as arroladas em poucos minutos no dia dos fatos, que engendram prejuízo ao autora de R\$30.889,99, acrescidos de juros e encargos, referente a movimentações realizadas com o seu cartão bancário, sem a prévia autorização ou ciência do autor (transações fraudulentas reportadas no protocolo de contestação).

Nesse passo, as rés devem concorrer em solidariedade para responder pelas fraudes demonstradas nos autos, inclusive as apontadas como não ressarcidas pela CEF nos termos das razões do recurso do autor.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR para reconhecer as demais operações não adimplidas, bem como condenar a corré TECNOLOGIA BANCÁRIA S/A -TECBAN (Banco 24 Horas), a ressarcir o autor solidariamente (em paridade com CEF) pelos danos materiais e morais em que incorreu o autor, explicitados no recurso. Por consequência lógica, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO da CEF.

Condeno a CEF a pagar honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 55 da Lei 9.099.

É o voto.

VOTO

O artigo 46 combinadamente com o § 5º do art. 82, ambos da Lei nº 9099/95, facultam à Turma Recursal dos Juizados especiais a remissão aos fundamentos adotados na sentença.

Ademais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a adoção dos fundamentos contidos na sentença pela Turma Recursal não contraria o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, vejamos, por exemplo, o seguinte julgado:

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. JUIZADO ESPECIAL. REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Controvérsia decidida à luz de legislações infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.

2. O artigo 46 da Lei nº 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX, da Constituição do Brasil.

Agravo Regimental a que se nega provimento. (AI 726.283-7-AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe nº 227, Publicação 28/11/2008).

O parágrafo 5º do artigo 82 da Lei nº 9.099/95, dispõe “se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”

O dispositivo legal prevê, expressamente, a possibilidade de o órgão revisor adotar como razão de decidir os fundamentos do ato impugnado, o que não implica violação do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe, do que interessa:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

(...)

Constata-se que a parte autora foi vítima do “golpe da troca de cartões” em caixa eletrônico, instalado dentro das dependências de um supermercado, faltando a instituição financeira com o seu dever de zelar pela segurança, que, a meu ver, se estende ao setor de caixa eletrônico instalado dentro das dependências do supermercado, mormente em casos que envolvem pessoa idosa, como o presente, nos termos da jurisprudência recente do STJ.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIBILIDADE DE DÉBITO. CONSUMIDOR. GOLPE DO MOTOBOY.

RESPONSABILIDADE CIVIL. USO DE CARTÃO E SENHA. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

1. Ação declaratória de inexigibilidade de débito.
2. Recurso especial interposto em 16/08/2021. Concluso ao gabinete em 25/04/2022.
3. O propósito recursal consiste em perquirir se existe falha na prestação do serviço bancário quando o correntista é vítima do golpe do motoboy.
4. Ainda que produtos e serviços possam oferecer riscos, estes não podem ser excessivos ou potencializados por falhas na atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.
5. Se as transações contestadas forem feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros. Precedentes.
6. A jurisprudência deste STJ consigna que o fato de as compras terem sido realizadas no lapso existente entre o furto e a comunicação ao banco não afasta a responsabilidade da instituição financeira. Precedentes.
7. Cabe às administradoras, em parceria com o restante da cadeia de fornecedores do serviço (proprietárias das bandeiras, adquirentes e estabelecimentos comerciais), a verificação da idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido roubo ou furto. Precedentes.
8. A vulnerabilidade do sistema bancário, que admite operações totalmente atípicas em relação ao padrão de consumo dos consumidores, viola o dever de segurança que cabe às instituições financeiras e, por conseguinte, incorre em falha da prestação de serviço.
9. Para a ocorrência do evento danoso, isto é, o êxito do estelionato, necessária concorrência de causas: (i) por parte do consumidor, ao fornecer o cartão magnético e a senha pessoal ao estelionatário, bem como (ii) por parte do banco, ao violar o seu dever de segurança por não criar mecanismos que obstem transações bancárias com aparência de ilegalidade por destoarem do perfil de compra do consumidor.
10. Na hipótese, contudo, verifica-se que o consumidor é pessoa idosa, razão pela qual a imputação de responsabilidade há de ser feita sob as luzes do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, sempre considerando a sua peculiar situação de consumidor hipervulnerável.
11. Recurso especial provido.
(REsp n. 1.995.458/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

Com efeito, apesar da instalação de caixa eletrônico no interior das dependências de um supermercado facilitar a utilização pelos clientes, facilita muito mais a prestação do serviço pela ré, que deixa de arcar com despesas referentes a funcionários, devendo responder pelos riscos da atividade.

Dessa forma, tenho por comprovada a falha na prestação do serviço, incidindo, no caso, o disposto no “caput” do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nesse sentido, a jurisprudência:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Art. 14 do CDC.

1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.

2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência.

3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.

4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1155770/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 09/03/2012)

Resta inequívoco o dano material sofrido, em decorrência dos saques/compras fraudulentos(as) ocorridos(as) na conta da parte autora.

Inegável, também, a configuração do dano moral pelo abalo e agruras sofridos pela parte autora, decorrentes do golpe de que foi vítima, e ainda levando em conta sua condição de pessoa idosa.

Consoante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e as circunstâncias do caso concreto, entendo razoável o valor de R\$ 6.000,00 (três mil reais) fixado a título a indenização por dano moral.

Quanto ao recurso da parte autora, entendo que o presente caso trata, primordialmente, de segurança do local onde instalado o caixa de autoatendimento, pois o autor foi vítima de "golpe de troca de cartões".

Além disso, como bem ressaltado na r. sentença recorrida, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Ré TECBAN deve ser acolhida, tendo em vista que não há relação jurídica entre ela e o autor, que detém contrato apenas e exclusivamente com a Ré, Caixa.

Cabe a ré Tecnologia Bancária S.A (TECBAN) apenas fazer o gerenciamento da rede de autoatendimento do Banco 24 horas. Ademais, não se pode concluir que houve alguma falha na máquina do "Banco 24 horas", que pudesse responsabilizar a TecBan.

É de ser mantida, portanto, a r. sentença recorrida, pelos fundamentos ora expostos.

Posto isso, nego provimento a ambos os recursos.

Sem honorários advocatícios (art. 55, caput, da Lei nº 9.099/95).

É o voto.

SENTENÇAS



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5000359-53.2022.4.03.6116

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Cuida-se de feito previdenciário, de procedimento comum, ajuizado por RAFAEL MAIKON FERREIRA DE JESUS em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o restabelecimento do benefício por incapacidade temporária NB 621.417.282-0, desde a data da cessação administrativa ocorrida em 30/01/2020 ou, caso comprovada a incapacidade total e permanente, a sua conversão em aposentadoria por invalidez (petição identificada pelo ID nº 250110439).

Relata a parte autora ser portadora ter sofrido acidente do qual resultou amputação de uma das suas pernas. Por essa razão, obteve benefício por incapacidade temporária a partir de 27/07/2017. Durante o período de gozo desse benefício, foi recolhido à prisão e, meses depois, convocado para perícia médica administrativa destinada a verificar a permanência da incapacidade laborativa e a elegibilidade do seu caso para programa de reabilitação profissional. Deixou de comparecer à perícia administrativa e, assim, teve os pagamentos do benefício cessados. Alega a persistência da incapacidade laborativa e que faz jus ao benefício por incapacidade - seja definitiva, seja temporária.

Inicial emendada no ID 250603121 para viabilizar a apreciação do pleito de gratuidade formulado na inicial. Tutela provisória de urgência indeferida e gratuidade deferida no ID 250694523. No ID 254057149, a parte autora comprovou a antecipação do pagamento dos honorários periciais. Data para perícia médica designada no ID 258105426. Sobreveio manifestação do INSS no ID 258470523 a respeito dos fundamentos jurídicos do pedido.

Laudo pericial apresentado no ID 263620243. O INSS apresentou contestação no ID 268606384, em que pugnou pela improcedência do pedido. Além disso, formulou pedido de complementação da prova pericial.

O autor apresentou réplica no ID 27558663. Este Juízo determinou a complementação da prova pericial no ID 275569514. Laudo complementar apresentado no ID 276613072. Dada oportunidade para manifestação, ambas as partes deixaram transcorrer o prazo concedido para tanto.

Após, os autos vieram conclusos para o sentenciamento.

É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O processo encontra-se em termos para julgamento, pois conta com conjunto probatório suficiente a pautar a prolação de uma decisão de mérito.

Não há prescrição a ser pronunciada. Pretende a parte autora o restabelecimento/concessão de benefício por incapacidade desde a data da cessação administrativa do NB 621.417.282-0 ocorrida em 30/01/2020, com o

pagamento dos valores atrasados desde então. Entre essa data e aquela do aforamento da petição inicial, não decorreu lustró prescricional.

2.1 DO MÉRITO

2.1.1 - BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE LABORAL

Anseia a parte autora por provimento jurisdicional que lhe assegure o restabelecimento do benefício de auxílio-doença e/ou sua conversão em aposentadoria por invalidez.

O benefício de auxílio-doença tem previsão legal no artigo 59 da Lei nº 8.213/1991 e exige o preenchimento de três requisitos: a) qualidade de segurado de quem o pleiteia, à época do surgimento da incapacidade laboral; b) incapacidade total e temporária para o exercício da atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos e c) período de carência exigido pela lei. Em regra, 12 prestações.

Atividade habitual é aquela para a qual o segurado está qualificado, sem necessidade de nenhuma habilitação adicional. Ou seja, se sempre exerceu atividades laborais físicas e apresenta problemas igualmente físicos de saúde, o fato de em tese não estar incapacitado para exercer atividades intelectuais não impede a concessão do auxílio-doença, na medida em que esse tipo de atividade não é a sua atividade habitual, e para tanto necessitaria de qualificação de que não dispõe no momento. Por essa razão, o artigo 59 refere-se à atividade habitual, não simplesmente a atividade qualquer.

Por sua vez, o benefício de aposentadoria por invalidez encontra normatização nos artigos 42 a 47 da mesma Lei nº 8.213/1991, e também exige o preenchimento de três requisitos: a) o requerente deve ser segurado da Previdência Social quando do surgimento da incapacidade laboral; b) deve estar acometido de doença que o torne total e permanentemente incapaz para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e c) deve ter cumprido período de carência exigido pela lei. Em regra, 12 prestações.

No caso dos autos, o extrato de CNIS acostado no ID 250110450 demonstra que o autor filiou-se ao RGPS em 12/09/2008 na qualidade de segurado obrigatório empregado. Desde então, manteve-se nessa condição de modo quase contínuo. De 21/12/2017 a 31/01/2020, esteve em gozo de benefício por incapacidade temporária. Assim, cumpriu o autor os requisitos da manutenção da qualidade de segurado e do período de carência.

In casu, mostrou-se relevante a realização da perícia médica a fim de se apurar a incapacidade laborativa do autor, bem como a data de início da incapacidade - DII, mormente porque o requisito da qualidade de segurado deve estar presente em tal data.

Quanto à incapacidade laboral, extrai-se dos documentos médicos juntados aos autos, bem como do laudo médico elaborado pelo Sr. Perito Médico nomeado pelo Juízo, que o autor apresenta os problemas de saúde alegados.

Examinando-o em 01/09/2022, o Sr. Perito Médico nomeado pelo Juízo afirmou que o autor está acometido de "amputação traumática do quadril e da coxa", mais adiante especificada como amputação transfemural esquerda, com coto com boa cicatrização, sem sinais de inflamação.

O laudo pericial produzido nos autos foi conclusivo acerca da incapacidade laborativa total e permanente para sua atividade laborativa habitual (como tratorista) a partir de 11/12/2017, data na qual sofreu acidente de trânsito em decorrência da qual teve a amputação. Sugeriu que o autor retome o processo de reabilitação profissional interrompido pelo seu recolhimento à prisão.

Em laudo complementar, esclareceu que o autor pode ser reabilitado para o desempenho de atividade laborativa conciliável com a utilização de prótese em membro inferior. Não estimou prazo para recuperação da capacidade laborativa.

Como se vê, as provas são consistentes acerca da incapacidade total do autor para a sua atividade laborativa habitual, a ensejar a concessão de benefício por incapacidade temporária. Não vislumbro a existência de incapacidade permanente e total para o desempenho de qualquer atividade laborativa, uma vez que a senhora perita foi clara acerca da possibilidade de reabilitação profissional.

Esse não é, porém, o cerne da controvérsia posta em Juízo. O cerne da controvérsia é verificar se, ao abandonar o serviço de reabilitação profissional e não se submeter à perícia médica administrativa para a qual foi convocado, o autor deixou de ter direito ao benefício por incapacidade. O artigo nº 101 da Lei nº 8.213/1991 estabelece dois ônus ao titular de benefício por incapacidade, sob pena de suspensão do benefício. O dispositivo tinha a seguinte redação ao tempo da cessação do benefício em discussão nestes autos (janeiro de 2020):

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

No presente caso, o titular do benefício descumpriu ambos os deveres legais: abandonou o programa de reabilitação profissional que lhe foi oferecido (vide Folha de Evolução do Programa de Reabilitação Profissional acostada no ID 250110661, páginas 26-32) e deixou de se submeter a perícia médica administrativa (conforme informação prestada pela autoridade previdenciária nos autos do processo administrativo - ID 250110661, página 35).

O passo seguinte é verificar se o descumprimento dos ônus legais é imputável ao autor. Conforme certidão acostada no ID 250110661, página 36, a qual foi apresentada na via administrativa, o autor foi recolhido provisoriamente à prisão em 14/12/2019. E, conforme alvará de soltura acostado no ID 250110658, ele permaneceu nessa condição até 2 de maio de 2022.

A interrupção da participação do autor no programa de reabilitação profissional lhe é imputável, na medida em que cometeu fato ensejador de prisão em flagrante, posteriormente convertida em prisão preventiva e em prisão definitiva, até ver-se livre da prisão em 2 de maio de 2022. A parte autora não produziu prova da ilegalidade dessa prisão, circunstância que tornaria plenamente justificável o abandono do programa de reabilitação profissional. Portanto, não se vislumbra ilegalidade na suspensão do benefício por abandono do programa de reabilitação profissional, uma vez que tal abandono é imputável ao autor.

Cessado, porém, o empecilho para a continuidade do programa de reabilitação profissional ao autor, tem o autor o dever e o direito (previsto no

artigo 18, inciso III, alínea c, da Lei nº 8.213/1991) a retomar a participação no programa de reabilitação profissional. E, por consequência, volta a ter o direito ao benefício por incapacidade temporária até que considerado apto ao exercício de atividade laborativa compatível com sua nova situação física.

Com efeito, a solução dada pelo legislador para situações como a presente não é a cassação do direito ao benefício por incapacidade e sim a suspensão da fruição desse direito. Cessados os motivos que ensejaram a suspensão, o beneficiário volta a poder exercer o seu direito, com os ônus que esse exercício implica. Nesse cenário, tinha o INSS o dever de informar o autor acerca da suspensão do seu benefício, com o fundamento legal pertinente, e acerca da possibilidade de retomada dos pagamentos tão logo o autor retomasse a participação no programa de reabilitação profissional e se submetesse a perícia médica administrativa. Não cabia ao INSS simplesmente "concluir a tarefa" internamente e dar a situação por resolvida.

A solução adotada pelo INSS não encontra amparo legal e coloca o segurado em situação de desamparo social permanente. Se o direito ao benefício por incapacidade puder ser considerado suprimido pelo abandono do programa de reabilitação profissional, a concessão de novo benefício dependeria de nova filiação. E a moléstia pretérita seria sempre considerada pré-existente em relação à nova filiação, a impedir nova cobertura da Previdência Social. Assim, o autor seria colocado à margem da cobertura da Previdência Social de modo definitivo, embora necessite dessa cobertura e tenha passado a dela necessitar enquanto era indubitavelmente segurado da Previdência Social.

Por fim, ao contrário do que alegou o INSS em sua primeira manifestação nos autos, o presente caso não pode ser analisado à luz das normas contidas no artigo 59, §§2º e 3º, da Lei nº 8.213/1991. A incapacidade laborativa e o benefício previdenciário dela decorrente (com DIB em 21/12/2017) precedem, no presente caso, a edição da Medida Provisória nº 871/2019, que introduziu esses dispositivos na Lei de Benefícios. A legislação em vigor na DIB não continha tais regras. A garantia do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI) impede que se aplique ao caso do autor norma jurídica editada posteriormente ao início do seu benefício.

Dadas as premissas acima, quais sejam, (i) incapacidade laborativa total para a atividade habitual com possibilidade de reabilitação profissional, (ii) qualidade de segurado e período de carência cumpridos no momento do surgimento da incapacidade, (iii) suspensão do benefício por motivo legítimo e imputável ao autor, (iv) ilegal cessação definitiva do benefício e (v) falta de comunicação do INSS ao autor sobre o seu direito ao benefício tão logo cessado o motivo da suspensão, tem o autor direito ao restabelecimento do benefício por incapacidade temporária, com os ônus decorrentes (submeter-se a perícia médica sempre que convocado e reabilitação profissional) a partir da data em que se viu livre da prisão.

Por certo, o INSS poderá novamente suspender os pagamentos do benefício em caso de descumprimento dos ônus acima e poderá cancelar o benefício na hipótese prevista no artigo 60, §6º, da Lei nº 8.213/1991, caso o autor venha a exercer atividade laborativa que lhe garanta a subsistência em momento posterior ao restabelecimento do benefício.

3. DISPOSITIVO

Nos termos da fundamentação, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Rafael Maikon Ferreira de Jesus em face do Instituto

Nacional do Seguro Social e encerro com resolução de mérito a fase de conhecimento do presente feito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Em decorrência, condeno o INSS a: (3.1) restabelecer, em favor do autor, o benefício por incapacidade temporária NB 621.417.282-0 a partir de 02/05/2022 e mantê-lo ativo até que concluído o processo de reabilitação profissional na forma do artigo 140 do Decreto nº 3.048/1999, autorizada a suspensão dos pagamentos em caso de abandono do programa e o cancelamento do benefício na hipótese prevista no artigo 60, §6º, da Lei nº 8.213/1991, somente se ocorrida após a efetiva retomada dos pagamentos do benefício; (3.2) pagar os valores devidos a título de atrasados, autorizado o desconto pelo INSS dos meses em que auferiu remuneração em virtude de vínculo empregatício formal, bem como eventuais montantes já recebidos a título de outro benefício inacumulável no período; e (3.4) pagar, a título de reembolso, o valor recolhido pelo autor para a realização de perícia médica nestes autos, bem como honorários advocatícios a serem liquidados oportunamente, no percentual mínimo previsto no inciso I, do § 3º, respeitada tal proporção, em eventual aplicação dos incisos II a V, a teor do § 5º, todos do artigo 85, do Código de Processo Civil, cujo percentual deverá incidir sobre a condenação calculada até a presente data. Condeno a parte autora, por outro lado, ao pagamento de honorários advocatícios aos procuradores federais, a serem calculados também no patamar mínimo legal sobre o valor que deixou de ganhar (a soma dos pagamentos do benefício por incapacidade entre 31/01/2020 e 02/05/2022). A execução dessa verba honorária dependerá da demonstração, pelo INSS, de que cessaram os motivos ensejadores da concessão da gratuidade processual.

As parcelas vencidas existentes serão apuradas em regular execução de sentença, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Conselho da Justiça Federal vigentes à época da liquidação da sentença.

Considerando a natureza alimentar da condenação e a existência de pedido expresso nesse sentido, concedo, nesta oportunidade, a tutela provisória de urgência requerida, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil. Apure o INSS o valor mensal e inicie o pagamento do benefício ora restabelecido ao autor, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar do recebimento da comunicação desta sentença à AADJ, sob pena de multa diária de 1/30 (um trinta avos) do valor do benefício, a teor do § 1º do artigo 536 do referido Código.

Oficie-se a APS ADJ (Agência da Previdência Social de Atendimento a Demandas Judiciais) para que promova o cumprimento da antecipação de tutela ora concedida. Esta sentença assinada eletronicamente servirá de ofício.

Deixo de submeter a presente sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Sentença registrada eletronicamente.

Assis, data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Substituto Caio Cezar Maia de Oliveira

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5000904-78.2022.4.03.6131

SENTENÇA

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, que tem por objetivo a implementação, em favor da parte requerente, da aposentadoria por tempo de contribuição. Juntou documentos.(id nº 267208615).

Decisão proferida sob id nº 267501334 concede ao autor o benefício de gratuidade de justiça.

O réu apresenta contestação ao pedido inicial, acompanhada de documentação, sustentando a falta de requisitos para a concessão do benefício, pugnano pela improcedência do pedido. (id nº 274640142)

Decisão proferida sob id nº 288610336 designa audiência de instrução.

Termo de sudiência sob id nº 298794160.

Alegações finais sob id nº 300281644.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. O feito está em termos para julgamento, na medida em que todas as provas necessárias ao deslinde do feito já se acham presentes, nada mais havendo que esclarecer em instrução. Passo à análise do mérito do pedido.

A questão a ser examinada neste julgamento trata de um tema altamente complexo e relevante, especialmente nos dias atuais, em que a demanda dos fiéis exige das instituições religiosas meios de acesso que ultrapassam o espaço físico do templo.

No caso em tela o autor, um sacerdote religioso ligado a Igreja Católica Apostólica Romana, objetiva o reconhecimento, para todos os fins previdenciários, do período que cursou o seminário, (de 12/02/1978 a 12/06/1989), do tempo em que serviu o exército e, ainda daquele período em que atuou como padre apresentador, (01.10.1996 a 30.12.1999, de 01.03.2000 a 30.07.2000, 02/2007 e 01/2015).

Passo a analisa-los.

DO PERÍODO COMO SEMINARISTA

É fato que o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) aceita o cômputo, para fins previdenciários, de certas atividades desempenhadas quando o segurado ainda está sendo capacitado; como exemplo destaco aluno aprendiz.

Com relação ao tempo do aspirante à vida religiosa a jurisprudência vem adotando o entendimento de que este período poderia ser equiparado à situação de aluno-aprendiz, desde que preenchidos os mesmos requisitos.

A matéria então, passa a ser regulada pelo art. 58, XXI, 'a' e 'b', do Decreto 611/92, que dispõe que são contados como tempo de serviço, nos termos do Decreto-Lei 4.073/42, entre outros.

O aluno-aprendiz, consoante delimitação legal dada pelo Decreto-Lei nº 4.073/42 (lei orgânica do ensino industrial), pode ser equiparado a servidor público, para fins previdenciários, desde que o processo de aprendizagem tenha envolvido prestação de serviços remunerados à conta de dotação orçamentária, situação que autoriza a respectiva contagem do tempo de serviço, nos termos da Lei n.º 6.225/79, com alterações da Lei n.º 6.864/80.

No caso em apreço, contudo, após colhida todas as provas, não restou demonstrada a existência de retribuição pecuniária ao autor, nem o fornecimento de fardamento/uniforme e/ou material escolar.

Sendo desta forma, não há como equiparar nem o período em que o autor cursou o seminário, ao de aluno aprendiz, vez que não restam preenchidos os requisitos legais exigidos para tanto.

Nesse sentido, vem entendendo a jurisprudência majoritária de nossos Tribunais Superiores, conforme abaixo destaque:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. ASPIRANTE À VIDA RELIGIOSA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REGRAS PERMANENTES. TUTELA ESPECÍFICA. 1. É possível o cômputo do tempo de serviço prestado pelo aspirante à vida religiosa que trabalhou para custear sua formação, ainda que a contraprestação pelo trabalho tenha ocorrido de maneira indireta, na forma de alimentação, moradia, estudo, como ocorre com o aluno-aprendiz. 2. Presentes os requisitos de tempo de contribuição e carência, é devida à parte autora a aposentadoria por tempo de contribuição - regras permanentes. 3. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença stricto sensu previstas no art. 497 do CPC/15, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (sine intervallo). (TRF4, AC 5006977-46.2020.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 05/05/2022)

PREVIDENCIÁRIO. SEMINARISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO COMO ALUNO-APRENDIZ. TNU. TEMA 216. CRITÉRIOS. 1. Ainda que o período de trabalho do aluno-aprendiz ou seminarista tenha sido exercido em centro estadual de educação, prevalece a legitimidade passiva do INSS, porquanto a escola técnica estadual é equiparada à federal. Ademais, trata-se de demanda em que se discute concessão de benefício previdenciário cujo pagamento compete ao réu. 2. A Turma Nacional de Uniformização fixou, em 14/02/2020, os critérios para a contagem do tempo de serviço como aluno-aprendiz de escola pública profissional, entendimento que se aplica ao seminarista/aspirante à vida religiosa. 3. Tema 216 da TNU: "Para fins previdenciários, o cômputo do tempo de serviço prestado como aluno-aprendiz exige a comprovação de que, durante o período de aprendizado, houve simultaneamente: (I) retribuição consubstanciada em prestação pecuniária ou em auxílios materiais; (II) à conta do Orçamento; (III) a título de contraprestação por labor; (IV) na execução de bens e serviços destinados a terceiros." 4. Destarte, considerando que as atividades desempenhadas pelo autor na lavoura durante sua formação como seminarista não visaram à produção de bens e serviços destinados a terceiros, não há como computar como tempo de serviço os interregnos pleiteados nesta demanda.

(TRF-4 - RECURSO CÍVEL: 50108235120194047107 RS 5010823-51.2019.4.04.7107, Relator: FERNANDO ZANDONÁ, Data de Julgamento: 15/05/2020, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO RS)

Passo a analisar a possibilidade de cômputo dos períodos de 01.10.1996 a 30.12.1999, de 01.03.2000 a 30.07.2000, 02/2007 e 01/2015 onde o autor declara ter servido as forças armadas e, desempenhado atividade de padre/apresentador, para a empresa Associação do Senhor Jesus (ASJ), que administra a TV século 21.

Inicialmente se faz necessário conceituar o que se caracteriza como atividade religiosa e/ou sacerdotal.

O serviço religioso é uma atividade altamente singular, definida pelo renomado doutrinador Ives Gandra da Silva Martins Filho como: "o serviço prestado pelo religioso a Deus e à comunidade correspondia à resposta a uma vocação divina, segundo a qual o homem esperaria uma retribuição extraterrena". (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual do Trabalho Voluntário e Religioso: aspectos trabalhistas do serviço voluntário e religioso. São Paulo: LTr, 2002. P. 37.)

Nesse sentido, torna-se evidente que a execução das atividades sacerdotais difere completamente da atividade laboral comum desempenhada por um empregado.

Inicialmente porque o sacerdote não objetiva ganhos materiais, mas sim espirituais. Segundo, no sacerdócio, embora exercido com pessoalidade e baseado em qualidades pessoais, de forma não eventual, não há submissão do sacerdote a um empregador ou equivalente. Existe, unicamente, uma subordinação à doutrina de uma igreja decorrente da fé que professa. Vale ressaltar que essa submissão de natureza eclesiástica não guarda semelhança legal ou jurídica com a subordinação estabelecida entre um empregado e seu empregador.

Por fim, um padre não recebe salário, mas sim um benefício mensal chamado cônica, cuja finalidade é unicamente para sua manutenção pessoal, não se destinando a aquisição de bens ou para desfrutar de itens mundanos.

Portanto, devido à natureza específica e aos critérios próprios atribuídos à atividade religiosa/sacerdotal, não se estabelece uma relação de emprego.

Esse entendimento, aliás, já se encontra sedimentado através de inúmeras decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, entre eles, destaco:

A atividade vocacionada para evangelização, de cunho espiritual como celebração de cultos, sacramentos, assistência religiosa a famílias, administração regional de igrejas e envio de missionários ao exterior, não enseja relação de índole trabalhista (TRT 15ª Região, 4ª Turma, RO-29744/00, Rel. Juiz Flávio Alegretti de Campos Cooper, Acórdão nº 10432/01, Recorrente Jerry Valério e Recorrida Igreja Pentecostal "Deus é Amor", in DOESP de 02/04/01).

"RELAÇÃO DE EMPREGO -PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELIGIOSOS - INEXISTÊNCIA. Não gera vínculo de emprego entre as partes a prestação de serviços na qualidade de pastor, sem qualquer interesse econômico. Nesta hipótese, a entrega de valores mensais não constitui salário, mas mera ajuda de custo para a subsistência do religioso e de sua família, de modo a possibilitar

maior dedicação ao seu ofício de difusão e fortalecimento da fé que professa. Recurso Ordinário que se nega provimento.” (RO. 17973/98 – TRT 3º Região – 2º Turma – Relator Juiz Eduardo Augusto Lobato – Publicado no DJMG em 02/07/1999)

“PASTOR EVANGÉLICO. RELAÇÃO DE EMPREGO. Inexiste vínculo de emprego entre o ministro de culto protestante – pastor – e a igreja, pois o mesmo como órgão se confunde com a própria igreja.” (RO. 14322 – TRT 1º Região – 4º Turma – Relator Juiz Raymundo Soares de Matos – Publicado no DORJ 08/10/02)

As atividades sacerdotais estão intrinsecamente ligadas à espiritualidade e à religião. Um sacerdote ou líder religioso desempenha funções relacionadas à fé, culto, orientação espiritual e práticas religiosas, que vão além do escopo de um trabalho convencional.

O sacerdote se compromete a viver em conformidade com os votos religiosos e a servir à comunidade, priorizando a orientação espiritual, a assistência aos necessitados e a propagação dos valores e ensinamentos da fé que processa.

E, quando se faz a opção de vida sacerdotal, é realizada uma escolha de um modo de vida que envolve uma doação de si próprio em sentido desinteressado e comunitário e, essa doação não é passível de contraprestação financeira.

Segundo estabelece Ives Gandra da Silva Martins Filho, em sua obra Manual do Trabalho Voluntário e Religioso: aspectos trabalhistas do serviço voluntário e religioso. São Paulo: LTr, 2002. p. 39, “a atividade sacerdotal engloba os votos religiosos, as atividades assistenciais e, de ensino a ordem a que está vinculado o religioso”.

Entendo que o conceito possa ser ampliado para englobar também atividades inerentes às responsabilidades sacerdotais, como aquelas de natureza administrativa, comuns dentro de uma congregação religiosa.

E, no desempenho de qualquer dessas atividades, típicas e características do sacerdócio, não há meios legais de restar configurada uma relação de emprego entre o sacerdote e sua congregação religiosa.

Existe apenas uma maneira de estabelecer um reconhecimento de vínculo de trabalho entre sacerdotes e instituições religiosas, e esta ocorre quando há uma deturpação, um desvirtuamento da função sacerdotal original, isto é, uma distorção do propósito religioso.

Ives Gandra da Silva Martins Filho descreve a caracterização do desvirtuamento da atividade religiosa da seguinte maneira: “... perde o seu sentido de difusão de uma determinada fé, para transformar-se em ‘mercadora de Deus’, estabelecendo um verdadeiro ‘comércio’ de bens espirituais, mediante pagamento”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual do Trabalho Voluntário e Religioso: aspectos trabalhistas do serviço voluntário e religioso. São Paulo: LTr, 2002. p. 41.)

Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, portanto, a possibilidade de se estabelecer uma relação de emprego entre o sacerdote e a instituição religiosa só se torna viável quando aquele for designado a desempenhar atividades que o afastam da profissão de sua fé, desviando-o de sua vocação religiosa para o exercer tarefas típicas de mercado, cujo propósito é a busca de lucro, avanço profissional e/ou aquisição de bens materiais.

Após a ênfase nos conceitos pertinentes à função sacerdotal e, na identificação das atividades características daquele, procedo à análise do caso específico.

Pois bem, ouvido em juízo o autor declarou que; aos 14 anos foi para o seminário, que há época possuía regime de internato, voltando para a casa apenas uma vez ao ano. Declarou que entrou no seminário no ano de 1978 e lá permaneceu até o ano de 1989. Afirmou que não recebeu qualquer tipo de salário no período. Após ser ordenado, foi designado para a diocese do Ordinariato Militar do Brasil, servindo a Força Aérea Brasileira por cerca de um ano e meio, quase dois anos. Em seguida foi auxiliar, (vigário), em uma paróquia da cidade de São Paulo, passando a pároco na cidade de Bofete S.P., vindo para uma paróquia da cidade de Botucatu S.P., após foi designado para a diocese de Jaboticabal S.P., por fim retornou a cidade de São Paulo capital, quando então foi convidado pelo representante da TV século 21 para deixar a atividade de pároco e, exercer exclusivamente a atividade de apresentador. Na TV século 21 trabalhava todas às quintas em um programa exclusivo seu, mas também trabalhava em outros programas eventualmente. Trabalhou na TV século 21 por quase vinte anos, recebendo, no início dos trabalhos uma ajuda de custo, após, foi realizado um contrato e, desde então passou a receber salário mensal. Afirmo, no entanto, que em nenhum momento de sua vida laborativa teve qualquer registro de contrato de trabalho em CTPS. Declara que nunca pensou em se aposentar, por isso nunca se preocupou em realizar recolhimentos a previdência social, por outro lado, confiou que a instituição a que servia estaria realizando os recolhimentos devidos. Indagado sobre o convite para deixar a paróquia e assumir de forma exclusiva as atividades de apresentador na TV século 21, (Associação do Senhor Jesus (ASJ)), o depoente esclareceu que foi convidado pelo Padre que estava no comando da organização da Associação do Senhor Jesus (ASJ) – que administra a TV século 21, para deixar suas atividades como pároco e, então passou a servir exclusivamente aos projetos da Associação, passando a atuar exclusivamente como servidor da TV. Declarou que a empresa lhe dava a ajuda necessária. Indagado se era comum ser substituído na atividade que desempenhava como apresentador afirmou que muito raramente isso ocorria, apenas quando estava doente ou acontecia algum imprevisto, declara por fim que nunca gozou férias.

A testemunha Emilio Carlos Mancini declarou que conheceu o autor no ano de 1981 quando ambos ainda cursavam o seminário e, participavam juntos em semanas teológicas na faculdade, bem como atividades referentes ao movimento da renovação carismática. Declarou que cursou o seminário durante os anos de 1980 a 1987 quando foi ordenado. Esclareceu que ele e, o autor são de ordens diferentes, por essa razão se ordenou no ano de 1987 e, o autor, apenas em 1989. Declarou que durante o curso do seminário não havia qualquer contraprestação aos estudantes. Esclarece que algumas ordens dentro da congregação realizam o pagamento do INSS a partir do momento em que os aspirantes à vida religiosa passam a, de fato, serem considerados ingressos na congregação religiosa, outras só passam a realizar as contribuições apenas após a ordenação. Declarou que após ser ordenado, o autor passou a trabalhar como capelão em Santos, depois trabalhou um tempo em paróquias, e, depois, então passou a trabalhar na TV século 21. Esclarece que esse trabalho não foi regulamentado por contrato, apenas era exigida a exclusividade na atividade. Afirmou que o autor apresentava um programa na TV século 21. E, as vezes também atuava em outros programas aos domingos, bem como cobrindo outros apresentadores. Indagado se a TV

século 21 é vinculada a igreja católica o depoente respondeu que trata-se de uma associação sem fins lucrativos, sendo seu fundador o Padre Eduardo. Destaca que organização é ligada a igreja mas gerenciada pela associação século 21. Indagado sobre quanto tempo o autor esteve vinculado a TV século 21 o depoente respondeu que por vinte o pouco anos, mas não sabe ao certo. Indagado se o autor recebia salário ou se eram realizados os recolhimentos ao INSS respondeu que não eram realizados pagamentos de salários ou contribuições. Indagado sobre a exclusividade de trabalho, o depoente afirmou que por um tempo o autor permaneceu como pároco da Igreja Santa Terezinha na cidade de Botucatu e, apresentador simultaneamente, mas a maior parte do tempo passou na TV foi de forma exclusiva. Indagado se o autor ainda permanece na emissora respondeu que o autor já saiu faz um bom tempo, mas não sabe precisar quanto tempo.

DO TEMPO DE SERVIÇO MILITAR

O autor declarou que, após ser ordenado, foi designado para a diocese do Ordinariato Militar do Brasil, servindo a Força Aérea Brasileira.

Ocorre que o serviço prestado pelo autor nas instalações da Força Aérea Brasileira, não pode ser equiparada ao serviço militar.

Isto porque, para que seja possível a contagem do tempo de serviço militar para fins previdenciários se faz indispensável a apresentação da certidão da Junta Militar e o Certificado de Reservista.

Ocorre que no presente caso não há documentos que atestem ter o autor desempenhado serviço militar em qualquer período de sua carreira.

Por outro lado, em consulta ao site oficial do Ordinariato Militar do Brasil, constato que sua finalidade é a seguinte:

“O Ordinariato Militar do Brasil é uma Circunscrição Eclesiástica da Igreja Católica no Brasil, subordinada diretamente à Santa Sé, participa do Conselho Episcopal Regional Centro-Oeste da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. A Sé episcopal está na Catedral Militar Rainha da Paz, na cidade de Brasília, Distrito Federal”. (<https://arquidiocesemilitar.org.br/historia>).

Como se pode observar, o Ordinariato Militar é uma circunscrição eclesiástica, isto é uma divisão administrativa da Igreja católica que foi instituída para atender espiritualmente determinada categoria particular de fiéis, quais sejam: os militares.

E, muito embora as atividades desempenhadas pelo sacerdote ligado ao Ordinariato Militar sejam destinadas a militares, este não exerce suas atividades como militar, nem está hierarquicamente subordinado a um oficial militar, não estando à disposição das armas no período em que serve, ele continua sendo um sacerdote civil, subordinado exclusivamente à Santa Sé.

Sendo deste modo, não há como caracterizar o desempenho das atividades sacerdotais dos religiosos vinculados ao Ordinariato Militar, como um serviço militar típico, passível de cômputo para fins previdenciários.

Nem se argumente que a atividade possa ser equiparada a de Capelães, isto porque, para se tornar um capelão, além de exercer um cargo de proeminência em igrejas e templos, (ex. Padres, pastores etc), se faz indispensável que

cumpram integralmente os requisitos previstos pelos arts. 18, 19 e 20 da Lei 6.923/1981.

SEÇÃO II

Do Ingresso no Quadro de Capelães Militares

Art. 18 Para o ingresso no Quadro de Capelães Militares será condição o prescrito no art. 4º desta Lei, bem como:

I - ser brasileiro nato;

II - ser voluntário;

III - ter entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

IV - ter uso de formação teológica regular de nível universitário, reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião;

V - possuir, pelo menos, 3 (três) anos de atividades pastorais;

VI - ter consentimento expresso da autoridade eclesiástica da respectiva religião;

VII - ser julgado apto em inspeção de saúde; e

VIII - receber conceito favorável, atestado por 2 (dois) oficiais superiores da ativa das Forças Armadas.

Art. 19 - Os candidatos que satisfizerem às condições do artigo anterior serão submetidos a um estágio de instrução e de adaptação com duração de até 10 (dez) meses, durante o qual serão equiparados a Guarda-Marinha ou a Aspirante-Oficial, fazendo jus somente à remuneração correspondente.

Parágrafo único - O estágio de instrução e adaptação deverá, obrigatoriamente, constar de:

a) um período de instrução militar geral na Escola de Formação de Oficiais da Ativa da Força Singular respectiva;

b) um período como observador em uma Escola de Formação de Sargentos da Ativa, da Força Singular;

c) um período de adaptação em navio, corpo de tropa ou base aérea, no desempenho de atividade pastoral, devendo ainda colaborar nas atividades de educação moral.

Art. 20 - Findo o estágio a que se refere o artigo anterior, os que forem declarados aptos por ato do Ministro da respectiva Força serão incluídos no Quadro de Capelães Militares da Ativa, no posto de 2º Tenente.

Este claramente não é o caso do autor.

Inexistindo, pois, comprovação da efetiva prestação de serviço militar pelo autor, incabível o cômputo de qualquer período para fins previdenciários.

DO PERÍODO COMO PADRE/APRESENTADOR NA TV SÉCULO 21

Analizando, pois, a documentação apresentada com a exordial, bem assim levando em conta as informações trazidas através dos depoimentos prestados, entendo que não restou configurada a existência de qualquer vínculo laborativo entre o autor e a Associação do Senhor Jesus (ASJ) – administradora da TV SÉCULO 21, vez que as atividades por ele desempenhadas eram tipicamente sacerdotais. Senão vejamos:

Em seu depoimento o autor faz referência a existência de um contrato de prestação de serviços entre ele e a empresa Associação do Senhor Jesus (ASJ) – administradora da TV SÉCULO 21.

Contudo, compulsando os autos não se encontra o documento a que se refere o autor.

Foram apresentados a este Juízo apenas, a certidão de ordenação, (id nº 267208615), consulta a vídeos no You tube, (id nº 267208615), comprovação de recolhimentos registrados no CNIS, (id nº 267208615).

Por outro lado, em consulta ao sítio eletrônico da Associação do Senhor Jesus (ASJ) – a qual administra a TV SÉCULO 21 - <https://www.asj.org.br/asj/quem-somos/> constato que a instituição possui caráter eminentemente religioso, veja-se::

“A Associação do Senhor Jesus (ASJ) é uma instituição ligada à Igreja Católica Apostólica Romana, que trabalha com a formação, informação, entretenimento e a evangelização através dos meios de comunicação. Foi fundada em 1981, na cidade de Campinas/SP, pelo Pe. Eduardo Dougherty, SJ, sacerdote jesuíta americano, que trouxe o movimento da Renovação Carismática Católica para o Brasil. Essa Obra é sustentada por milhares de sócios contribuintes espalhados por todo o Brasil e pelo mundo.

A ASJ é uma Obra de Deus que se tornou um grande centro de produções com a ajuda dos sócios. Para os seus trabalhos, conta hoje com a Rede Século 21 (TV) 24 horas no ar e o portal, com notícias, informações e a programação da TV; a Revista Brasil Cristão, com mais de 250 mil exemplares por mês, e a EAD Século 21, nossa Educação a Distância, com a opção de muitos cursos gratuitos. Essas forças fazem desta Obra uma grande rede de comunicação, a Rede Século 21, uma marca que nasceu para educar e evangelizar com você.”.

Na página indicada, resta destacada a “missão” da instituição, qual seja:

“Anunciar o evangelho de Jesus Cristo e educar através dos meios de comunicação, com base na doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, para que o homem encontre o verdadeiro sentido da vida, sendo tudo para a maior glória de Deus.” (grifos meus).

As atividades desempenhadas pela Associação do Senhor Jesus (ASJ) – administradora da TV SÉCULO 21 estão individualizadas, também, do documento juntado sob id nº 267208615, (fls. 9), CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA, onde consta seu registro sob código 94.91.0.00 – Atividades de Organizações Religiosas ou filosóficas.

Ante as informações constantes dos citados documentos resta comprovado que a Associação do Senhor Jesus (ASJ) – a qual administra a TV SÉCULO 21 é vinculada a congregação religiosa da qual o autor é sacerdote, tendo esta sido criada e gerenciada por um Padre Jesuíta Pe. Eduardo Dougherty, SJ.

Também está declarado que a Associação é mantida por doações ofertadas por católicos de todo mundo.

É fato, que a vida contemporânea exige dos sacerdotes em geral criatividade e inovação nos meios de comunicação para a evangelização.

Desta forma, atualmente é muito comum congregações religiosas se utilizarem tanto da mídia televisiva, quanto das plataformas digitais e redes sociais na divulgação de sua doutrina religiosa, no afã de permitir outros meios de acesso a seus fiéis, em especial dos mais jovens.

Não restam dúvidas de que Associação do Senhor Jesus (ASJ) – administradora da TV SÉCULO 21, lança mão de todas as vias midiáticas no nítido

propósito de evangelizar segundo a doutrina professada pela Igreja Católica Apostólica Romana. (<https://www.asj.org.br/asj/quem-somos/>)

Basta para tanto, analisar sua grade de programação.

Me atendo especificamente aos programas televisivos apresentados pelo autor, constato que não se afastavam, de modo algum, do propósito para o qual a rede foi instituída, qual seja: evangelizar, segundo as normas da doutrina da fé católica apostólica romana.

Abaixo, apenas a título de exemplificação, destaco, alguns dos temas abordados pelo autor nos programas que apresentou:

- Madrugada de Bênçãos. Padre Delair Cuerva, FMDP nos fala sobre viver um dia após o outro. Participe conosco (https://www.facebook.com/RedeSeculo21/photos/a.477016505687728/1355295997859770?locale=pt_BR)

- Padre Delair Cuerva - O que estou fazendo da minha vida <https://www.youtube.com/watch?v=N9svtuwiLRo>

- Aprendendo sobre a Igreja com Padre Delair Cuerva, https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=rps99Kxq_TI

- Evangelho do dia com Padre Delair Cuerva, <https://www.youtube.com/watch?v=-Y36IJISYhw>

É inquestionável que os programas possuíam caráter evangelizador, aliás, na maioria deles o autor inclusive, se apresenta devidamente paramentado como sacerdote.

Diante desses fatos, torna-se incontestável que referidas atividades não desvirtuam o autor de atividades tipicamente religiosas.

Não passa despercebido a este Juízo que as apresentações do autor revelam claramente sua vocação sacerdotal, vez que em cada um dos programas que apresenta, professa sua fé de forma cativante. É de notar claramente que seu carisma pessoal conecta e encanta o espectador.

No meu entender, o reconhecimento do dom sacerdotal do autor, por parte da instituição a que serve, o designando de forma exclusiva para atuar através da televisão, permitiu que sua aptidão para evangelizar se estendesse para além de uma única paróquia, passando a professar sua fé, de forma brilhante, a um número incontável de fiéis.

No entanto, a atividade ali desempenhada, não configura o desvirtuamento da atividade sacerdotal e, portanto, não resta caracterizada relação de emprego entre o autor e a Associação do Senhor Jesus (ASJ) – provedora da TV SÉCULO 21.

Inexistindo, pois, recolhimentos previdenciários para o RGPS nos períodos de 01.10.1996 a 30.12.1999, de 01.03.2000 a 30.07.2000, 02/2007 e 01/2015, e não restando obrigação legal a Associação do Senhor Jesus (ASJ) – provedora da TV SÉCULO 21 de realizar os recolhimentos previdenciários, vez que inexistente o vínculo laborativo, incabível seu cômputo para os fins previdenciários.

Destaco, por fim, que sendo o vínculo do ministro de confissão religiosa atípico, vez que inexistente entre o sacerdote e a com sua instituição religiosa um

contrato de trabalho, a legislação o equipara ao profissional autônomo, para fins de contribuição previdenciária.

Conforme estabelece o art. 12 da Lei 8212/91:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

...

V - como contribuinte individual:

...

c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;

E, estando o autor classificado como contribuinte individual, como regra, a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição previdenciária pertence a ele mesmo. (art. 30, II da Lei nº 8.212/91).

Assim, computados todos os períodos de atividade contributiva vertidos pelo autor ao RGPS até a DER (23/08/2021), aporta-se num total de 27 anos, 07 meses e 01 dia de atividade contributiva.

Ressalto que a concessão de benefício previdenciário rege-se pelo princípio do tempus regit actum, isto é, pela lei vigente na data do requerimento administrativo.

Pois bem, o autor realizou seu requerimento administrativo objetivando sua aposentação em 23/08/2021, quando já estava em vigor o regramento instituído pela EC 103/2019.

A partir da vigência das normas instituídas pela EC103/2019, para que seja possível a aposentação o segurado deverá implementar os seguintes requisitos:

Art. 18. O segurado de que trata o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e

II - 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, prevista no inciso I do caput, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade.

§ 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei.

No entanto, o autor não preenche qualquer dos requisitos legais necessários para aposentação.

Nem se argumente pela concessão do benefício pelas regras de transição, vez que, com o tempo de contribuição apurado, bem assim pela idade o autor não se amolda a qualquer das regras.

DISPOSITIVO

Do exposto, JULGO IMPROCEDENTE, o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, nos termos do art. 487, I do CPC.

Sem custas e honorários vez que o autor é beneficiário da gratuidade de justiça. (id nº 267501334).

P.R.I.

Botucatu, 11 de dezembro de 2023.

Juiz Federal Mauro Salles Ferreira Leite

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5011536-62.2022.4.03.6100

SENTENÇA

Trata-se de ação de procedimento comum, promovida por SAMUEL KILSZTAJN em face da UNIÃO FEDERAL, cujo objeto é (i) declarar judicialmente a anistia política do autor; (ii) condenar a ré ao pagamento de reparação econômica por danos materiais, em prestação única no valor equivalente a 120 (cento e vinte) salários mínimos, respeitado o teto legal de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e (iii) condenar a ré ao pagamento de reparação econômica por danos morais, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros moratórios contados desde o evento danoso, na base de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do atual Código Civil e, a partir de então, na base de 1% (um por cento) ao mês, conforme disposto nas Súmulas 432 e 543 do STJ.

A petição inicial veio acompanhada de documentos. O pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido (ID 255172780), tendo o autor recolhido as custas judiciais (ID 255971116). A União ofertou contestação, com arguição de prescrição (ID 261835412). O autor apresentou réplica com pedido de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do CPC (ID 267277769). Não havendo outros atos a serem praticados ou provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos para prolação da sentença.

É o relatório, no essencial. Passo a decidir.

Segundo é alegado na exordial:

(i) o autor foi militante político e atuante no movimento estudantil desde 1968 e monitorado pelo SNI (Serviço Nacional de Informações) até 1987, sendo preso por motivos políticos em 3 (três) oportunidades: aos 16/04/1970, 25/03/1971 e 20/07/1971, ocasiões em que sofreu torturas.

(ii) foi posteriormente absolvido dos supostos crimes (art. 43, do Decreto Lei 898/69 – Lei de Segurança Nacional) que lhe foram imputados, por sentença datada de 26/10/1972, absolvição confirmada pela 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar em 27/11/1973.

(iii) não obstante os atos praticados pelo autor estivessem inseridos no âmbito de sua liberdade de opinião e de expressão constitucionalmente garantidas, e que as prisões sofridas tenham se caracterizado por perseguição política, ainda assim o autor teve indeferido o seu pedido de anistia política, sob o fundamento de que a sua atuação se enquadraria no disposto art. 1º, § 2º da Lei 6.683/1979.

(iv) as provas carreadas aos autos demonstram a clara motivação política no que se refere à perseguição sofrida pelo autor especialmente as injustas prisões, assim incontroversamente caracterizadas, em decorrência da absolvição pela Justiça Militar.

(v) o autor faz jus à indenização por danos materiais, em parcela única, nos termos da Lei nº 10.559/2002 e, como teve violados os aspectos mais íntimos de sua personalidade e honra em decorrência da perseguição política acima relatada,

igualmente faz jus à reparação por danos morais, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

Primeiramente, não reconheço a alegada prescrição quinquenal arguida pela ré com base no Decreto nº 20.910/1932. Segundo o STJ, ações como a presente são imprescritíveis. Dentre vários julgados, destaco o seguinte:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, PRISÃO E TORTURA, DURANTE A DITADURA MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NESTA CORTE. PRETENSÃO DE APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. De acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, a prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32, não se aplica às ações indenizatórias por danos morais, em face de perseguição política e tortura, ocorridos durante o regime militar, decorrentes de violação de direitos fundamentais, sendo, no caso, imprescritível a pretensão indenizatória. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 611.952/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/12/2014; AgRg no REsp 1.128.042/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/08/2013; AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/06/2013; AgRg no Ag 1.428.635/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/08/2012).

II. O Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável, inclusive, quando fundado o Recurso Especial na alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

III. Não cabe ao STJ apreciar, na via especial, a alegada violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente (STJ, AgRg no AREsp 510.363/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/08/2014).

IV. Agravo Regimental improvido

(STJ, 2ª Turma, AGARESP 816.972, j. 10/03/2016, Rel. Min. Assusete Magalhães, grifei).

Prosseguindo, a teor do caput do art. 8º e seu §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (grifei):

Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

(...)

§ 2º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

Por sua vez, o art. 2º, incisos I, VI e XI, da Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002, estabelecem, respectivamente, o seguinte (grifei):

Art. 2º São declarados anistiados políticos aqueles que, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram:

I - atingidos por atos institucionais ou complementares, ou de exceção na plena abrangência do termo;

(...)

VI - punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos, sendo trabalhadores do setor privado ou dirigentes e representantes sindicais, nos termos do § 2º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

(...)

XI - desligados, licenciados, expulsos ou de qualquer forma compelidos ao afastamento de suas atividades remuneradas, ainda que com fundamento na legislação comum, ou decorrentes de expedientes oficiais sigilosos.

Em tais circunstâncias, o art. 1º, inciso II, da referida lei, garante que ocorra “reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada (...)” (grifei).

Analisando-se os autos, encontra-se demonstrado o seguinte:

(i) o autor, militante político e atuante no movimento estudantil desde 1968, foi preso por motivos políticos em 3 (três) oportunidades: aos 16/04/1970, 25/03/1971 e 20/07/1971).

(ii) o autor foi posteriormente absolvido dos supostos crimes (art. 43, do Decreto Lei 898/69 – Lei de Segurança Nacional) que lhe foram imputados por sentença datada de 26/10/1972, com confirmação pela 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar em 27/11/1973.

(iii) o autor, no âmbito do Poder Executivo, teve indeferido o seu pedido de anistia política e indenizações, sob o fundamento de que a sua atuação se enquadraria no disposto art. 1º, § 2º, da Lei 6.683/1979.

Os elementos que compõem os autos não deixam dúvidas a respeito do caráter político das prisões perpetradas contra o autor. A própria ré não nega tal circunstância, apenas fundamenta o não cabimento da anistia/indenização porque, em sua argumentação, estaria o autor incurso no §2º, do art. 1º, da Lei nº 6.683/79, cuja redação prevê que “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

Porém, se foi o autor absolvido dos supostos crimes cometidos (art. 43, do Decreto Lei 898/69 – Lei de Segurança Nacional), por sentença datada de

26/10/1972, com confirmação pela 1ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar em 27/11/1973, é absurdo, para que não se diga risível, rejeitar seu pedido de indenização com esteio no art. 1º, § 2º, da Lei 6.683/1979, como fez a decisão lavrada pela sra. Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em 13/11/2020 (ID 250939444, p. 11 e seg.), autoridade então competente para decidir a respeito no âmbito do Poder Executivo.

Assim, prevalecem as razões constantes da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (ID 250939444, p. 04 e seg.).

Demonstrado que as prisões do autor foram motivadas por cunho exclusivamente político, bem como não sendo aplicável a exceção do art. 1º, §2º, da Lei nº 6.683/79, tenho como configurada a hipótese do art. 8º e seu §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como o previsto no art. 2º, da Lei nº 10.559/2022, fazendo jus o autor, pois, à reparação objeto do art. 1º, inciso II, da referida lei, mais a indenização a título de dano moral.

Nessa banda, da relatoria do então desembargador federal (atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça) Paulo Sérgio Domingues, destaco o seguinte precedente do E. Tribunal Regional da 3ª Região:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. ANISTIADO POLÍTICO. DEMISSÃO POR MOTIVOS POLÍTICOS. DANO MORAL. IMPRESCRITIBILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS DE MORA.

- A jurisprudência dos Tribunais, consolidou-se no sentido de serem imprescritíveis as pretensões compensatórias decorrentes de violações aos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana, como as discutidas na hipótese, não se aplicando, ao caso o Decreto-Lei nº 20.910/32 e nem os prazos previstos no Código Civil.

- Cumpre salientar que o direito à reparação em razão de danos sofridos por perseguições políticas encontra arrimo na Lei Federal nº 10.559/02, a qual trata exclusivamente da reparação econômica. Portanto, essa indenização não abrange eventual prejuízo extrapatrimoniais sofrido pelo anistiado.

- O pagamento de indenização por danos materiais sofridos não se confunde com os danos extrapatrimoniais, decorrentes do abalo emocional e psicológico resultado da perseguição, consistente em demissões, prisões e torturas.

- A reparação administrativa de danos decorrentes de perseguição a anistiado político, prevista em legislação específica, não exclui o interesse de agir na ação de indenização por danos morais, que se destina à proteção, tutela e reparação de bens jurídicos distintos dos tratados administrativamente, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

- Tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria entendem que a responsabilidade civil do Estado é decorrente da existência de três caracteres interligados: ato ilícito praticado por seus agentes, dano ao particular e nexo de causalidade. Tal responsabilidade é objetiva, portanto, prescinde de dolo ou culpa.

- Estão presentes, no caso, todos os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil da ré pelos danos morais sofridos pelo autor, o qual foi sindicalista, tendo sido perseguido, preso e demitido exclusivamente por motivos políticos.

- O conjunto probatório demonstra que o autor teve sua condição de anistiado político reconhecida pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (Portaria n. 1742/2006), ocasião em que lhe foi concedida reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação única, valor de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).

- Quanto ao valor da indenização, entendo ser de rigor sua majoração a R\$100.000,00, montante inclusive fixado em outros julgados deste Tribunal relativos a casos não apenas similares, mas idênticos.
- Apelações da União Federal e da parte autora não providas (6ª Turma, autos nº 0007769-87.2011.4.03.6100, j. 25/03/2022, Rel. Des. Fed. Paulo Sérgio Domingues, grifei).

A indenização por danos materiais em prestação única (pedido do autor) encontra-se regulada no art. 4º da Lei nº 10.559/2002, in verbis:

Art. 4º A reparação econômica em prestação única consistirá no pagamento de trinta salários mínimos por ano de punição e será devida aos anistiados políticos que não puderem comprovar vínculos com a atividade laboral.

§1º Para o cálculo do pagamento mencionado no caput deste artigo, considera-se como um ano o período inferior a doze meses.

§2º Em nenhuma hipótese o valor da reparação econômica em prestação única será superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Todavia, neste tópico, não prevalecem as conclusões da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça quanto à duração da punição. Tenho que a expressão “punição” objeto do art. 4º acima está ligada diretamente ao tempo de restrição de liberdade mais a duração de eventuais sequelas físicas ou psíquicas daí decorrentes. No caso, punição (espécie) deve ser considerada como algo mais gravoso do que a perseguição (gênero).

Os autos apontam que o autor esteve ilegalmente preso por 97 dias, sendo 3 dias em 1970, 1 dia em 25/3/1971 e 93 dias entre 20/07/1971 a 20/10/1971. Considerando que um ano possui 365 dias, fazendo-se a proporção para 30 salários mínimos, chega-se a um total de 7,97 salários mínimos. Valendo o salário mínimo R\$ 1.320,00 (agosto de 2023), a importância devida pela ré, a título de indenização por danos materiais, é de R\$ 10.520,40.

Passo a analisar a questão do dano moral.

Ainda que o autor tenha sido detido por órgãos repressores a serviço da ditadura militar, não há prova de que tenha sofrido torturas físicas. Mesmo sendo notório que tais brutalidades eram comuns nos “porões” do regime, a ausência de prova nesse sentido influi no montante a ser calculado a título de dano moral. Seria de rigor prova mais robusta nesse aspecto, por exemplo, a oitiva de testemunhas que confirmassem a prática de tortura física. Porém, o autor requereu o julgamento antecipado da lide, o que impediu o eventual aprofundamento das provas nesse aspecto.

De qualquer forma, o dano moral no caso existiu e decorre do presumível abalo psíquico sofrido pelo autor pelo simples fato de ter sido preso por motivo político e ter notoriamente convivido num ambiente institucional de perseguição e de censura à livre expressão do pensamento. Portanto, com base no acima esposado, considerando que a terceira prisão se estendeu por tempo absurdamente longo (mais de três meses), arbitro a indenização do dano moral do autor no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Para finalizar, permito-me expressar ser lamentável, para que não se diga preocupante, notar que no seio da sociedade brasileira ainda remanescem grupos de pessoas que pregam a volta de governos antidemocráticos, autoritários,

ditatoriais, fechados e intransigentes com a pluralidade sócio cultural típica das sociedades que valorizam a liberdade, a igualdade e a dignidade do ser humano.

A democracia é a pedra angular do desenvolvimento sócio econômico das nações, sendo que até hoje não consegui identificar país desenvolvido, que ostente IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) acima de 9 (nove), que não tenha a democracia bem fincada em suas mais profundas raízes institucionais.

Obviamente, democracia não se resume a eleições periódicas, sendo certo existir diversas nações nitidamente autocráticas em que a “escolha” dos governantes é feita através das urnas, mas sob total opacidade dos certames. Com efeito, a democracia pressupõe, além de eleições confiáveis e transparentes, a possibilidade de existir uma oposição organizada com chance real de vitória nos diversos certames eleitorais.

A existência de vários grupos políticos numa determinada sociedade, com visões e anseios nem sempre coincidentes (aliás, muitas vezes contrários), acaba por promover um periódico e saudável ajuste entre os diversos interesses que habitam o “jogo do poder”, de maneira que os recursos disponíveis e as políticas públicas não acabem contemplando exclusivamente determinados grupos, verdadeiras castas que deixam os demais grupos à mingua.

Mas não é só isso.

A democracia pressupõe ampla liberdade de expressão do pensamento, inclusive (e principalmente) quando se revelar em críticas aos diversos governos, seja por meio da imprensa organizada ou mesmo a partir dos próprios cidadãos nas diversas redes sociais, em grupos de conversa como whatsapp e outros. Qualquer controle prévio ultimado por órgão de índole governamental é antidemocrático. Eventuais abusos e danos devem ser solucionados a posteriori, por meio das respectivas ações indenizatórias.

Evidentemente, há outras características presentes em todos os países ditos desenvolvidos (leia-se, elevado IDH), a saber:

(i) harmonia e equilíbrio (check and balances) entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

(ii) segurança jurídica e institucional;

(iii) respeito à propriedade privada, aos contratos e à livre iniciativa e

(iv) existência de um sistema público de educação abrangente, inclusivo e de qualidade, notadamente para os ensinos fundamental e médio.

Aliás, a experiência claramente demonstra que as ditaduras e autocracias sobejam em países que ostentam baixo IDH, com elevados níveis de analfabetismo, pobreza, miséria, violência, graves problemas de distribuição de renda, cujas economias, quase sempre, são severamente fechadas ao exterior, baseadas em baixa tecnologia, repletas de benesses fiscais e comerciais aos “amigos”, além de controladas com “mãos de ferro” por órgãos governamentais.

Tenho convicção de que a persistência de governos autoritários e avessos ao pluralismo esteja entre os principais motivos de o Brasil custar a se desenvolver, custar a erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais, custar a ter uma economia mais aberta, pujante, moderna, inclusiva e distributiva. O fato é que nossa experiência democrática sempre foi esporádica e minoritária, ao menos até a Constituição Cidadã de 1988.

Abandonar a democracia é abrir mão do desenvolvimento e, por conseguinte, do bem-estar social.

Portanto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido e extingo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil para declarar a anistia, objeto do art. 8º do ADCT da CF/88, em favor de SAMUEL KILSZTAJN, bem como para condenar a ré a pagar-lhe a importância de R\$ 60.520,40 (sessenta mil, quinhentos e vinte reais e quarenta centavos). Sobre o valor acima incidirá correção monetária desde a presente data e juros desde a citação, segundo as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Nos termos do art. 85, §2º, do CPC, condeno o autor na verba honorária que arbitro em 10% (dez por cento) sobre a sua sucumbência (diferença entre o pedido inicial e o resultado final da demanda), não sendo considerada sucumbência a diferença relativa ao dano moral, nos termos da Súmula 326 do STJ.

Nos termos do art. 85, §§2º e 3º, do CPC, condeno a União na verba honorária que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização devida, devidamente corrigida.

As condenações nas verbas honorárias são independentes e não compensáveis entre si (CPC, art. 85, §14).

Custas ex lege.

Anoto que a presente sentença não sujeita ao reexame necessário (CPC, art. 496, §3º, I).

P.R.I.C.

São Paulo, data de assinatura do sistema

Juiz Federal Marcelo Guerra Martins

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
5020760-24.2022.4.03.6100

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação de procedimento comum promovida por LOTERIA ESPORTIVA CORINGA LTDA. em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, requerendo a condenação da ré à obrigação de fazer consistente na religação das máquinas de sua unidade lotérica e a declaração da ilegalidade dos atos de rescisão contratual e fechamento.

Narra desenvolver atividade lotérica, com base em Contrato de Adesão para Exploração de Atividade Lotérica firmado com a Ré.

Relata ter encaminhado consulta à Ré sobre o aumento significativo de apostas por parte de um determinado cliente, solicitando e obtendo autorização para receber os valores das apostas por TED e TEV, com aumento significativo de sua receita, o que teria sido, inclusive, objeto de congratulação por um dos gerentes executivos da Ré.

Afirma, contudo, que ao ser procurada por rede de televisão para participar de reportagem sobre lavagem de dinheiro, consultou a Ré sobre como proceder, sendo, então, surpreendida em 20.06.2022 com o envio de dois avisos de irregularidades, referentes (i) a envolvimento em fato desabonador da condição de parceiro da Ré ou escândalo público ou notório, com repercussão negativo para a imagem da autarquia; e (ii) ter recebido ou movimentado recurso incompatível com a atividade da permissão lotérica e atividade agregada autorizada pela CEF, sem a comprovação de sua origem.

Informa que, ato contínuo às notificações, a Ré procedeu à suspensão dos sinais de funcionamento dos terminais de sua unidade lotérica, interrompendo o atendimento ao público, mesmo após a interposição de recurso na via administrativa, que restou rejeitado.

Alega que não tinha condições de tomar ciência sobre as irregularidades ventiladas pela mídia televisiva, não sendo lícita a imputação de responsabilidade sobre o controle da origem do dinheiro do cliente vindo por transferência de instituições financeiras sólidas como a CEF e o Banco Itaú.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade da revogação do contrato de permissão, não tendo proporcionado qualquer lesão à imagem da Ré.

Aduz fazer jus à retomada das atividades da unidade lotérica.

Atribui à causa o valor de R\$ 72.800,00.

Inicial acompanhada de procuração e documentos.

Ao ID nº 260021833, a parte autora requereu a juntada de documentos, incluindo o comprovante de recolhimento das custas iniciais.

Ao ID nº 260042541, a parte autora foi intimada para regularização da inicial, promovendo a identificação do subscritor da petição inicial, o que foi cumprido ao ID nº 260285023.

A decisão de ID nº 260748518 acolheu a emenda à inicial e indeferiu o pedido de tutela de urgência, determinando a citação da parte ré.

A parte autora opôs embargos de declaração ao ID nº 261087123, rejeitados nos termos da decisão de ID nº 261168465.

Citada, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL apresentou a contestação de ID nº 264011879, alegando que (i) o contrato firmado à luz do regime de permissão é revestido de precariedade e revogabilidade, razão pela qual possui a prerrogativa de adotar medidas atinentes à rescisão contratual a qualquer tempo; (ii) as atividades das permissionárias são reguladas por circulares que estabelecem condutas, obrigações, regras, categorias, serviços, remunerações e sanções; (iii) no caso da autora, a rescisão foi justificada pela prática de conduta de envolvimento em escândalo, constituindo fato desabonador e em prejuízo à imagem da Caixa, além da movimentação e do recebimento de recursos incompatíveis com a atividade; (iv) identificou expressiva alteração de valor movimentado em apostas na data de 24.05.2021, recebendo como justificativa a alegação de que um dos clientes da unidade havia ganhado o prêmio lotérico e após, efetuado apostas em bolão, nos concursos de prêmio acumulado; (v) posteriormente, houve contato da imprensa para tratar da investigação de lavagem de dinheiro; (vi) parte das questões abordadas na via jurídica já foram elucidadas na via administrativa, na qual restou destacada como condição fundamental aos permissionários o conhecimento dos procedimentos de prevenção e situações suspeitas, constando na cartilha PLDFT a necessidade de comunicação e as vias adequadas para tanto; (vii) constatou-se que o volume de vendas de jogos para o cliente em alusão era superior ao nível médio de vendas para a unidade lotérica, mesmo se referindo a recursos de ganhadores do prêmio da “Mega-Sena” anterior; (viii) foram consideradas as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal para a caracterização da movimentação atípica, com indícios de crimes de lavagem de dinheiro; (ix) a parte autora não considerou a premissa de conhecimento do cliente disponibilizada no Curso PLDFT da “Universidade da Rede Parceira”, identificando o cliente regular como mais um apostador; (x) restaram, assim, configuradas as práticas de irregularidade previstas no Grupo 3, item 23 da Circular CAIXA nº 964/2021, que trata da regulamentação das permissões lotéricas vigente à época da abertura do processo administrativo de apuração, e que não sofreu qualquer alteração em relação às circulares mais recentes; (xi) os jogos de loteria são bastante visados para a prática dos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, o que torna essencial o conhecimento das normas e dos princípios e diretrizes da política de relacionamento com clientes e usuários dos produtos e serviços da CEF; (xii) sendo ato unilateral pela qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público, justifica-se o fato dos instrumentos de permissão conterem cláusulas que detalham pormenorizadamente e quase exaurem o elenco de obrigações e responsabilidades dos permissionários; bem como que (xiii) ainda que procedente a ação, não deverá prosperar o requerimento de arbitramento dos

honorários advocatícios sucumbenciais no percentual de 20% sobre o valor da causa.

Ao ID nº 267822654, a parte autora foi intimada para réplica e as partes, para especificação de provas.

Ao ID nº 270185028, a parte autora apresentou réplica, reiterando o pedido de tutela de urgência em caráter incidental e requerendo, a título de dilação probatória, (i) a intimação da CEF para informação quanto ao andamento das investigações criminais relacionadas ao caso; (ii) a intimação dos bancos envolvidos nas movimentações bancárias, para sua exposição; e (iii) a realização de prova oral para oitiva do depoimento pessoal de seu representante legal e de testemunhas. Ato contínuo, ao ID nº 270718711, arrolou nova testemunha.

Ao ID nº 278479744, foram trasladadas dos autos do agravo de instrumento nº 5025875-90.2022.4.03.0000-SP, interposto pela parte autora em face do indeferimento da tutela de urgência, noticiando o improvimento do recurso pela Colenda Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e o trânsito em julgado respectivo.

Sobreveio a decisão de ID nº 294945175, (i) fixando os pontos controvertidos; (ii) indeferindo os requerimentos referentes à apresentação de informações sobre procedimentos criminais e quebra de sigilo bancário dos envolvidos; (iii) deferindo a realização de prova oral, designando-a para o dia 30.08.2023 e (iv) intimando a CEF para apresentação do inteiro teor do procedimento administrativo que culminou com a revogação da permissão.

Ao ID nº 297948231, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL requereu a juntada de documentos.

Ao ID nº 299484315, a parte autora requereu a juntada de documentos.

Ao ID nº 299567959, foi lavrado o termo de audiência de instrução realizada no dia 30.08.2023, atestando a oitiva do depoimento pessoal da representante da parte autora e das testemunhas arroladas e deliberando a concessão de prazo para apresentação das razões finais.

Ao ID nº 301759348, a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL apresentou o memorial de razões finais.

Ao ID nº 301771240, a parte autora apresentou razões finais.

Recebidos, vieram conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Ausentes as preliminares, presentes as condições da ação e preenchidos os requisitos processuais, passo à análise do mérito.

Os pontos controvertidos encontram-se fixados nos termos da r. decisão de ID nº 294945175, dizendo respeito à legalidade da revogação do contrato de permissão firmado entre as partes, a caracterização das irregularidades previstas no Grupo 3, item 23 da Circular CAIXA nº 964/2021 e a responsabilidade da permissionária sobre as ocorrências.

A Lei nº 8.987/1995, ao dispor sobre os regimes de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, estipula, na forma de seu art. 40, a hipótese de permissão, a ser

formalizada por intermédio de contrato de adesão, revestido de precariedade e revogabilidade.

Ao seu turno, a Lei nº 12869/2013, regulamentando o exercício da atividade e da remuneração dos permissionários lotéricos, confirmou a natureza jurídica de serviço público da atividade lotérica, nos termos seguintes:

Art. 1º. Esta Lei estabelece critérios para a contratação e remuneração de permissionários lotéricos nesse regime e fixa outras providências relativamente às atividades econômicas complementares que vierem a ser por eles exercidas.

Art. 2º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes;

II - outorgante de serviços lotéricos: a Caixa Econômica Federal (CEF) na forma da lei. (...).

Observa-se que a Caixa Econômica Federal, investida de tais prerrogativas, expede regularmente circulares administrativas para fins de regulamentação das permissões lotéricas, estabelecendo condutas e obrigações, as categorias de unidades, os serviços, a remuneração e o sanções administrativas passíveis de aplicação, entre outras disposições, sendo vigente por ocasião dos fatos narrados na inicial a Circular Caixa nº 964, de 21.12.2021, e, atualmente, a Circular Caixa nº 1.004, de 1º.12.2022.

Com efeito, extrai-se dos autos que as partes firmaram em 12.12.2018 os termos aditivos de ID nº 259863184, págs. 01-03 e 04-18, passando a figurar como permissionária de serviços lotéricos, "Caixa Aqui Negocial" e comercialização de loterias federais na categoria "UL".

Em junho de 2022, o representante legal da parte autora noticiou à parte ré sobre consultas realizadas por jornalistas a serviço da rede de televisão Record retratando investigações levadas a cabo pelo Denarc de São Paulo a respeito de lavagem de dinheiro imputada a Anselmo Becheli Santa Fausta, sua esposa e o contador do casal, em decorrência de prêmios recebidos a partir de apostas realizadas em sua unidade lotérica, nos termos seguintes:

"(...) Estamos produzindo uma matéria para o Fala Brasil que trará a investigação da 4ª DISE, do Denarc de São Paulo, sobre a lavagem de dinheiro do mega traficante Anselmo Becheli Santa Fausta, o Magrelo. A informação que apuramos junto a polícia civil aponta que Anselmo Becheli e um contador dividiram um prêmio de 41 milhões de reais em um bolão do sorteio 2363, aposta feita na Coringa Loterias. O dinheiro apostado seria do crime organizado e o prêmio, uma forma de lavar dinheiro.

O contador teria ganhado 6 vezes na loteria em dois anos. A esposa dele, 49 vezes em apenas 11 meses. As apostas, que segundo a polícia foram feitas para lavar dinheiro do crime organizado, teriam sido feitas na Coringa Loterias. Além de Anselmo, do contador e da esposa, o corretor Antônio Vinicius Lopes Gritzbach também teria ganhado na loteria com uma aposta feita na Coringa.

Gostaríamos de saber se os responsáveis pela Coringa Loterias conhecem as pessoas que citamos acima. Também gostaríamos de saber se a lotérica tem ciência de que todas essas apostas foram feitas na Coringa. José Carlos Lima e Neide Aparecida Honorato, que aparecem como sócios da lotérica, gostariam de se manifestar por meio de entrevista? (...)”. (ID nº 297949052, pág. 07).

Posteriormente, a parte autora viu-se notificada pela Caixa Econômica Federal sobre a ocorrência das irregularidades descritas ao ID nº 259863501, pág. 01 e ID nº 259863510, pág. 01, reproduzidas a seguir:

“Envolver-se em fato desabonador da condição de parceiro CAIXA ou em escândalo público e/ou notório, com repercussão negativa para a imagem da CAIXA (...) tendo em vista que a imprensa buscou a CAIXA para obter posicionamento de matéria a ser publicada sobre a investigação da Polícia Civil de São Paulo que descobriu que integrantes do Primeiro Comando da Capital, o PCC, estavam lavando dinheiro com apostas da Mega-Sena. As apostas de três investigados partiram da mesma lotérica: a Coringa Loterias, localizada na Rua Cardeal Arco Verde, 2.140, em Pinheiros, Zona Oeste de São Paulo (...)”.

“Receber ou movimentar recurso incompatível com a atividade da permissão lotérica e/ou atividade agregada autorizada pela CAIXA, sem a comprovação de sua origem”. g. n.

A partir de julho de 2022, a parte autora logrou apresentar defesa e recurso na via administrativa, contemplando as mesmas razões que ilustram a petição inicial, refutadas, contudo, nos termos das decisões de ID nº 260027859, págs. 18-20 e ID nº 260027859, págs. 48-51. As decisões administrativas em apreço consubstanciaram-se, em apertada síntese, nos fundamentos seguintes:

- não terem sido observadas as orientações constantes da cartilha PLDFT disponibilizada na Rede Parceira para casos de suspeita de lavagem de dinheiro em alguma transação operacional, financeira ou produto CAIXA, comunicando-se tais fatos à agência da vinculação, por caixa postal, utilizando-se o MO 43030; diretamente pela Internet, por meio do site <https://contatoseguro.com.br/caixa>; ou pelo telefone 0800 512 6677, opção 2;
- muito embora se referindo a recursos de ganhador do prêmio da “Mega Sena” anterior, não foram levadas em consideração as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos e a falta de fundamentos econômico e legal, caracterizando as movimentações atípicas como indícios do crime de lavagem de dinheiro; e
- não terem sido observados os protocolos da premissa de atendimento denominada “Conheça seu Cliente”, também prevista na Cartilha Especial disponibilizada no Curso PLDFT, em que pese o alto valor das transações, muito superiores ao volume médio de venda da unidade lotérica.

Dessarte, a parte autora foi notificada em 27.03.2023 a respeito do descredenciamento da Unidade Lotérica, sendo estabelecido prazo para a retirada dos terminais financeiros lotéricos, nos termos de ID nº 297948240, sendo noticiada, ainda, a promoção de ação judicial de busca e apreensão dos equipamentos.

Cumprir reiterar que, à ocasião dos fatos, a relação entre as partes era regulamentada pela Circular CAIXA nº 964, publicada em 21.12.2021, cujos itens 27.1.2 e seguintes assim determinavam:

“27.1.2. Independente das sanções administrativas previstas, poderá ser aplicada para as PERMISSONÁRIAS que atuarem como ‘Correspondente CAIXA’ AQUI Negocial a sanção de Regressão de Grupo de Classificação em Negócios ou multa, referente às irregularidades previstas em contrato, as quais serão aplicadas imediatamente após a irregularidade cometida, e não interferem as demais sanções administrativas.

27.1.3. As sanções de advertência, multa e suspensão das atividades poderão ser aplicadas cumulativamente, de acordo com a sistemática de pontuação definida no Anexo II, desta circular.

27.1.4. A critério da CAIXA, poderá ser determinada a imediata suspensão das atividades como medida de sobreaviso, cujo prazo de duração será definido pela CAIXA, de acordo com a gravidade da ocorrência.

(...). 27.1.8. A PERMISSONÁRIA tem o prazo de 5 (cinco) dias úteis, após a notificação, para apresentar formalmente sua defesa para análise pela CAIXA.

27.1.9. Em caso de ausência de manifestação formal da PERMISSONÁRIA ou caso a defesa apresentada não seja acolhida, a CAIXA aplica a sanção administrativa.

27.1.10. Após a decisão proferida em grau de recurso não caberá novo recurso administrativo”.

Demais disso, verifica-se que a permissionária se obriga ao cumprimento de premissas orientadoras e preventivas levadas ao seu conhecimento, notadamente o Código de Conduta do Empresário Lotérico (item 24.6.1 da circular) e as diretrizes da Cartilha de Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo (PLDFT) (item 24.6.2). A cartilha em alusão, disponível para consulta pública no sítio eletrônico da parte ré[1], foi elaborada em alinhamento com a Lei nº 9.613/1998, a Circular BACEN nº 3.978/2020 e a Resolução CVM nº 50/2021, prelecionando a identificação de condutas e práticas correlacionadas à lavagem de dinheiro e reunião de fundos ou capital para a realização de atividades terroristas, estabelecendo protocolos de abordagem, avaliação interna, monitoramento, registro das transações e comunicação à Caixa Econômica Federal, promovendo, entretanto, a política de relacionamento denominada “Conheça seu Cliente”, contemplando procedimentos de coleta, verificação, validação e atualização de informações cadastrais. Destacam-se, a seguir, algumas de suas diretrizes:

“4.2.1 A CAIXA adota procedimentos destinados a conhecer seus clientes desde a solicitação de início de relacionamento e durante todo o seu ciclo, para mitigar o risco de constituição ou manutenção de vínculos com pessoas com possível envolvimento em práticas de LD/FTP.

4.2.2 Os procedimentos destinados a conhecer os clientes alcançam a identificação, a qualificação e a classificação dos clientes.

4.2.3 As informações relativas aos dados cadastrais de clientes são atualizadas com periodicidade definida a partir da análise da legislação vigente e de critérios de riscos estabelecidos pela Avaliação Interna de Risco.

4.2.4 A CAIXA classifica seus clientes em níveis de risco, considerando aspectos de PLD/FTP, em consonância com a Avaliação Interna de Risco.

4.2.5 A qualificação dos dados cadastrais é realizada por meio da coleta, verificação e validação de informações, compatíveis com o perfil de risco do cliente e com a natureza da relação de negócio.

4.2.6 São adotadas medidas de caráter restritivo para o início e para a manutenção de relacionamento com clientes em situações de possível envolvimento em práticas de LD/FTP.

4.2.7 A CAIXA adota procedimentos e controles internos compatíveis com clientes qualificados como PEP, considera essa condição para fins de classificação de

4.2.7.1 Os procedimentos e controles internos se estendem a representantes, familiares e estreitos colaboradores dessas pessoas.”

Por intermédio da presente demanda, a parte autora retoma parte das razões apresentadas em sua defesa administrativa, visando demonstrar o cumprimento dos protocolos administrativos que lhe competiam e a anuência dos agentes a serviço da ré contatados a respeito dos procedimentos adotados.

De mesma face, sustenta ter realizado contatos com gerentes executivos da parte ré a respeito do aumento da venda de jogos da unidade lotérica, tendo seu representante legal afirmado, por ocasião da audiência de instrução, que recebeu aval para a prestação de contas e o recebimento de pagamentos por transferências eletrônicas efetuadas por intermédio dos bancos CEF e Itaú (ID nº 299571107).

Contudo, não constam do instrumento inicial provas inequívocas a respeito da correta identificação da origem das apostas à parte ré, nem, tampouco, que referida comunicação tenha sido realizada por intermédio dos canais dedicados à denúncia de situações suspeitas, nos termos dos protocolos instituídos pela Circular CAIXA nº 964 e pela cartilha de prevenção à lavagem de dinheiro.

Nesse passo, as provas produzidas conduzem à conclusão de que, muito embora cientes da situação pontual de ampliação das apostas por um cliente específico, os agentes da parte autora não lograram aplicar os protocolos concebidos para a prevenção de práticas de lavagem de dinheiro, deixando, mesmo, de considerar a possibilidade de sua ocorrência, direcionando e limitando suas atenções a possíveis problemas procedimentais (o recebimento das transferências eletrônicas) e de natureza contábil e tributária, como aqueles elencados pela testemunha Airton Antônio Prado em seu depoimento (ID nº 299571136).

De fato, não resta demonstrada nenhuma ação relacionada à política de análise e conhecimento dos clientes responsáveis pelas apostas, nem, tampouco, evidenciada as causas obstativas do cumprimento do protocolo de observância obrigatória da permissionária, o que evidencia que a eventual prática de lavagem de dinheiro, acaso configurada, não poderia ser identificada naquela ocasião.

Entretanto, em que pesem as medidas alegadamente adotadas pela parte autora, é fato que a correta observância aos treinamentos e procedimentos acordados internamente entre as partes não restou comprovada, não sendo autorizado à permissionária eximir-se de suas responsabilidades em razão de contatos formalizados com a parte autora para finalidades diversas.

Deixando de proceder com a atenção necessária, a parte autora sujeitou-se ao envolvimento com as práticas criminosas costumeiramente vinculadas à atividade lotérica, expondo a permissionária a riscos que deveriam ser evitados.

Sob tal ótica, irrelevante que o nome da unidade lotérica tenha sido expressamente veiculado na reportagem promovida pela Rede Record, haja vista o conhecimento público e notório existente a respeito do controle exercido pela Caixa Econômica Federal sobre as atividades lotéricas em território nacional. Não há dúvidas, ademais, que a abertura de investigação da Polícia Civil a respeito da lavagem de dinheiro veiculada por intermédio de apostas na unidade lotérica deve ser interpretada como fato desabonador da permissionária, que detinha, como já mencionado, o dever de agir proativamente em sua prevenção.

Frise-se que, em se tratando de permissão administrativa, é prerrogativa e, ao mesmo tempo, dever do órgão público permissionante adotar as medidas atinentes à rescisão contratual, uma vez constatado o descumprimento das obrigações pactuadas com a permissionária, notadamente diante de omissões que conduziram à potencial prática de delito gravoso, relacionado à prática de lavagem de dinheiro por facção criminosa, que, em sua essência, se destina, justamente, ao encobrimento da origem de dinheiro obtido ilicitamente.

Importa, por fim, consignar que não foi demonstrada pela parte autora qualquer irregularidade na condução do processo administrativo relacionado à revogação da permissão, a justificar a revisão das conclusões alcançadas pela parte ré naquela via. Confirma-se, nesse sentido, o entendimento do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre a questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES. LOTÉRICA. AFASTADOS OS ARGUMENTOS DA RECORRENTE. MANTIDA A DECISÃO AGRAVADA.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos, sendo certo, ainda, que o recurso apresentado pela agravante não trouxe nada de novo que pudesse infirmar o quanto decidido.
 2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.
 3. Registre-se, por oportuno, que a adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, que preceitua que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Precedentes do E. STF e do C. STJ.
 4. Da consulta aos documentos juntados no feito originário, verifica-se que foi juntada cópia de parecer da CEF (na esfera administrativa), com indicação de "código 21000729-0", no qual restou demonstrado a existência de procedimento administrativo, bem como da análise do recurso administrativo apresentado pela recorrente.
 5. Ausente a relevância da probabilidade do direito.
 6. Os atos administrativos presumem-se legítimos, podendo a referida presunção ser afastada por meio de prova em contrário.
 7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.
- (TRF 3ª Região, 4ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5003426-12.2020.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 14/12/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/12/2020)

Dessa forma, não se verifica a plausibilidade do direito invocado.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, honorários periciais, bem como de honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §§ 3º, I e 4º, III do CPC).

I. C.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2024.

Juíza Federal Denise Aparecida Avelar

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
5001505-46.2023.4.03.6100

SENTENÇA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMISSÃO DE AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. ENVASILHAMENTO DE RECIPIENTE DE GLP DE TERCEIRO. REQUALIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS. REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO.

Trata-se de ação de mandado de segurança, impetrado por TANKGAS COMÉRCIO VAREJISTA DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO LTDA. em face do ESPECIALISTA EM REGULAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP, com pedido de liminar, com o fito de invalidar o auto de infração nº 1130002341619041 emitido pela fiscalização da agência reguladora.

A parte impetrante, empresa atuante no setor de envasamento e distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP, foi autuada em 17/01/2023, por envasilhar recipientes de GLP de marca de terceiros, sem contrato celebrado, bem como comercializar recipientes transportáveis de GLP, cheios no caso botijões P-13, que não observaram o prazo de requalificação.

Sustenta que a autuação estaria em desacordo com a Lei nº 20.627/2021 do Estado do Paraná que permite o envasilhamento com marcas de terceiros e que dos 1.376 vasilhames, apenas 03, estavam como o prazo de requalificação vencidos, por 15 (quinze) dias.

O pedido de liminar foi deferido em parte, nos seguintes termos: (Id n.º 273717895):

“(...) defiro parcialmente o pedido de liminar para suspender os efeitos do documento de fiscalização – DF nº 113 000 23 41 619041, com exceção da notificação para comprovação das várias licenças e autorizações de funcionamento que deverão ser apresentadas pela impetrante no prazo fixado.”

A autoridade impetrada prestou informações (Id nº 275312679). Em sede de preliminar, alegou inadequação da via eleita. No mérito, sustentou que a atuação da ANP foi legítima. Alega que as condutas infracionais descritas nos itens 2.1 e 2.2 do auto de infração encontram respaldo no art. 26 e 37, respectivamente da Resolução ANP nº 49/2016.

A ANP foi incluída no feito. O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

Posteriormente, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – SINDIGÁS pleiteou a reconsideração da decisão liminar, bem como sua admissão no feito como amicus curiae (Id nº 303140753).

Sustentou a entidade de classe que: a parte impetrante descumpriu a regra relativa ao envase de botijão com a própria marca, inclusive a Lei Estadual do Paraná, pois a empresa tem funcionado com botijões de terceiros, não utilizando os seus próprios bujões, o que configura concorrência desleal. A impetrante estaria

utilizando de bens das concorrentes para o giro do seu negócio, sem contar a diluição da responsabilidade em caso de acidente.

As partes foram instadas a se manifestar sobre o pedido da SINDIGÁS e para apresentarem alegações finais.

A parte impetrante reiterou os argumentos da inicial e requereu a concessão da segurança (Id 304791046).

Por sua vez, a ANP ofertou alegações finais (Id 305623607), pugnando pela pela denegação da segurança, sustentando ter a impetrante violado ao disposto no art. 26 da Resolução ANP nº 49/2016, em face da presença de Botijão P-13 de outras marcas, cheios, com o lacre e rotulagem da Tankgas. Reafirma a existência de 1002 vasilhames vazios, com a marca de Tankgas, o que evidencia não ter a impetrante colocado seus vasilhames à disposição para destroca. A seu ver, o envasamento e comercialização de botijões de outras marcas confere vantagem indevida em relação à outros agentes regulados, pois transfere o ônus da operação para as demais empresas. Por fim, alega não ter a impetrante demonstrado o cumprimento dos requisitos da lei estadual paranaense.

É o relatório, no essencial. Passo a decidir.

A princípio, a lide no mandado de segurança contrapõe uma pessoa física de um lado e do outro um ato de autoridade estatal. A jurisprudência construída nos tribunais superiores na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Lei nº 1.533/51 foi contrária a qualquer espécie de intervenção de terceiros em mandado de segurança.

No entanto, com a entrada em vigor no novo Código de Processo Civil alargou a possibilidade de ingresso de *amicus curiae* no processo em primeira instância, nos exatos termos do artigo 138, assim redigido:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.
§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.
§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

Assim, considerando os efeitos concorrências abaixo discriminados da presente decisão judicial no mercado de distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP levando em conta a especificidade e relevância dos fatos noticiados, defiro o pedido do SINDGÁS e, por consequência, o admito no feito na condição de *amicus curiae* com poderes especificados no artigo 138 do CPC, especialmente o seu § 1º.

No mais, a questão acerca da inadequação da via eleita já foi objeto de decisão (Id nº 278004289).

Passo ao exame do mérito.

No mercado de GLP, o sistema de troca dos botijões tem um papel fundamental. O consumidor compra gás de revendedor e deve receber um botijão em perfeitas, independente do estado de conservação do botijão vazio entregue. O revendedor fica com botijões de diversas marcas que precisam ser trocados para recuperar os da sua própria marca.

Há centros de troca de botijões autorizados pela ANP espalhados em todo o país para que os vários revendedores possam recuperar os botijões com a sua marca. Tal sistema possibilita que cada empresa mantenha no mercado um volume de botijões compatível com a sua comercialização de gás, possibilitando a devida requalificação e posterior retorno ao mercado.

Em cada botijão vendido há mais de três botijões em circulação no sistema, o que garante o abastecimento do mercado consumidor. Os botijões são propriedade das várias distribuidoras, constituindo um dos principais ativos que permitem o giro da atividade econômica. Cada empresa deve ter seus próprios botijões e pode utilizar esvasilhar os de outras empresas mediante contrato próprio.

Nos limites da presente decisão, por serem notórios, não vou discorrer com a devida detença sobre aspectos de proteção do consumidor que tem direito à informação sobre a origem do produto comercializado, possibilitando a responsabilidade em caso de acidente.

Feitos os breves esclarecimentos da peculiaridade do mercado, passemos à autuação feita pela ANP que a parte impetrante pretende invalidar.

Por meio do auto de infração nº 1130002341619041, em 17 de janeiro de 2023, a impetrante foi autuada nas seguintes infrações:

“2.1 Envasilhar recipientes transportáveis de GLP de marca de terceiros, como exemplificado na figura 1 acima, SEM que possua contrato celebrado com outro agente regulado que contenha cláusulas de envasilhamento de recipientes transportáveis de GLP de marca de outro distribuidor. Tal fato constitui infração ao § 3º do inciso 3 do artigo 26 e ao inciso I do artigo 26 da Resolução ANP nº 49/2016.

2.2 - Comercializar recipientes transportáveis de GLP, cheios, no caso botijões P-13, que não observem o prazo de requalificação, pois são de responsabilidade do distribuidor de GLP a inspeção visual, a requalificação, as manutenções preventiva e corretiva e a inutilização de recipientes transportáveis de GLP de sua marca e de terceiros, desde que possua contrato de direito de uso da marca homologado pela ANP ou contrato celebrado com outro agente regulado contendo cláusulas de envasilhamento de recipientes transportáveis de GLP, observados os arts. 26 e 27 da Resolução ANP Nº49/2016. Tal fato constitui infração ao artigo 37 da Resolução ANP Nº49/2016.”

Ressalto que a fiscalização encontrou na sede da empresa impetrante 273 botijões de outras marcas cheios com lacre e rotulagem plásticos da TANKGÁS, além de 40 outros na esteira para o envase. Enquanto isso no pátio da empresa permaneciam vazios e sem utilização os 1002 botijões da marca TANKGÁS, adquiridos em 24/02/2022 para que a empresa obtivesse a devida autorização para atuar no setor.

Tal postura evidencia que a impetrante no giro de seu negócio utiliza os botijões de propriedade de terceiros, deixando os de sua propriedade sem uso. Em outras palavras, a impetrante faz da exceção a regra, ou seja, faz seu giro utilizando botijões de propriedade de seus concorrentes, mantendo os de sua

propriedade sem utilização, ganhando assim vantagem concorrencial indevida, provocando desequilíbrio no mercado. Se todos os agentes econômicos tiverem igual postura, caminharíamos no rumo certo do desabastecimento.

A autuação ora questionada teve como fundamento a Resolução ANP n.º 49/2016 que assim dispõe:

“Art. 26. O distribuidor de GLP somente poderá:

I - envasilhar recipientes transportáveis de GLP de sua marca, ou de marca de terceiros, desde que possua contrato celebrado com outro agente regulado que contenha cláusulas de envasilhamento de recipientes transportáveis de GLP de marca de outro distribuidor;

(...)

§ 3º É vedado ao distribuidor de GLP o uso de marca cuja propriedade ou titularidade de direito de uso seja de outra pessoa jurídica.

(...)

Art. 37. São de responsabilidade do distribuidor de GLP a inspeção visual, a requalificação, as manutenções preventiva e corretiva e a inutilização de recipientes transportáveis de GLP de sua marca e de terceiros, desde que possua contrato de direito de uso da marca homologado pela ANP ou contrato celebrado com outro agente regulado contendo cláusulas de envasilhamento de recipientes transportáveis de GLP, observados os arts. 26 e 27 desta Resolução, de acordo com as legislações e normas vigentes. (Redação dada pela Resolução ANP nº 709/2017)

Parágrafo único. Os recipientes transportáveis de GLP reprovados na inspeção visual ou no processo de requalificação, bem como os desprovidos de marca ou com marca que não esteja autorizada a ser utilizada por um distribuidor de GLP autorizado pela ANP, não poderão ser comercializados e deverão ser inutilizados nos termos da Portaria ANP nº 242, de 18 de outubro de 2000, ou outra que venha substituí-la.”

Os argumentos a parte impetrante concentram-se na Lei Estadual nº 20.627/2021 do Estado do Paraná que, a seu ver, lhe assegurou o direito de envasilhar os botijões de propriedade de outras empresas concorrentes sem ter de apresentar contrato com as respectivas empresas.

Transcrevo os dispositivos da lei paranaense:

“Art. 1º Estabelece que, no Estado do Paraná, o titular da marca inscrita em botijão reutilizável de gás liquefeito de petróleo (GLP) engarrafado, não poderá impedir a livre circulação do produto ou a sua reutilização, ainda que por empresa concorrente, ou criar, por meio de marca, vínculo artificial com o consumidor de maneira a impedir a plena liberdade de adquirir o produto de quem lhe aprovar, desde que sejam observadas as seguintes regras:

I - que o botijão seja efetivamente reutilizável e de tipo padrão utilizado por todos os produtores;

II - que o botijão tenha sido regularmente colocado no mercado e adquirido por consumidores, revendedores ou produtores.

Art. 2º O produtor ou revendedor que, observando as regras estabelecidas nesta Lei, reutilizar o vasilhame, recipiente ou embalagem, deverá nele colocar em destaque a sua marca, a fim de não causar confusão ao consumidor.

Art. 3º Na comercialização de GLP engarrafado observar-se-ão as regras administrativas emanadas pela autoridade competente e os acordos firmados pelas empresas do setor, desde que não contrariem as seguintes disposições:

I - todas as empresas distribuidoras de GLP deverão promover a requalificação dos botijões engarrafados, nos termos e prazos determinados pelas autoridades administrativas competentes;

II - os botijões recebidos pelas distribuidoras, no exercício de seu comércio, que não tenham estampada a sua própria marca, deverão obedecer ao seguinte regime:

a) a empresa que receber tais botijões deverá certificar a empresa titular da marca estampada no botijão do fato, a fim de se proceder a destroca, seja através do centro de destroca existente ou diretamente com a cientificada;

b) se o titular da marca, ou o centro de destroca, não colocar à disposição os botijões para a destroca, ou se houver saldo não destrocado, vigorará o disposto nos incisos e no caput do art. 1º e no art. 2º, todos desta Lei, devendo, entretanto, a empresa que os engarrafar apor no botijão um lacre à prova de fogo, identificando a própria marca;

c) a utilização da faculdade prevista na alínea "b" deste inciso não exime a distribuidora de requalificar o botijão de outra marca que pretenda engarrafar."

A lei paranaense expressamente reconhece a legitimidade e a necessidade de observância das normas administrativas emanadas pela autoridade competente, no caso a ANP, bem como os acordos firmados pelas empresas do setor. Há necessidade de certificar a empresa proprietária dos botijões e proceder a destroca.

Tanto a lei paranaense como a resolução da ANP partem do pressuposto de que a empresa desenvolva sua atividade com bujões próprios e, nos casos autorizadas, possa fazer uso de bojões de outras empresas concorrentes. No entanto, as informações constantes do auto de infração evidenciam que a impetrante funciona com botijões de terceiros sem a devida autorização ou acordo prévio e deixa os seus próprios botijões sem uso e vazios.

A autuação aponta também que a parte impetrante deixou de promover a requalificação de botijões em contrariedade ao disposto no art. 3º da referida Lei, o que reforça o descumprimento à Lei Estadual.

Destaco a manifestação da ANP: "a distribuidora que utiliza botijões de outras empresas de forma indiscriminada não tem qualquer comprometimento com a sua manutenção, visto que aquele botijão, por não ter vínculo algum com a empresa, provavelmente não retornará à ela e não representará potencial de dano à empresa – mas somente ao consumidor e à empresa referente à marca forjada. É nítido, ainda, que o investimento realizado pelas empresas na aquisição de botijões próprios, bem como as responsabilidades com o custo da manutenção e destroca são imprescindíveis para o adequado funcionamento de mercado e para a segurança do consumidor e profissionais que manuseiam tais recipientes. Assim, caso se permitisse que distribuidoras atuassem sem o necessário investimento em botijões, estar-se-ia permitindo que determinadas empresas aproveitem o investimento de outras e jamais se responsabilizem pela falta de manutenção dos vasilhames e eventuais danos impostos aos consumidores (grifo nosso)."

Neste cenário, é plausível também reconhecer que a comercialização de botijão que contenha a marca de terceiro, sem acordo prévio, contraria também o disposto no Código de Defesa do Consumidor, notadamente o art. 6º, II e II, eis que deixa de trazer informação inequívoca quanto ao fornecedor do gás comercializado.

Em síntese, a agência reguladora cumpriu o seu mister de regular e fiscalizar o bom funcionamento do mercado ao autuar a empresa impetrante.

Diante do exposto, denego a segurança pleiteada na exordial e, por consequência, casso a liminar constante do Id nº 273717895, extinguindo o processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Sem condenação em honorários, com base no art. 25 da Lei n.º 12.016/2009. Custas ex lege. Oficie-se a autoridade coatora, cientificando-a do teor da presente decisão.

Proceda a Secretaria a inclusão no feito do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Gás Liquefeito de Petróleo – SINDIGÁS na condição de amicus curiae

Oportunamente, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos, com as cautelas legais.

Publique-se e intime(m)-se.

São Paulo, 01 de novembro de 2023.

Juiz Federal Ricardo de Castro Nascimento

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, independendo 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.

SÚMULA Nº 39

Inviável a reunião de ação anulatória com execução fiscal correlata distribuída posteriormente, no caso de a primeira ação ter sido ajuizada em vara não especializada em execução fiscal.

- *Vide* PRSU 0047384-92.2020.4.03.8000, publicado na RTRF3R 159.

SÚMULA Nº 40

Para fins de fixação de competência, há conexão entre execução fiscal e ação anulatória posteriormente distribuída.

- *Vide* PRSU 0047384-92.2020.4.03.8000, publicado na RTRF3R 159.

SÚMULA Nº 41

Não será exigida dupla garantia para a suspensão da exigibilidade de um mesmo crédito tributário, ou expedição de certidão negativa de débito, tanto em sede de ação anulatória quanto em execução fiscal.

- *Vide* PRSU 0047384-92.2020.4.03.8000, publicado na RTRF3R 159.

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)